

SEMINÁRIO INTERNACIONAL

# TRIBUNAIS NO ESTADO DE DIREITO

27 a 29 de julho de 2016

Díli | Timor-Leste

Comunicações dos Oradores



**PROJETO DE APOIO À  
CONSOLIDAÇÃO  
DO ESTADO DE DIREITO**



**CAMÕES**  
INSTITUTO  
DA COOPERAÇÃO  
E DA LÍNGUA  
**PORTUGAL**  
MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS

Projeto financiado pela União Europeia e cofinanciado e executado pelo Camões, I.P.

**Aviso de responsabilidade:**

Esta publicação foi produzida no âmbito do Projeto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito nos PALOP e Timor-Leste (PACED). Os seus conteúdos são da responsabilidade exclusiva dos seus autores. Nem o Camões, I.P., nem qualquer indivíduo agindo em nome do mesmo é responsável pela utilização que possa ser dada às informações que se seguem. As designações e a apresentação dos materiais e dados usados neste documento não implicam a expressão de qualquer opinião da parte do Camões, I.P., da Cooperação Portuguesa ou do Ministério dos Negócios Estrangeiros relativamente ao estatuto jurídico de qualquer país, território, cidade ou zona, ou suas autoridades, bem como a expressão de qualquer opinião relativamente à delimitação das suas fronteiras ou limites. A referência a projetos, programas, produtos, ferramentas ou serviços específicos não implica que estes sejam apoiados ou recomendados pelo Camões, I.P., concedendo-lhes preferência relativamente a outros de natureza semelhante, que não são mencionados ou publicitados.

É permitido copiar, fazer *download* ou imprimir o conteúdo deste manual. Esta publicação deve ser citada como: *Tribunais no Estado de Direito - Seminário Internacional realizado entre 27 e 29 de junho de 2016 em Díli, Timor-Leste, AAVV, Camões, I.P. - Projeto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito (Lisboa, 2017).*

**Contacto:** Camões - Instituto da Cooperação e da Língua, I.P. | Ministério dos Negócios Estrangeiros | Avenida da Liberdade, 270, 1250-149 Lisboa, Portugal | Tel. +351 213 109 100 | geral@camoes.mne.pt

Website Camões, I.P.: [www.instituto-camoes.pt](http://www.instituto-camoes.pt)

Website PACED: [www.paced-paloptl.com](http://www.paced-paloptl.com)



**Declaração de exoneração de responsabilidade:**

Este documento foi elaborado com a participação financeira da União Europeia. As opiniões nele expressas não refletem necessariamente a posição oficial da União Europeia.

## Ficha Técnica

**Título:** Tribunais no Estado de Direito

**Subtítulo:** Seminário Internacional realizado nos dias 27 e 29 de julho de 2016, em Díli, Timor-Leste

**Data:** 2017

**Edição:** © Camões - Instituto da Cooperação e da Língua, I.P.

**Coordenação e revisão:** Projeto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito nos PALOP e Timor-Leste (PACED)

**Conceção gráfica/design e paginação:** Matrioska Design

## AGRADECIMENTOS

Agradecemos a todos os que contribuíram para esta publicação, bem como a todos os que participaram no seminário internacional “Tribunais no Estado de Direito”, organizado pela Associação dos Magistrados Judiciais de Timor Leste (AMJTL), Tribunal de Recurso, Ministério da Justiça, Conferência dos Ministros da Justiça dos Países de Língua Oficial Portuguesa e a União Internacional dos Juizes de Língua Portuguesa (UIJLP), com o apoio do Parlamento Nacional da RDTL, The Asia Foundation, UNODC - Escritório das Nações Unidas para a Droga e Crime e Timor Telecom, no âmbito do Projeto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito, que teve lugar nos dias 27 a 29 de julho de 2016, no Salão Nobre do Ministério dos Negócios Estrangeiros, em Díli, Timor-Leste.

*Nota: Por motivos alheios à vontade da equipa do PACED, não está representada nesta publicação a comunicação do palestrante Campbell Watson (IBA), “Os instrumentos internacionais relativos ao Estado de direito e à independência judicial”.*

## **SOBRE O PACED**

O PACED é um projeto que nasce da parceria da União Europeia com os PALOP e Timor-Leste e que tem como objetivos a afirmação e consolidação do Estado de direito nestes países, assim como a prevenção e luta contra a corrupção, o branqueamento de capitais e a criminalidade organizada, em particular, o tráfico de estupefacientes. Com um orçamento de 8,4 milhões de euros, dos quais 8,05 administrados diretamente pelo Camões, I.P., o PACED desenvolve, junto das autoridades competentes ao nível legislativo, executivo e judiciário dos PALOP e Timor-Leste, um conjunto de atividades destinadas à melhoria do ambiente legal, ao fortalecimento das capacidades institucionais, através da atualização/modernização dos procedimentos operacionais e aumento dos conhecimentos e competências dos seus recursos humanos; bem como ao reforço da cooperação regional e da colaboração entre instituições homólogas.

## **SOBRE A UNIÃO EUROPEIA**

A União Europeia, em conjunto com os seus estados-membros, é o maior doador global de apoio ao desenvolvimento. Um objetivo central da sua ação externa é criar as condições para um mundo mais justo, próspero e sustentável. Um dos principais canais de financiamento da UE é o Fundo Europeu de Desenvolvimento (FED), o qual, desde 1992, destina um envelope para um programa de cooperação regional entre os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), ao qual se juntou Timor-Leste em 2007. Em 2017, o Programa PALOP-TL celebra 25 anos de cooperação bem-sucedida.

## **SOBRE O CAMÕES, I.P.**

O Camões, I. P. é o organismo responsável pela supervisão, coordenação e reporte da política de cooperação para o desenvolvimento de Portugal, promovendo, financiando e executando dezenas de projetos em vários países parceiros, em particular nos PALOP e Timor-Leste. O Instituto trabalha em estreita parceria com a UE na prossecução dos seus compromissos internacionais em matéria de cooperação. Entre outras modalidades desta parceria, o Camões, I.P., está acreditado para administrar fundos em nome da Comissão Europeia, no quadro da chamada “cooperação delegada”, mecanismo privilegiado para a gestão de projetos regionais nos PALOP e Timor-Leste, como o é o caso do PACED.



Projeto financiado pela União Europeia e cofinanciado executado pelo Camões, I.P.

# ÍNDICE

Nota Introdutória	6
Sessão solene de abertura - Discurso de Antonino Gonçalves, Presidente da Associação de Magistrados Judiciais de Timor-Leste	7
<b>CONFERÊNCIA INAUGURAL</b>	9
<i>Os mecanismos de consolidação do Estado de Direito</i> - José Mouraz Lopes	
<b>1º PAINEL - ESTADO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL</b>	14
<i>i. A separação de poderes no Estado de Direito</i> - Phillip Rapoza	14
<b>2º PAINEL - INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO</b>	23
<i>ii. A independência dos tribunais em Timor-Leste. Uma reflexão</i> - Antonino Gonçalves	23
<i>iii. Sentido da jurisdição e sua estrutura de realização</i> - Nuno Coelho	31
<i>iv. O acesso à justiça e ao direito e a tutela jurisdicional efetiva</i> - Maria Ângela Carrascalão	38
<i>v. O tratamento processual do crime organizado e financeiro no Brasil. Audiência de custódia e delação premiada</i> - Antônio Silveira Neto	44
<i>vi. Nebulosas, constelações e buracos negros em torno da corrupção</i> - João Gil Oliveira	51
<i>vii. As diversas constelações de responsabilidades pontuadas no universo da corrupção, para além da referente à pena de prisão</i> - José Cândido Pinho	67
<b>3º PAINEL - ESTADO DE DIREITO, POLÍTICAS CRIMINAIS E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL</b>	77
<i>viii. A política criminal e as políticas judiciais</i> - Sandra Silvestre	77
<i>ix. A tutela criminal e as garantias procedimentais. O juiz e o tribunal no processo penal</i> - Elisa Samuel	89
<i>x. A justiça e a comunicação social. Análise das boas práticas nos documentos internacionais</i> - Flávia Viana	99
<b>4º PAINEL - A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL, A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E OS SISTEMAS JUDICIAIS: ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA, ESTATUTOS PROFISSIONAIS E GESTÃO PROCESSUAL</b>	106
<i>xi. Para uma reforma legislativa e do setor da justiça em Timor-Leste: os tribunais judiciais</i> - Jorge Graça	106
<i>xii. O estatuto das magistraturas: independência, autonomia e prestação de contas. A ética judiciária</i> - José Igreja Matos	113
<i>xiii. A organização judiciária e o estatuto das magistraturas em Timor-Leste</i> - José M. Gomes Guterres	120
<b>CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO</b>	128
<i>A justiça do nosso descontentamento</i> - Eduardo Vera-Cruz Pinto	

## NOTA INTRODUTÓRIA

Todos os países e comunidades anseiam por paz, liberdade, democracia, igualdade e desenvolvimento. O Estado de direito é um instrumento fundamental para garantir esses objetivos essenciais, tal como se encontra universalmente consagrado nas Constituições democráticas.

