

Julgar em Estado de direito democrático

1. Agradeço muito à direção do Centro de Estudos Judiciários o convite que me fez para iniciar, com uma aula inaugural, o curso de formação dos seus auditores. Sinto-me honrada com tal convite. Acedo a ele com muito gosto.

«Julgar em Estado de direito democrático» foi o título que escolhi para esta lição inaugural. E escolhi-o por uma razão bem simples: o auditório que tenho diante de mim é composto por quem se prepara para dedicar a vida a administrar a justiça em nome do povo, função soberana que nos tribunais se exerce.

Mas em que é que consiste a administração da Justiça? E o que significa fazê-lo em nome do povo? E quais são os desafios que o mundo contemporâneo lança a quem se propõe fazê-lo? São estas as três perguntas a que procurarei hoje responder, e é a sua formulação que explica, ou justifica, o título algo pomposo que dei a esta lição inaugural.

As três perguntas que formulo apontam para domínios vastos, que aconselham prudência e humildade a quem quer que seja que na sua direção se aventure. Estou perfeitamente consciente do passo arriscado que, com a formulação destas três perguntas, empreendi. Mas não pretendo – porque seria bem estulta a pretensão – obter a este respeito soluções que sejam novas ou de consistência assinalável. Apenas pretendo organizar tópicos de reflexão já feita, de uma forma ou de outra, por todos nós, de modo a que este ato de início de ano possa ser de máxima utilidade para quem se prepara para, no futuro, honrar e servir os diferentes corpos que integram a magistratura portuguesa.

2. A função soberana que nos tribunais se exerce é, antes do mais, a da administração da *justiça*. Mas procurar saber em que é que consiste a administração da justiça é tarefa que só se pode empreender se se formular antes uma questão prévia, sem a qual não existe a base, ou o alicerce, de qualquer construção coerente sobre o que seja (e *não* seja) administrar a justiça. Esta questão prévia, bem árdua de abordar, tem sido o objeto central de indagação de todas as *teorias da justiça*: afinal de contas, o que significa *ser-se justo*? Podemos sequer sabê-lo? Faz sentido formular a pergunta? Pode para ela obter-se resposta?

Estas perguntas, inerentes a qualquer teoria da justiça, são tão velhas quanto o é a reflexão sobre a condição humana. Na tradição ocidental, quem primeiro as formulou foram os gregos. Contudo, as convicções compartilhadas que hoje temos a este respeito são herdeiras de uma tradição de pensamento mais recentemente formada – a tradição iluminista. E, no que às teorias da justiça diz respeito, esta tradição iluminista gerou (para resumir as coisas de modo simples, mas, creio, rigoroso) duas grandes correntes de pensamento, que, separadas e distintas, chegaram até nós. Uma foi a corrente fundada na ideia de contrato social, e construída por Thomas Hobbes, John Locke, Rousseau, Kant, e, no século XX, John Rawls. Outra, a corrente fundada na valoração moral dos comportamentos individuais e interações sociais, corrente essa representada por Adam Smith, Condorcet, Bentham, Marx e John Stuart Mill. Ambas as correntes respondem positivamente à questão primeira, rejeitando, portanto, o ceticismo de raiz que alegaria a impossibilidade de saber-se em que é que consiste o ser-se justo. Mas ambas chegam, nestes domínios, a respostas bem diferentes.

Defende a corrente que mencionei em primeiro lugar que é possível saber-se em que é que consiste ser-se justo; mas que a resposta para o

problema se obtém, não através da valoração comparativa entre diferentes tipos de comportamentos individuais ou diferentes modos de interação social, mas através da procura de edificação de instituições justas. Dizendo de outro modo: para esta corrente de pensamento, a justiça constrói-se com *a edificação de instituições justas*, e conseguir-se-á nos comportamentos individuais a partir do momento em que estes se conformarem com a justiça das instituições.

Em contrapartida, a corrente que identifiquei em segundo lugar insiste que a questão da justiça não tem o seu centro na justeza das instituições, mas na análise moral dos comportamentos dos indivíduos e das sociedades. Assim, formular uma teoria da justiça implicará (começar por) encontrar, não o modelo formal das instituições justas, mas *os critérios morais* que permitam, na comparação entre diferentes tipos de comportamentos individuais e diferentes modos de interação social, escolher aqueles que devam ser tidos como preferíveis a quaisquer outros.

3. A noção contemporânea, que nós hoje todos partilhamos, sobre o que seja a função soberana de «administração da justiça» que nos tribunais se exerce radica também na tradição iluminista, e na diferença, que através dessa tradição se foi sedimentando, entre *legislatio, gubernatio e jurisdictio*.