O Estado de direito define-se pela afirmação inequívoca da lei e do direito e concretiza-se através da atuação separada e equilibrada dos poderes constitucionais. O poder judicial desempenha um papel central na prossecução do Estado de direito, garantindo independência e imparcialidade na resolução dos litígios, na reintegração da ordem jurídica violada, na punição dos ilícitos e na reconstituição dos direitos e interesses violados, sobretudo do cidadão face aos diversos poderes públicos e fáticos.

A independência judicial é uma marca indelével do Estado de direito e um princípio que urge constituir e defender através da instituição de garantias formais, mas também por via da estruturação e organização de um sistema judicial forte, capacitado e de qualidade.

De uma justiça que saiba responder às crescentes exigências sociais, económicas e políticas do horizonte presente e futuro.

O contexto em que este seminário foi concretizado revela bem a sua necessidade e utilidade. A pacificação social e o desenvolvimento socioeconómico sentidos na maior parte dos países de língua oficial portuguesa, possibilita uma maior descompressão dos fatores políticos e sociais e a disponibilidade para tratar os problemas suscitados pelo Estado de direito, em todas as suas dimensões, de forma mais transparente, participada e consolidada.

Espera-se que a discussão pública destes temas e a integração destas matérias na formação e capacitação dos magistrados e de outros atores do sistema jurídico, aos quais se destina preferencialmente este programa, venham a ter resultados visíveis, senão a curto, pelo menos a médio e a longo prazo.

Para isso levou-se a cabo este seminário sobre o tema da “Tribunais no Estado de direito”, integrado no âmbito do Projeto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito, o qual prosseguiu os seguintes:

### **Objetivo Geral**

- Proceder ao aprofundamento e interligação dos temas da independência judicial e do Estado de direito, partindo-se, para tanto, de uma lógica de consolidação e efetivação do Estado de direito.

### **Objetivos Específicos**

- Conhecer os assuntos e as questões derivadas dos temas interligados da Independência Judicial e do Estado de direito, e as principais implicações sociais, económicas e jurídicas envolvidas, sobretudo na ótica da administração da justiça e da atividade dos tribunais;
- Promover o debate jurídico e judiciário em torno da temática da independência dos juizes e dos tribunais e da sua garantia por via da afirmação do Estado de direito; e
- Motivar os atores do direito e da justiça para a importância fundamental da independência judicial e para a criação de uma cultura judiciária em concordância com as exigências atuais do Estado de direito e das suas implicações práticas e de concretização.

## SESSÃO SOLENE DE ABERTURA

### **Antonino Gonçalves - Presidente da Associação de Magistrados Judiciais de Timor-Leste (AMJTL)**

As primeiras palavras, em nome da Associação de Magistrados Judiciais de Timor-Leste (AMJTL) e em nome da União Internacional dos Juizes de Língua Portuguesa (UIJLP), são de sincero agradecimento ao Ministério dos Negócios Estrangeiros e Cooperação, na pessoa do seu Ministro Hernano Coelho pela gentil cedência do Salão Nobre do MNEC para a realização deste seminário sobre “Tribunais no Estado de Direito”.

E sem esquecer vai também um agradecimento especial ao Presidente do Tribunal de Recurso, Guilhermino da Silva, ora em estado de convalescença que, mesmo sem estar presente, sempre proporcionou o seu aval quando é solicitado.

Ainda em matéria de agradecimento, não posso deixar de manifestar a nossa gratidão aos ilustres conferencistas e palestrantes por terem aceitado os convites para nestes dias transmitirem o saber nesta matéria de tanto interesse atual.

A vossa presença muito nos honra!

Excelências!

Li no meu primeiro contacto com “Os Lusíadas”, o que o imortal Camões escrevia, no seu canto X, versículo 134: “Ali também Timor, que o lenho manda, sândalo, salúífero e cheiroso”. Foram essas palavras que praticamente ditaram o destino histórico de Timor-Leste na Comunidade Lusófona, incentivando a assinatura de uma convenção entre Haia e Lisboa em 1893, para delimitar a fronteira entre Timor-Leste (Timor português) e Timor Oeste (Timor holandês). E, se não fosse esse alertar de Camões nem a Revolução das Flores em 25 de Abril de 1974, não teria sentido para os timorenses e o destino de Timor-Leste seria outro. Não fariamos da CPLP e muito menos da UIJLP e hoje seríamos com certeza ou indonésios ou australianos ou nova zelandeses ou japoneses. Graças a isso e, sobretudo, aos compromissos assumidos posteriormente por Portugal de Camões e conjugado com esforços dos países irmãos da CPLP e dos próprios timorenses hoje podemos todos dizer: aqui também Timor-Leste, 1º país livre e independente do 3º milénio.

Excelências!

Estamos hoje reunidos no salão nobre do Ministério dos Negócios Estrangeiros e Cooperação para a abertura do seminário internacional sobre “Tribunais no Estado de Direito” que irá decorrer a partir de hoje até o dia 29 de julho. Serão com certeza dias de intenso trabalho, discutindo questões relevantes e buscando soluções a curto, a médio e a longo prazo para as mesmas.

O Estado de direito é um instrumento fundamental para garantir a paz, liberdade, democracia, igualdade e desenvolvimento, tal como se encontra consagrado em todas as Constituições democráticas.

O papel dos tribunais no Estado de direito é hoje, e mais do que nunca, uma preocupação global, preocupação essa que deve ser refletida no empenho e na constante capacitação dos juizes, estes como titulares do órgão de soberania tribunais, para estarem na altura de dar soluções aos variados problemas que surgem no seio das comunidades. O facto das delegações provenientes da África, Europa, Asia, América estarem aqui presentes, cancelando agendas muito mais importantes, só vem também confirmar essa preocupação e compromisso que é de defender os tribunais no Estado de direito dentro do contexto que sem tribunais independentes a democracia tropeça e nem vale a pena apregoarmos democracia nas campanhas de eleições ou em quaisquer intervenções. O órgão de soberania dos tribunais é o principal alicerce do Estado democrático de direito.

Daí se diz que o Estado de direito se concretiza através da atuação separada e equilibrada dos poderes constitucionais. O poder judicial desempenha um papel central na prossecução do Estado de direito, garantindo independência e imparcialidade na resolução dos litígios.

Na era da globalização, quanto mais a tecnologia se sofisticava e avançava mais crimes sofisticados e complexos se praticam e são apresentados nos tribunais exigindo decisões céleres, justas e imparciais, e podendo abalar a confiança dos tribunais se os juizes não estiverem aptos para o efeito. E isso para não falarmos de ataques, às vezes sistemáticos, tentando desviar os tribunais para o rumo menos conveniente. Foi por isso que os juizes da CPLP sentiram a necessidade de convergir iniciativas e esforços para melhor defender a independência do poder judicial e a integridade dos tribunais, contribuindo desta maneira para a promoção dos valores do Estado de direito democrático. Foram essas as finalidades consagradas no Estatuto da UIJLP constituída na cidade de Praia, Cabo-Verde, no dia 12 de novembro de 2010.

Não há dúvida que o compromisso assumido na cidade de Praia constitui não só um marco inesquecível, mas sobretudo de grande compromisso para cada juiz associado da UIJLP. De compromisso, porque só observando na íntegra os princípios consagrados no seu estatuto é que se marca a diferença entre um juiz da UIJLP e um cidadão comum da CPLP, ou de um cidadão de qualquer país do mundo, para que a UIJLP no seu todo não seja vista como o elo mais fraco na defesa na independência dos juizes e integridade dos tribunais no mundo democrático ou no Estado de direito.

A constituição dos tribunais na República de Timor-Leste reflete bem esse cometimento, embora como juizes associados da UIJLP do 3º milénio, não podemos estar alheios aos anseios, às dificuldades e obstáculos que são próprios dos tribunais de países pós-conflito. Contudo, não podemos abrir exceções, ou seja, não se pode admitir que nestes países se prevaleça a ideia que a Independência dos tribunais deveria ser relativa de acordo com as realidades concretas ou condições específicas. Leis talvez sim.

Já não é segredo para ninguém que as pessoas não veem com bons olhos as decisões dos tribunais, ou seja, quando as decisões lhes agradam ou favorecem, aplaudem-nas e quando as desfavorecem criticam-nas sem tréguas. Porém, a justiça é a expressão da prevalência da lei em qualquer lugar do mundo, pelo que as decisões dos tribunais não podem ser vistas como justas para uns e injustas para outros, mas como a consagração última do Estado de direito, o reduto de salvaguarda dos cidadãos e garantia da observância dos direitos humanos.

Os tribunais não podem ser objetos de propaganda política.

Não se pode de alguma forma politizar os tribunais, e muito mais ainda um juiz não pode utilizar os tribunais para fins que não são compatíveis com o seu próprio papel de administrar a justiça em nome do povo. E nem pode servir-se de ponte de pessoas estranhas à sua profissão que visam alcançar objetivos políticos, ou seja, não pode colaborar nas tentativas de politização dos tribunais. No dia em que os juizes optarem por essa via é o mesmo que estar a caminhar em direção do abismo.

Os tribunais não podem ser vistos como opositores de outros órgãos de soberania e não se pode exigir que os tribunais decidam aquilo que é da competência de outros órgãos. E isto é para dizer que se deve entregar aos tribunais a administração da justiça e outros assuntos de carácter político aos outros órgãos de soberania. E isso equivale a afirmar que no Estado de direito, a independência do poder judicial, o aperfeiçoamento e a dignificação da justiça devem ser princípios inalienáveis dos tribunais e que todos, sejam de que nacionalidade forem, e sem exceções, devem pugnar para que os mesmos perdurem enquanto todos os países da CPLP são Estados de direito. É óbvio que tudo isso rege-se, necessariamente, pelos princípios do funcionamento democrático e da independência relativamente ao Estado, às confissões religiosas e aos partidos políticos.

Muito obrigado e desculpa pela paciência de Vossas Excelências em ouvir-me. Tenho dito.



# CONFERÊNCIA INAUGURAL

*Os mecanismos de consolidação do Estado de Direito*

José Mouraz Lopes, Juiz Conselheiro no Tribunal de Contas  
e consultor científico do PACED (Portugal)

1. Numa obra do grande jurista italiano Piero Calamandrei, publicada apenas em 2013, *Non c'è libertà senza legalità*<sup>1</sup>, cujo pensamento teve uma influência determinante na construção jurídica da Europa no pós-guerra e também, porque não dizê-lo, na construção de um espaço jurídico de matriz continental que percorre todo o direito que une os países de língua oficial portuguesa, refere o ilustre jurista, que o Estado de direito pode ser reconduzido a uma única matriz: “as relações entre cidadãos com as autoridades devem reger-se por leis preestabelecidas, de modo a que cada um se encontre em condições de conhecer antecipadamente até onde chegam os seus direitos e começam os seus deveres”.

Continua, no entanto, Calamandrei, referindo, acertadamente que “todas as medidas imaginadas nos ordenamentos jurídicos para consagrar a chamada ‘independência da magistratura’ têm como objetivo fazer respeitar, na prática, esta excisão entre justiça e política, que é a ‘chave da abóboda’ do sistema de legalidade”. A impressiva descrição da configuração principialista (com dimensão constitucional) do Estado de direito envolve, ainda, segundo Calamandrei, a ideia de que neste “também a liberdade da autoridade está limitada pela lei para evitar que exceda os limites das liberdades individuais”.

Podemos sintetizar as ideias fundamentais que resultam do pensamento de Calamandrei, para o tema que nos foi proposto, “os mecanismos de consolidação do Estado de direito”, em três tópicos: a predeterminação das leis, a independência da magistratura e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Continuando um caminho de síntese, poderemos ainda reduzir a essencialidade das questões ao que verdadeiramente é pressuposto no núcleo do Estado de direito: a garantia dos cidadãos a serem governados através das leis aprovados por um poder legislativo, limitadas por uma norma constitucional superior e por um poder judicial independente, também ele sujeito às garantias estabelecidas em tal norma constitucional.

2. Parece certo que todos os países ou regiões administrativas especiais que comungam o espaço jurídico lusófono, sem exceção, têm assumido nas suas Constituições ou Leis-Base, aqueles princípios.

Existe, em todos os países, do Brasil a Timor-Leste, passando pela Região Autónoma Especial de Macau, uma separação de poderes supra legalmente estatuída, há um poder judicial independente e as garantias fundamentais dos cidadãos de cada um dos países, estão, na sua essência asseguradas.

A realidade ou a conjuntura de cada um dos Estados ou regiões evidencia, no entanto, um conjunto diferenciado de situações que não podem deixar de ser levadas em conta quando encaramos a efetividade do Estado de direito em cada um deles. Ou seja, temos o dever de, ponderando todas as realidades, perceber que os estádios ou níveis de desenvolvimento entre os Estados, nas várias regiões globais onde se inserem, comportam consequências na exigência do modo de encarar a densificação dos problemas concretos que se revelam na efetividade da sua aplicação.

Numa palavra, os Estados não estão todos no mesmo nível de comparabilidade no domínio da efetivação das estruturas do Estado de direito.

<sup>1</sup> Traduzida para espanhol por Perfecto Andrés Ibáñez e publicada muito recentemente (*Sin legalidade no hay libertad*, Editorial Trotta, 2016).

A dimensão diferenciada de desenvolvimento confronta-se, no entanto, com as exigências de um mundo global onde os desafios da cidadania, que envolvem os novos problemas sociais, políticos e sobretudo económicos se apresentam quase sempre com a mesma força e exigência de respostas. Ou seja, os cidadãos e as empresas exigem quase sempre as mesmas garantias, independentemente dos Estados onde vivem, onde se relacionam, onde fazem negócios.

Estas duas matrizes, diferenciação e globalização, são essencialmente as razões que justificam um programa de consolidação do Estado de direito num conjunto de Estados independentes, unidos, no entanto, por uma dimensão histórica, cultural, linguística e sobretudo de profunda cidadania comum.

3. Fará sentido, no entanto, falar hoje de consolidação de Estado de direito sem perceber a emergência e a importância dos vários espaços de integração política, económica e mesmo jurídica onde os Estados concretos se enquadram?

As vinculações políticas, económicas e jurídicas, seja qual for a forma que sigam, que existem entre os vários Estados de uma comunidade, concretamente de uma comunidade que afirma como denominador uma língua e uma cultura comum, assumem hoje uma dimensão inelutável no entendimento dos problemas concretos que cada um dos Estados envolve.

Às fragilidades políticas de alguns Estados, correspondem as fragilidades económicas e sociais de outros. As restrições económicas que afetam uns refletem-se sempre na esfera social de outros.

Muitos problemas, nomeadamente de cariz patológico, como é o caso da corrupção, do branqueamento de capitais, do terrorismo ou mesmo do tráfico de estupefacientes, são hoje realidades absolutamente equivalentes (e transversais) em todos os Estados da comunidade de países lusófonos. Ainda que atinjam dimensões variáveis, em função de cada realidade específica, “estilhaços” semelhantes são evidenciados nas ruas, na economia ou mesmo na política de cada um dos nossos países, por via de tais patologias.

Por isso, a existência de mecanismos de enquadramento e de reforço da dimensão do Estado de direito são uma das soluções que podem minorar e enfrentar esses problemas comuns.

Diz-nos a história de outras comunidades, que foram crescendo e se sedimentaram ao longo do tempo que é o direito e, concretamente a sua aplicação prática por via do sistema judicial, que pode efetivamente ter um papel sedimentador e unificador de princípios comuns, que tornam mais favorável a vida concreta de cada cidadão em cada Estado dessa comunidade.