À primeira vista, poder-se-ia dizer que esta noção, que repousa antes do mais nas formas das instituições e dos seus processos, provém da corrente de pensamento que identifiquei em primeiro lugar, e que sustenta que a *justiça se constrói com a edificação das instituições justas* e com a conformação dos comportamentos individuais a essa «justeza» formal e institucional.

Assim é porque nós sabemos que o que distingue a *jurisdictio*, e o que a separa da *legislatio* e da *gubernatio*, é a particularidade única dos seus pressupostos e a particularidade única dos seus *outputs*. Primeiro, a particularidade única dos seus pressupostos: a «administração da justiça» pressupõe a atribuição da função a uma instância independente, que ouve a expressão dos pontos de vista de quem se queixa e de quem se lhe opõe, que decide de forma *neutra* e que toma decisões que são públicas e fundamentadas. Depois, a particularidade única dos seus *outputs*: ao obedecer a estes pressupostos a «administração da justiça» pacifica os conflitos sociais; transforma em contendas verbais disputas que poderiam ser violentas até ao último sangue; apazigua os vencidos, porque os vai preparando vai para um desfecho desfavorável, mas que pode ser racionalmente antevizível.

Todos estes dados são antes do mais de ordem formal porque no seu centro se encontra a «forma» de uma instância independente que age de acordo com regras de processo por nós todos bem conhecidas. Tal instância, que é o tribunal tal como hoje nós o conhecemos, caracteriza-se por ser ocupada por alguém que antes do mais não controla nenhuma «agenda», ou que não tem «agenda» própria, uma vez que só atua quando é solicitado e só responde ao que lhe perguntam; por alguém que não seleciona quem ouve nem controla quem quer ouvir; por alguém que nunca deixa de responder ao que lhe perguntam; por alguém que, quando responde, o faz sempre *fundamentadamente*. Estes são os dados do processo, que são servidos por arranjos formais e institucionais que garantem que esse alguém, que age com independência perante as partes em contenda, pode agir também com independência perante os outros poderes do Estado, de cujas ingerências e intrusivas se encontra suficientemente defendido. Todos estes elementos, como eu ia dizendo,

são de ordem formal porque pertencem à categoria das *formas* das instituições e dos seus processos.

Todavia, a verdade é que nos não sentimos tranquilos em afirmar que, por assim ser, a *justiça* que nestas instâncias formais se realiza é apenas também, e tão somente, ela própria uma justiça formal.

Precisamos de outra legitimação para as fórmulas institucionais que adotamos; e essa legitimação encontramos-na na convicção partilhada que também temos segundo a qual estas formas institucionais e estes modelos processuais não são fins em si mesmos, mas antes instrumentos para a realização de uma justiça que transcende formas e instituições, pois não só permite que os indivíduos adotem comportamentos preferíveis a quaisquer outros como contribui para a melhoria das interações sociais. Como disse o juiz Fankfurter, do Supremo Tribunal norte-americano, nós acreditamos que os tribunais existem tal como eles hoje existem – como instâncias independentes que agem sob as formas do processo – porque neles procuramos alcançar *the achievement of justice between man and man, between man and State, through reason called law*. Tal significa que a nossa noção contemporânea de «administração da justiça», herdeira ela própria da tradição iluminista, é por nós concebida como possibilitando a confluência das duas grandes correntes de pensamento que, no domínio das *teorias da justiça*, daquela tradição resultaram. A «justiça» que procuramos fazer nos tribunais não é apenas aquela que eventualmente decorrerá da existência de instituições justas. É também aquela que se administra porque se acredita que promove a adoção de comportamentos individuais e de modelos de interação social que, em comparação, nos aparecem como sendo preferíveis a quaisquer outros.

4. Estou convicta de que assim é – que a nossa conceção sobre o que seja a «administração da justiça» reúne em si mesma as duas grandes orientações herdadas da tradição iluminista – porque no seu cerne estão as ideias do dever de *imparcialidade* e de *objetividade* que impendem sobre quem nos tribunais exerce funções. Nunca houve nenhuma teoria da justiça que negasse esta «verdade evidente por si mesma»: ser-se justo significa, antes do mais, ser-se *neutral*; e ser-se *neutral* significa, por seu turno ser-se *imparcial e objetivo*. Imparcial é quem age sem ser motivado por interesses próprios; quem é capaz de combater baias e preconceitos; quem é capaz de formular juízos que integrem, sem falhas de igualdade, as perspetivas dos outros e de todos os outros. Objetivo é quem é capaz de tomar decisões fundadas em razões exteriores a si próprio e, se necessário, contrárias às suas próprias convicções pessoais.