O caso dos Estados Unidos da América (EUA) ou, mais recentemente, a própria União Europeia, ainda que com todos os seus problemas específicos, evidencia exatamente a importância do papel unificador que o direito e a jurisprudência tiveram na afirmação de um espaço comum que afeta diretamente os cidadãos.

Veja-se o exemplo da solidificação dos direitos cívicos em todos os Estados, dos EUA no século XX. Foram os vários tribunais dos diferentes Estados que tiveram a coragem de terminar com problemas iníquos de graves desigualdades raciais, políticas e sociais, entre cidadãos norte-americanos. Mas foram também os tribunais, por via de decisões estruturantes e arrojadas que permitiram a concretização dos princípios fundamentais do direito processual penal, como a presunção de inocência, o direito de defesa, o direito a não prestar declarações autoincriminatórias. É ao papel central do Supreme Court, e das suas decisões paradigmáticas, que os cidadãos americanos devem hoje essas garantias de liberdade e da democracia.

No caso da Europa, são hoje inequívocas as vinculações jurídicas que decorrem de decisões quer do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no âmbito duma Europa mais alargada, quer do Tribunal de Justiça da União, para todos os cidadãos da União Europeia, tribunais inclusive. Trata-se, quase sempre, de jurisprudência com enorme repercussão na vida diária dos cidadãos, desde o emprego, à saúde ou à economia, passando pelos direitos processuais ou mesmo os direitos das pessoas detidas.

Veja-se, por exemplo, a exigência do princípio da efetividade, que a jurisprudência do Tribunal da União vem solidificando, no sentido de proibir aos Estados-Membros que tornem impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico da União (cf. entre outros os acórdãos *Accor*, de 15 de setembro de 2011, (C 310/09, n.º 79) e *Meilicke*, de 30 de junho de 2011 (C 262/09, n.º 55). Foi esse o princípio em que o Tribunal da União fundamentou a não compatibilidade da legislação espanhola com a diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, e decidiu, para que tal interpretação seja efetuada em todos os Estados, que “a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado Membro, como a que está em causa no processo principal, que, ao mesmo tempo que não prevê, no âmbito do processo de execução hipotecária, fundamentos de oposição relativos ao caráter abusivo de uma cláusula contratual que constitui o fundamento do título executivo, também não permite ao tribunal que julga o processo declarativo, que é o competente para apreciar o caráter abusivo de tal cláusula, decretar medidas provisórias, como, por exemplo, a suspensão do referido processo de execução, quando a concessão dessas medidas seja necessária para garantir a plena eficácia da sua decisão final”.

Ou, mais recentemente, a propósito da interpretação dos artigos 1º, §3, 5º, e 6º §1, da decisão quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho, relativa ao Mandato de Detenção Europeu, o que o TJU decidiu no sentido de que, “em presença de elementos objetivos, fiáveis, precisos e atualizados que testemunhem a existência de falhas, tanto sistémicas ou generalizadas, sejam relativas a certos grupos de pessoas, seja ainda relativamente a determinados centros de detenção, no que diz respeito às condições de detenção no Estado membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve verificar, de maneira concreta e precisa se existem motivos sérios e reconhecidos para crer que a pessoas em causa num Mandato de Detenção Europeu emitido com a finalidade do exercício de perseguição penal ou de execução de uma pena privativa de liberdade, correrá, em razão das condições de detenção nesse Estado membro, um risco real de tratamento desumano ou degradante, no sentido do artigo 4º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em caso de entrega ao referido Estado membro. Para esse fim, a autoridade judiciária deve solicitar a quantidade de informações complementares à autoridade judiciária de emissão, a qual, após ter, se necessário, requisitado a assistência da autoridade central ou de uma das autoridades centrais do Estado membro de emissão, no sentido do artigo 7º da referida Decisão Quadro, deve comunicar essas informações no prazo fixado no pedido. A autoridade judiciária de execução deve adiar a sua decisão sobre a entrega da pessoa em causa até que tenha obtido as informações complementares que lhe permitam afastar a existência de tal risco. Se a existência desse risco não puder ser afastada num prazo razoável, a autoridade deve decidir se deve ocorrer razão para pôr fim ao processo de entrega”.

Ou seja, simplificando, juridicamente, uma autoridade judiciária de um Estado da União pode sustar (e mesmo recusar) a entrega de um cidadão a um outro Estado da União se as suas prisões não tiverem condições de detenção que cumpram os standards europeus que impõem a proibição de tratamentos desumanos e degradantes.

O que queremos sublinhar com estes exemplos é tão só a relevância da aplicação do direito por via da jurisprudência dos tribunais e, concretamente, de um direito comum a vários Estados, para a efetivação dos direitos dos cidadãos e das empresas. Mas sobretudo a sua aplicação por tribunais independentes, dotados de uma jurisdição alargada, com mecanismos de ligação jurisdicional próprios que permitem uma ligação direta aos Estados que compõem as comunidades, como é o caso do mecanismo do reenvio prejudicial, no âmbito do espaço judiciário da União Europeia.

Vale a pena, por isso, pensar nessas realidades e, a partir da sua análise objetiva, partir para o desafio de saber se não será exatamente este o caminho a seguir para o que todos pretendem que seja uma efetiva consolidação do Estado de direito num espaço jurídico e judiciário comum, no âmbito dos países de língua portuguesa. Olhar para outros exemplos de integração, ainda que com “as devidas distâncias”, e sobretudo para os seus resultados, permite-nos afirmar que será de apostar, no espaço comum lusófono, na construção de um caminho de maior integração nestas áreas, permitindo aos tribunais de cada um dos países a possibilidade de iniciarem a aplicação de um direito sustentado em princípios comuns.

Esse será certamente um caminho no reforço e na consolidação do Estado de direito na Comunidade de Estados de Língua Portuguesa.

Por isso a exigência de confiança mútua entre os vários órgãos de soberania e, concretamente, entre os vários tribunais pressupõe, desde logo, um quadro normativo que garanta a efetividade da independência daqueles e dos seus juizes.

Igualmente o caminho terá de ser percorrido através da compreensão comum do que é o quadro normativo que os une. Por isso, a disponibilidade de magistrados e outros profissionais da área da justiça para uma formação sustentada e qualitativamente irrepreensível sobre as matérias e os quadros normativos que estruturam a atividade judicial. Formação que só pode ganhar se levar em consideração exatamente essa disponibilidade para partilha de quadros normativos comuns e experiências comuns.

Numa outra vertente, será necessária, por parte dos poderes legislativos e executivos, a disponibilidade para darem passos significativos na concretização de instrumentos jurídicos que permitam a máxima harmonização possível.

Sem pôr em causa as especificidades de cada um dos países, a harmonização legislativa deve sustentar-se no arrojo de permitir que os cidadãos e as empresas lusófonas entendam que a sua vida concreta é regulada por mais do que uma língua comum.

E, neste sentido, as áreas relacionadas com os procedimentos judiciais, nomeadamente de natureza penal, que permitam agilizar a transferência de pessoas, a detenção para a investigação criminal, a obtenção de provas, a perda de bens relacionados com alguns crimes são alguns dos mecanismos essenciais a desenvolver que podem servir de “farol” a outros passos legislativos mais relevantes.

4. Consolidar o Estado de direito, não é uma afirmação propagandística.

É um desafio que se sustenta num caminho de trabalho que confronta todos os titulares de órgãos de soberania com responsabilidades na área da justiça com vista à tutela e garantia dos direitos dos cidadãos em nome dos quais exercem os respetivos poderes.

É um desafio às gerações atuais e futuras de países que têm muitíssimo mais em comum do que uma língua ou uma história: têm uma cultura e uma vontade de se relacionarem e viverem num espaço comum onde os seus pais, os seus filhos, as suas economias as suas ligações afetivas são, efetivamente, únicos.

# 1º PAINEL

## ESTADO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

### *i. A separação de poderes no Estado de direito*

Phillip Rapoza, Juiz, Tribunal de Recurso do Estado  
de Massachusetts (Estados Unidos da América)

Sua Exa., Dra. Maria Natércia Gusmão Pereira, Presidente do Tribunal de Recurso em substituição,  
Sua Exa., Dr. Ivo Valente, Ministro da Justiça e Presidente da Conferência dos Países de Língua Oficial Portuguesa,  
Sua Exa., Dr. Manuel António Gonçalves de Jesus, Embaixador de Portugal,  
Sua Exa., Dr. Antonino Gonçalves, Presidente da Associação dos Magistrados Judiciais de Timor-Leste,  
Sua Exa., Dr. Nuno Coelho, Presidente da União Internacional de Juízes de Língua Portuguesa,  
Suas Exas., Presidentes das associações nacionais de juízes participantes,  
Juízes de Timor-Leste e associados da Associação dos Magistrados Judiciais de Timor-Leste,  
Juízes e associados da União Internacional de Juízes de Língua Portuguesa,  
Excelentíssimos convidados,  
Minhas Senhoras e meus Senhores

É para mim um grande prazer estar aqui hoje e uma honra ter sido convidado para participar num acontecimento tão importante: este seminário internacional sobre o tema “Tribunais no Estado de Direito” que tem o objetivo geral de proceder ao aprofundamento e interligação dos temas da independência judicial e do Estado de direito.

Mas, antes de continuar, quero explicar que sou um neto dos emigrantes portugueses nos Estados Unidos. Então, como um lusodescendente numa sociedade do idioma inglês, devo confessar que o meu português falha muito. Estou certo de que me vão entender se continuar esta comunicação na minha língua materna.

\*\*\*\*\*

Before starting my presentation, however, I would like to take just a moment to thank all those who have played a part in organizing, supporting and presenting this program. In particular, I want to acknowledge our Timorese colleagues who took the initiative earlier this year to establish the Associação dos Magistrados Judiciais de Timor-Leste. I was honored to be present and to speak at the launching of the AMJTL in March and I consider myself similarly privileged to join all of you at this international seminar. This event is important not only because of the significance of the matters we will be discussing, but also because – for the first time – it brings together representatives of judges’ associations from every nation in the Portuguese-speaking world, now also including the judges of Timor-Leste. These proceedings thus commence with the stars in a particularly favorable alignment, which bodes well for a successful program.

\*\*\*\*\*

In preparing my remarks concerning the rule of law, I was reminded of the fable about a group of five blind men who encounter an elephant for the first time. Each one touches a different part of the animal: one reaches around its leg, another grabs its tail, another strokes its tusk, another pats its ear and the last one feels its trunk. In the end, each one believes he knows what an elephant looks like based on the specific part of the animal that he touched. In some versions of the fable, the group separates in angry disagreement, with each one convinced of his own description of the elephant’s appearance. But in the version I like best, the group enters into a serious discussion and, by comparing notes and taking into account what each of them experienced, together they come to realize what an elephant looks like.

Now let me say from the outset that I am not comparing the rule of law to an elephant, nor am I suggesting that any of us is blind. What I am suggesting, however, is that when we reflect upon the interrelationship between the rule of law and the judicial branch, we must take into account a number of considerations before we can arrive at a comprehensive and integrated approach to the subject. As mine is only the first of what will be a number of presentations, I will thus not presume to describe the whole elephant and will simply contribute my own observations regarding the part of the animal I have been asked to examine.

So let us begin . . .



## Rule of law

The subject of my remarks is ensuring the rule of law through the separation of powers and the independence of the judiciary. I take as my starting point the nature of the rule of law as an ideal that serves as a guiding principle for the legal framework of a well-organized society. Indeed, it is a longstanding concept with a significant pedigree. We can hear it in the words of Cicero when he proclaimed that “We are all servants of the law in order that we may be free.”

Adherence to the rule of law ensures a social order in which the otherwise unbounded power of the state is constrained by the law. At the same time, the rule of law preserves social harmony by governing the lives of members of society in a way that is neither arbitrary nor oppressive. As the rule of law has spread around the world, it has fostered those objectives in societies and legal systems at every stage of development.

Indeed, the rule of law has taken on additional significance as a centerpiece of work being done in the fields of both peacebuilding and transitional justice. As evidence of this, the United Nations has increasingly focused its attention on promoting the rule of law, as have numerous international initiatives in post-conflict societies. Moreover, to the extent that international norms have developed in support of the rule of law, they have provided guidance and served as a source of law in a number of domestic legal systems. In sum, recognition and support for the rule of law has become a cornerstone of good governance around the world.

Let us turn, however, to one of the fundamental aspects of the rule of law, to which I have already alluded: that society should be governed by the law rather than by the unbounded power of the state or the arbitrary will of an unchecked ruler. Indeed, it could be said that the rule of law is the antithesis of Hobbes’ state of nature in which society suffers from a permanent war of all against all and the powerful typically prevail. (Venice 6) In that sense, the rule of law is the opposite of the rule of force and fear.

The traditional formulation for the personal rule of a sovereign was “Rex Lex,” meaning that the will of the king is the law. In a society governed by the rule of law, however, that expression is reversed to read “Lex Rex,” meaning that the law is king. Reflecting this latter perspective, the rule of law has often been described as “a government of laws and not of men.”

In addition to substituting legal certainty for arbitrary rule, it is also central to the rule of law that no one is above the law and everyone is subject to it, including those who govern. This applies not only to those who make the laws, but also to those who execute them. The same pertains to the judiciary, which cannot decide matters arbitrarily and, in administering the law, must also follow it.

Beyond serving as a constraint on the power of those who govern, the rule of law also provides the means for adjudicating disputes and determining obligations. In a state governed according to the rule of law, members of society have the right to expect that disputes will be settled objectively and peacefully and in accordance with predefined rules and procedures. Moreover, to the extent that they may be compelled to act in a certain way, citizens are entitled to rely on the fact that such an obligation can only be imposed pursuant to laws that are known in advance and promulgated in a properly authorized manner.

Needless to say, these observations reflect a somewhat formalistic perspective, one that focuses on the procedural attributes of a society’s legal framework to determine whether it complies with rule of law principles. As such, the formalist view (sometimes referred to as the “thin” definition of the rule of law) does not look to the content of the law or even to whether or not the law itself is just. Rather the inquiry of the formalist is whether the process for making and administering the law complies with rule of law principles. It thus considers the formal attributes of the law, such as whether it is promulgated by the proper authority in an authorized manner; whether it is publicly known, clearly declared and of certain content; whether it is applied prospectively rather than retrospectively; and whether it is applicable generally and in full equality. In addition, this view regards not only how laws are enacted and administered, but also how they are enforced, meaning that they must be applied fairly and equally and adjudicated independently.



This is not to say, however, that the formalist has no interest or concern with respect to the content of the law. Rather, the formalist position is that substantive justice is simply an independent ideal and not inherent in the rule of law itself. This latter point, however, has been the subject of intense discussion, especially among academics.

By way of contrast, the substantive view (sometimes referred to as the “thick” definition of the rule of law) is that the rule of law should consider the content of the law and not just the law’s formal attributes. The substantive conception of the rule of law assumes as a starting point that citizens have certain rights and duties with respect to one another along with similar rights when dealing with the state. In the substantive view, it is thus the law’s recognition and enforcement of those rights that is at the core of the rule of law. Indeed, from that perspective, the extent to which a legal system ensures those rights serves as a measure of its compliance with the rule of law.

That is not to say, however, that one who adheres to the substantive perspective has no concern for the formal attributes of the law. Indeed, it would be hard to suggest that substantive justice ever could be achieved without the law being properly promulgated, executed and enforced.

It is beyond the scope of my remarks, however, to resolve the differences between formalist and substantive perspectives regarding the rule of law, and I recognize that many of you may be of one view or the other. I believe it is sufficient for our purposes today to acknowledge that there are “rule of law values” that recognize the importance of both legal form and content, regardless of whether substantive justice is inherent in the rule of law or constitutes an independent ideal.

## **Separation of powers**

Let us now turn to the separation of powers. In the section just concluded, I described the rule of law as an ideal and a guiding principle. That said, how does an ideal come to be realized in practice? Put another way, how do we put the ideal into operation? Let me suggest that the separation of powers provides a means for governing a state in adherence to the rule of law. With the separation of powers, the power of the state is divided among different branches, each with separate and independent authority as well as distinct areas of responsibility. This structuring of state power thus ensures not only that the responsibilities of one branch are not in conflict with the responsibilities of the other branches, but also that the powers of one branch are not exercised by the authorities in another branch. Dividing the responsibility for governance among the separate branches thus prevents the concentration of too much power in the same hands. The separation of power among the different branches of the state thus supports one of the foremost rule of law values, which is to constrain the power of the state.