A objetividade e a imparcialidade são virtudes que as fórmulas institucionais e os arranjos processuais só por si não garantem que existam. Por isso mesmo, ao longo do século XIX – à medida que a tradição iluminista foi dando frutos, com a sedimentação gradual das formas do poder judicial tal como nós hoje as conhecemos –, a ciência do Direito, sobretudo na Europa continental, foi afinando modos de pensar, de interpretar e de decidir que asseguravam que os juristas em geral e os magistrados em particular pudessem aceder às virtudes da imparcialidade e da objetividade. A dogmática jurídica e a metódica da interpretação da lei – com a obra cimeira de Savigny – serviram tal propósito. No entanto, o problema da nossa contemporaneidade está no facto de todo este labor ter sido feito num tempo em que a justiça se servia por um Direito que era ainda, e sobretudo, o Direito expresso através da Lei; e num tempo em que a Lei, que exprimia o Direito, era suficientemente estável e suficientemente generalizável para poder ser codificada. Todo esse tempo – sabemo-lo bem

– passou. E em seu lugar chegou o tempo da lei múltipla, dispersa, volátil, rebelde a codificações estáveis, e expressão muitas vezes das contingências e urgências dos poderes que, ao contrário do poder neutro que é o da Justiça, detêm agendas próprias; só ouvem quem querem ouvir; só respondem ao que lhes é pedido. Num tempo assim, o Direito que a justiça neutra aplica tem que ser integrado ductilmente por princípios de conteúdo indeterminado, que orientam a ação de quem julga, mas que lhe pedem (ou lhe exigem) uma atividade de preenchimento valorativo que torna particularmente difícil, e muitas vezes espinhosa, a vigilância que é preciso ter sobre si próprio quanto ao que significa decidir (julgar) de modo imparcial e objetivo. Além disso – ou, melhor, por isso mesmo – este é também um tempo em que o Direito «dúctil» dos princípios, que norteia a aplicação de um tecido legislativo plural, disperso e fragmentado, e que impõe a quem o interpreta novas e redobradas exigências de imparcialidade e objetividade, se torna de compreensão difícil por parte da comunidade à qual se dirige.

É neste contexto de viragem histórica e cultural que, segundo creio, devem ser entendidas os desafios que, hoje, se lançam a quem quer que seja que se proponha «administrar a justiça em nome do povo». Atrevo-me – em domínios de tão vasta complexidade – a dizer que, entre todos eles, se encontra um, de importância precípua: aquele que consiste em não deixar perecer a confiança que a comunidade deve ter nas instituições formais do poder judicial. Aquelas mesmas que nós, como já vimos, consideramos que, pelos pressupostos em que assentam e pelas finalidades que servem, *continuam* a ser aptas para realizar os anseios básicos das pretensões de justiça. E atrever-me-ia ainda a dizer que tal desafio – o de manter a confiança da comunidade nas instituições do poder judicial – pode vir a ser

ganho se quem, nas diferentes magistraturas, retiver em mente três exigências fundamentais.

Em primeiro lugar, se se tiver em mente que «administrar a justiça em nome do povo» não é ter um emprego. É seguir um modo de vida.

Em segundo lugar, se se tiver em mente que «administrar a justiça em nome do povo» não significa *representar* as diferentes sensibilidades sociais. Quem julga e quem contribui para o julgamento nunca *representa* a sociedade no seu pulsar de pluralismo social. A representação cabe aos órgãos eleitos do poder político. Quando muito, quem integra os corpos da magistratura – e tem por isso que interpretar, de forma neutra, princípios e conceitos indeterminados que só podem ser preenchidos com recurso a valorações – toma decisões que podem *refletir* a pluralidade social: tal é inevitável, mesmo com todas as vigilâncias que cada um mantenha em relação a si próprio quanto ao cumprimento dos deveres de imparcialidade e de objetividade. Mas dizer que diferentes magistrados podem, nos seus diferentes modos de agir, *refletir* diferentes convicções sociais não é o mesmo que dizer que as representam. Assim é, e assim tem que parecer ser aos olhos da comunidade.

Em terceiro e último lugar, creio que é necessário ter em mente que a confiança da comunidade se não ganha com o desejo de agradar. Ser agradável não é, como bem sabemos, o mesmo que ser justo; e a quem «administra a justiça em nome do povo» exige-se aquilo que se pode designar como *independência integral*: independência perante o poder, independência perante as partes, independência perante a popularidade.

Muito obrigada,

Maria Lúcia Amaral