The idea of a mixed government was first mentioned by Aristotle, although the concept has continued to develop over the centuries. In its modern version, it perhaps achieved its archetypal form in *The Spirit of the Laws* (1748) by Montesquieu. In that work Montesquieu described the separation of political power among the legislature, the executive and the judiciary. The legislature has the power make the law, the executive has the power to conduct the business of the state according to the law and the judiciary is charged with expounding the law and applying it in a binding and authoritative manner when deciding disputes between individuals as well as between individuals and the state. Montesquieu’s purpose in proposing this framework, of course, was to propose a form of government in which the powers of the state are separated so that no one branch can usurp complete power. Moreover, the separation of powers supports the independence of the judiciary by confirming that the exercise of the judicial power is independent of either the domination or manipulation of the other, political branches.

Although the typical division of branches in our day generally continues to follow the tripartite form suggested by Montesquieu, it is not uncommon for states to provide that the separation of powers shall be divided among more than three organs. By way of just one example, the Constitution of our host country provides in Article 67 that there are four organs of sovereignty, comprising the President of the Republic, the National

Parliament, the Government and the Courts. The Timorese Constitution goes on to state in Article 69 that in the exercise of their functions, the organs of sovereignty shall observe the principle of the separation of powers.

Having divided state power into separate branches, Montesquieu also expounded the theory of “checks and balances.” The motivation of this principle was to prevent any one of the branches from becoming supreme by balancing power among them in such a way as to permit each branch to serve as a check on the others. Thus, by way of hypothetical example, the legislature may vote to pass legislation, but the executive may exercise a veto. A sufficient majority of the legislature may then override the veto and the resulting statute becomes law. Thereafter, the judiciary can exercise judicial review with respect to the constitutionality of the statute and, where appropriate, determine its application in individual cases and adjudicate disputes in matters where it applies. There are no doubt many examples of checks and balances that could be cited, but considering the time available, I will not do so, confident that the underlying concept is secure in our minds. Before moving on, I should note that neither the separation of powers nor the concept of checks and balances is designed to isolate a branch of government. Although separate, the various branches are nonetheless interdependent to a certain extent, with the judicial branch being at the greatest disadvantage considering that it has no authority to appropriate funds for its use. Thus, as a separate branch, the judiciary can best maintain its independence only if it is provided sufficient funding and material resources, satisfactory facilities and infrastructure, adequate compensation for judges and judicial officers, and access to continuing legal education and other means of professional development. Needless to say, this budgetary dependence significantly handicaps the judiciary. It is true that the separation of powers may promote cooperation and a certain amount of deal-making between the legislature and the executive as each branch requires the other to achieve its own agenda. But there is no comparable basis for cooperation between the judiciary and the other two branches, leaving the judicial branch at a considerable disadvantage. The result is perhaps illustrated in a quip shared among judges in the US that the judiciary is one of the three co-equal branches of government that receives only 3% of the state's annual budget. Although this fact presents a challenge, it is part of the reality within which the judiciary must be prepared to operate. Perhaps it might be viewed as a portion of the price paid for judicial independence.

Let me now turn to the role of the independence of the judiciary in helping to support both the rule of law and the separation of powers.

### **Independence of the judiciary**

On this point, Montesquieu has provided guidance as well. In *The Spirit of the Laws* he asserted that “There is no liberty if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would [also be] the legislator. [And] Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression.” Moreover, he stated that the independence of the judiciary must be real and not merely appear to exist.

The institutional independence of the judiciary is thus grounded in the separation of powers. It is based on the proposition that courts should not be subject to the influence or interference of the other branches of the state. Courts and the judges who serve in them perform functions that are uniquely their own whenever they declare the meaning of the laws and decide their constitutionality and whenever they determine the application of the laws and adjudicate disputes.

The independence of the judicial branch is recognized internationally and is constitutionally guaranteed at the national level. The General Assembly of the UN has endorsed the “Basic Principles on the Independence of the Judiciary,” which states: “The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary.”

Consistent with that proposition, and by way of example, Article 119 of the Constitution of Timor-Leste states that “[c]ourts are independent and subject only to the Constitution and the law.” Indeed, the importance of the institutional independence of the judiciary in Timor-Leste is underscored by Article 118.1 of the Constitution, which describes the courts as “organs of sovereignty” and, as such, one of the four pillars of the Timorese state. As stated in that section, “Courts are organs of sovereignty with competencies to administer justice in the name of the people.”

Continuing to use the case of Timor-Leste as an example, the role of the judiciary in announcing the meaning of the law and applying it in cases that come before the courts is beyond question. Article 118.3 states that “Court decisions shall be binding and shall prevail over the decisions of any other authority.” The constitutional guarantee of judicial independence is further reinforced by Article 2.2, which affirms that the law is the highest authority in society and that the State itself “shall be subject to the Constitution and to the law.”

Let us dig a little deeper into the concept of judicial independence, however, and consider not only the need for institutional independence but also the related requirement of decisional independence on the part of individual judges. In that context as well, judicial independence is a prerequisite as it maintains the core principle that in deciding a case a judge must be free from inappropriate influences. A judge must thus decide the cases before him or her based solely on the law applied to the facts of a particular case, and not on the basis of his or her own interests or in response to outside private or public influence or interference. Independent decision-making is critical to ensure that justice is done fairly and impartially and in accordance with the law. As stated in Article 121.2 of the Timorese Constitution, “In performing their functions, judges are independent and owe obedience only to the Constitution, the law and to their own conscience.” The integrity of the judicial decision-making process thus depends on the independence of the decision-maker. Indeed, I would suggest that the protection of individual rights is similarly dependent on independent decision-making as it is hard to imagine the average citizen being able to assert fundamental rights against the power of the state without the assistance of an independent judiciary.

Continuing to use the Timorese Constitution as a guide, there are other important safeguards to ensure the independent performance of judicial functions. Article 121.4 states that “[t]o guarantee their independence, judges may not be held liable for their judgments and decisions, except as provided by law.” Judges thus cannot be removed from office or punished for legal errors made in good faith, nor can they be sanctioned either for espousing or disagreeing with a particular interpretation of the law. Just as importantly, the Constitution provides in Article 121.3, that “[j]udges [shall] have security of tenure and, unless otherwise provided for by law, may not be transferred, suspended, retired or removed from office.”

Judges themselves have an active role to play in supporting the judicial branch and their own independence. Considering the number of judges’ associations represented at this seminar, now also including the judges’ association of Timor-Leste, I probably need not cite Principle 9 of the “Basic Principles on the Independence of the Judiciary,” which states, and I quote, “Judges shall be free to form and join associations of judges . . . to represent their interests . . . and to protect their judicial independence.”

Before moving on, permit me to cite one more factor supporting judicial independence, which is public confidence in the judicial process. It is fundamental that justice must not only be done, but also must be seen to be done. Public confidence in the judicial process depends on a well-founded belief that judges are fair and impartial and decide the cases before them without fear or favor. Such confidence can be a powerful force in support of the judiciary. On the other hand, a lack of public confidence can greatly diminish such support, further isolating the judiciary from the public that it serves.

Of course confidence in an independent judiciary is likely to be greater when there is an appropriate level of judicial accountability that deters judicial abuse. The first form of judicial accountability is to be found in the public nature of the judicial process itself. The fact that judges operate in open courtrooms and must justify their decisions in properly-grounded written decisions provides an important level of transparency not always found in the other branches of government. Put another way, in deciding cases judges do not simply determine who wins and who loses. They must also provide the reasoning behind their judicial decision.

Similarly, in cases where a party to a matter believes that the judge or panel of judges has erred in some way that party has the right to appeal to a higher court. In those cases where error is detected at the appellate level and a lower court's decision must be revised or reversed, the action of the appellate court promotes accountability by ensuring that the ultimate result is in accordance with the law. In doing so, the appellate court clearly is not interfering with the judicial process because it is in fact a part of it.

Of course, it goes without saying that judges must conduct themselves both competently and ethically, but when a judge's ethical conduct is called into question, the matter must be determined by an independent authority such as a judicial conduct commission according to established standards of judicial conduct and with full due process of law. When approached in that way, ethical accountability can be assured without interfering with judicial independence.

In sum, it is not possible to maintain judicial independence in a vacuum that ignores the importance of ensuring, in appropriate ways, the accountability of judges to the law and to the ethical requirements that bind them.

### **Judicial independence and democracy**

Before closing, there is another aspect of judicial independence that I would like to discuss. And that is the relationship between judicial independence and democracy itself. As we have seen, the independence of the judiciary is essential to the rule of law. Indeed, there can be no rule of law without judicial independence. And as all of us also know, there can be no democracy without the rule of law. The principle of judicial independence is thus fundamental both to the rule of law and to the concept of democracy.

As we have discussed, one of the basic principles of the rule of law is that the State itself is subject to the law. Indeed for a nation to be fully democratic, its state authorities must operate within the laws and the country's constitution. Indeed, the UN Secretary General has described the rule of law as “a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated.”

I believe that it is fair to say that the “rule of law values” that I cited at the beginning of my remarks can only be ensured when a nation's judiciary is able to operate freely under the law and the Constitution, without fear or favor and without outside influence or undue constraints. That is the essence of an independent judiciary, without which both the rule of law and a democratic state cannot long survive.

### **Conclusion**

In conclusion, let me say that judicial independence is a universal principle that applies in every country and on every continent. Indeed, the principle of judicial independence is recognized in the Constitutions and laws of individual nations of every legal tradition. Moreover it is enshrined in international law, which applies to all nations.

I should add, however, that universal principles do not automatically achieve universal acceptance. Around the world and at all levels there are those who view an independent judiciary with suspicion and in some cases as a threat to their own interests. As a result it is not enough simply to invoke the phrase “judicial independence” and move on, as if the mere use of the term can bring the concept it represents into existence. In fact, respecting and protecting judicial independence requires that all those concerned remain vigilant and actively committed to ensuring the independence of the judiciary. There is no system of justice, including my own, in which the independence of the judiciary can be taken for granted or where the rightful authority of a country's courts is immune to challenge.

The struggle for an independent judiciary is thus an international effort and, I should add, a continuing one. It is one that involves not only judges, but also all those who value the rule of law, upon which all democratic governance is based. Although judicial independence obviously relates to how judges exercise their authority, that principle has an impact that extends far beyond judges themselves. Indeed, it extends to all those who are subject to the laws of society, which means everyone, without exception.

Judicial independence is more than just a legal principle. It is a social value that lies at the heart of the democratic experience and thus is of fundamental importance. As individuals we are defined by our values and societies are no different. Whether or not we strive to maintain the value of judicial independence will determine in the end what kind of society we will be.

Thank you all for your kind attention. Muito obrigado.

# 2º PAINEL INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO

*ii. A independência dos tribunais em Timor-Leste. Uma reflexão.*

Antonino Gonçalves, Presidente da Associação de Magistrados

Judiciais de Timor-Leste (Timor-Leste)

“Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e em um momento histórico determinados, o que valham os juizes como homens. No dia em que os juizes têm medo, nenhum cidadão pode dormir tranquilo.” (Eduardo Couture).

O Estado de direito democrático é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em qualquer Estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito.

Frequentemente assistimos e ouvimos em tempos de eleições, os candidatos empunham a bandeira da democracia, sobem aos palcos e bradam em seus discursos invocando o Estado democrático de direito, às vezes nem eles sabem o que estão dizendo.

Sempre que algum cidadão anda à busca de justiça para os seus problemas apregoam em nome do Estado de direito democrático, reivindicando o direito a terem uma justiça verdadeiramente independente na resolução dos seus litígios junto dos tribunais.

A ideia do Estado de direito democrático, da maneira como hoje é conhecida, decorre de um vasto processo da evolução da forma como as sociedades se foram organizando ao longo dos séculos. Relembremos que o Estado democrático de direito é oriundo dos antigos povos gregos e seus inesquecíveis pensadores que, já no século V a l a. C., entre eles Sócrates, Platão e Aristóteles que criou a teoria do “Estado Ideal”, refletiam sobre a melhor forma de organização da sociedade para a proteção do interesse comum.

Entretanto, foi no final do século XIX que as grandes bases do Estado de direito foram consolidadas.

Porém, o marco principal e mais significativo acontecimento histórico na edificação dos direitos humanos, e conseqüentemente do direito, foi a Revolução Francesa de 1789, da qual originou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais documentos históricos que marcam o início do Estado moderno. A Declaração de 1789 assegurava que “todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei” e que “a finalidade da sociedade é a felicidade comum – o governo é instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a segurança e a propriedade”.

A lei passa a representar a vontade dos cidadãos, pois o comportamento destes influencia o desenvolvimento das sociedades, devendo assim por todos ser respeitada, não atribuindo importância (importando) à sua condição, acarretando necessariamente (implicando finalmente) a ideia de Estado de direito.

Já no século XX, também Hans Kelsen conceituou o Estado como sujeito artificial como a personalização da ordem jurídica, e como a lei passa a ter, a partir de então, um papel essencial na organização das sociedades, sendo o instrumento por meio do qual o poder do povo se manifesta e que vincula a todos de forma igualitária, governantes e governados são igualmente sujeitos às determinações da lei.

Atualmente, o Estado de direito tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno ou do mundo cada vez mais globalizado.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, no seu artigo 10, consagra que: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial, que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ele seja deduzida”.



Mesmo assim, continuamos no século XXI com o objetivo de buscarmos mecanismos de aperfeiçoamento para o modelo do Estado, para que o mesmo atinja, o quanto antes, o equilíbrio entre a liberdade e igualdade dos seres humanos e possa proporcionar o ideal de oportunidades de desenvolvimento com saúde, segurança, habitações dignas, educação para todos.

Feita esta breve introdução, passarei então a abordar brevemente o tema que me foi proposto: “A Independência dos Tribunais em Timor-Leste, Uma Reflexão”.

Essa reflexão visa focar algumas situações que, de uma maneira ou outra, poderão criar entraves ou obstáculos sérios para a independência dos tribunais no Estado de direito. É fruto de uma observação oriunda da prática judicial, ao longo destes anos, de um juiz que trabalhou uma dezena de anos nos tribunais deste país. Vou simplesmente abordar essa questão em termos de reflexão sobre o que diz a Constituição da República Democrática de Timor-Leste/CRDTL sobre a independência dos tribunais.

Desde logo o art.º 1º da CRDTL, consagra que “a República Democrática de Timor-Leste é um Estado de direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana”.

E, no que toca à soberania e constitucionalidade, diz o art.º 2º que “1. a soberania reside no povo, que a exerce nos termos da Constituição. 2. o Estado subordina-se à Constituição e às leis. 3. as leis e os demais atos do Estado e do poder local só são válidos se forem conformes com a Constituição. 4. o Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro”.

De acordo com o artigo 67º da CRDTL “são órgãos de soberania o Presidente da República, o Parlamento Nacional, o Governo e os Tribunais”.

E, mais adiante, dispõe o art.º 118º, nº 1 que “Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”. E no nº 3º diz: “As decisões dos tribunais são de cumprimento obrigatório e prevalecem sobre todas as decisões de quaisquer autoridades”.

Tal como as constituições portuguesa e dos países africanos de língua portuguesa, a CRDTL não define o que são tribunais e assim, para a definição do conceito, temos então de buscar uma conexão com o de função jurisdicional (118º, nº 2) e com o de juiz (art.º 121º). Da referida conexão resulta que os tribunais são órgãos de soberania, dotados de independência (art.º 119º), ou seja, “os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à Constituição e à lei”, em que um ou mais juízes procedem à administração da justiça em nome do povo (art.º 118º, nº 1). Incumbe assim aos tribunais desempenhar uma função materialmente caracterizada, ou seja, só aos tribunais compete administrar a justiça, não podendo atribuir funções jurisdicionais a outros órgãos, designadamente à Administração Pública.

Neste sentido, diz o art.º 121º:

- “1. A função jurisdicional é exclusiva dos juízes, investidos nos termos da lei.
2. No exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à Constituição, à lei e à sua consciência.
3. Os juízes são inamovíveis, não podendo ser suspensos, transferidos, aposentados ou demitidos, senão nos termos da lei.
4. Para a garantia da sua independência os juízes não podem ser responsabilizados pelos seus julgamentos e decisões, salvo nos casos previstos na lei.
5. A lei regula a organização judiciária e o estatuto dos magistrados judiciais”.

A independência dos tribunais é uma das garantias essenciais do Estado de direito democrático (art.º 1º, nº 1 da RDTL).



O princípio da independência tem por objetivo defender os tribunais dos demais poderes do Estado, nomeadamente do Governo e da Administração, protegendo-os das suas ingerências ou pressões e garantindo, deste modo, a defesa dos direitos legítimos dos cidadãos perante o Estado. E isto significa também que, dentro do princípio de separação de poderes, o titular de órgãos de outros poderes não pode dar instruções concretas, estabelecer preceitos administrativos, impor condicionalismos ou exercer pressão ou influência sobre a atividade dos tribunais.

Pode-se também concluir que a independência dos juízes, portanto, foi fixada como fator essencial da proteção dos direitos fundamentais, inserindo-se como importante fator de construção e efetivação dos direitos humanos.

Os tribunais são também independentes entre si, ou seja, cada tribunal é órgão de soberania de *per si*, salvo as relações de hierarquia ou supraordenação dentro de cada categoria de tribunais (cfr. artigos 123º e 124º), e sem prejuízo da cooperação que todos devem uns aos outros na administração da justiça, conforme consagra expressamente no art.º 118º, nº2, da CRDTL que “no exercício das suas funções, os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades”.

Sendo que a função jurisdicional é apenas atribuída aos juízes, e isso implica que “a garantia essencial da independência dos tribunais é a independência dos juízes, que está abrangida pela proteção” da CRDTL, ao consagrar no nº 2 do art.º 121º, que “no exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à Constituição, à lei e à sua consciência”.

O princípio da independência dos juízes exige que estes não podem ser transferidos de um tribunal para outro (princípio de inamovibilidade) e nem podem ser responsabilizados pelos seus julgamentos e decisões (princípio de irresponsabilidade) (cfr. Art.º 121, nºs 3 e 4 e ainda os 4º, 5º e 6º da lei nº 11/2004 de 29 de setembro do Estatuto dos Magistrados Judiciais).

Dai que a independência do juiz, para dizer o direito, é estabelecida pela própria ordem jurídica como forma de garantir ao cidadão que o Estado de direito será respeitado e usado como defesa contra todo o tipo de usurpação. Neste sentido, a independência do juiz é, igualmente, garante do regime democrático.

De possíveis situações de fragilidade à independência dos tribunais quando o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça é nomeado pelo Presidente da República e não eleito pelos seus pares.

Mas vejamos primeiro o que diz a constituição da RDTL:

Como sabemos, a CRDTL é uma constituição derivada, ou seja, segue fundamentalmente modelos constitucionais já experimentados, e concretamente muito semelhante, em muitos aspetos, à Constituição portuguesa e às dos países africanos de língua portuguesa, limitando-se a fazer algumas adaptações impostas pelas necessidades ou realidades concretas nacionais.

No artigo 210º, nº 2 da Constituição portuguesa diz-se que “o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça [STJ] é eleito pelos respetivos juízes”. E, sem dúvida nenhuma que a eleição do STJ, pelos respetivos juízes, é uma expressão da independência dos tribunais”. É o que acontece em S. Tomé e Príncipe (art.º da Constituição são-tomense), no Brasil, etc. e as demais delegações da UIJLP poderão melhor pronunciar-se sobre as nomeações do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça consagradas nas respetivas Constituições ou estatutos de magistratura judicial.

Dentro do contexto da independência dos tribunais e, por conseguinte, a independência dos juízes como expressão da independência dos tribunais, julgo que a nomeação ou eleição do Presidente do Tribunal de Recurso deve ser feito pelos respetivos juízes, preservando os tribunais de qualquer ingerência, quer direta quer indiretamente, nas suas atividades judiciais.

Vejam os o que diz a constituição da RDTL sobre essa questão:

No uso das suas competências relativamente aos outros órgãos, o artigo 86º, al. j) da CRDTL estipula que compete ao Presidente da República “nomear o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e empossar o Presidente do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas”.

E ainda sobre a referida nomeação, o artigo 95º nº, 3, al. a) diz que “compete também ao Parlamento Nacional “ratificar a nomeação do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e a eleição do Presidente do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas”.

Mais adiante, o artigo 124.º nº, 3 diz que “o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça é nomeado para um mandato de quatro anos pelo Presidente da República, de entre os juizes do Supremo Tribunal de Justiça”, sendo a CRDTL omissa acerca da tomada de posse do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

Porém, essa omissão é colmatada pelo art.110º, nº 3 da lei nº 11/2004 de 29 sobre o Estatuto dos Magistrados Judiciais onde se regula que “o Presidente do Tribunal de Recurso, que exerce as funções de Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, até à instalação e início de funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça, toma posse perante o Presidente da República e os restantes juizes desse tribunal perante o Presidente do Tribunal de Recurso”.

E a questão que se coloca é: em que critérios subjetivos e objetivos se fundamentam para se proceder a nomeação e ratificação?

Não estarão critérios políticos partidários incluídos na sua nomeação?

Não estará em causa o princípio da independência dos tribunais se for assim a sua nomeação?

Mas vejamos mais.

Quanto à composição do Conselho Superior da Magistratura Judicial, diz o nº 2 do artigo 125.º da CRDTL que “o Supremo Tribunal de Justiça é composto por juizes de carreira, por magistrados do Ministério Público ou por juristas de reconhecido mérito, em número a ser estabelecido por lei, sendo:

- a) Um eleito pelo Parlamento Nacional;
- b) E os demais designados pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial.

Neste contexto, o art.º 109º, nº 1, da lei nº 11/2004 de 29 de setembro do Estatuto dos Magistrados Judiciais diz que “até que seja possível nomear magistrados judiciais de carreira e instalar o Supremo Tribunal de Justiça, o CSMJ é presidido pelo Presidente do Tribunal de Recurso e constituído por este e pelos seguintes vogais:

- a) Um designado pelo PR;
- b) Um eleito pelo PN;
- c) Um designado pelo Governo;
- d) Um juiz ou juiz estagiário eleito por todos os juizes e juizes estagiários.

E no nº 2: “Cada uma das entidades mencionadas no nº 1 designa ou elege ainda um membro suplente, que substitui o membro efetivo nas suas ausências ou impedimentos”.

Mais adiante, o nº 3 do art.º 110º, da lei nº 11/2004 de 29 de Setembro do Estatuto dos Magistrados Judiciais estipula ainda que “cabe ao Parlamento Nacional eleger um juiz para o Tribunal de Recurso, nos termos do previsto no nº 2 do artigo 125º da CRDTL, de entre as pessoas que reúnam os requisitos indicados no número anterior, isto é, “até à instalação e início de funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça, os juizes para o Tribunal de Recurso podem ser nomeados pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial, de entre os juizes de categoria inferior a 1ª classe ou juizes estagiários, tendo em conta a avaliação ou classificação, ou juristas de reconhecido mérito com, pelo menos, oito anos de atividade profissional na área do Direito.

Analisando as supracitadas disposições e se partirmos do princípio que o CSMJ é um órgão constitucional autônomo, e que tem como função essencial a gestão e a disciplina da magistratura dos tribunais cuja existência e composição satisfaz, entre outros requisitos, “garantir a autonomia dos juízes dos tribunais judiciais, tornando-se independentes do Governo e da Administração”, verifica-se que a atual composição do CSMJ obedece claramente às seguintes regras : a) uma maioria de membros designados pelos órgãos de soberania eleitos, PR, PN e Governo; b) uma forte presença de membros oriundos de membros da magistratura, c) presença de membros designados pelo Governo; d) entrega da presidência do CSM ao Presidente do TR evitando qualquer conflito de legitimidade ou de autoridade e desta maneira reforçando a posição dos juízes do TR dentro do Conselho.

Ora o princípio da independência tem por objetivo defender os tribunais dos demais poderes do Estado, nomeadamente do Governo e da Administração, protegendo-os das suas ingerências ou pressões e garantindo, deste modo, a defesa dos direitos legítimos dos cidadãos perante o Estado. Como a inclusão do um membro eleito pelo Governo afeta de certo modo o princípio de separação de poderes, ou seja, não respeitando a separação entre a magistratura e o executivo, ao que implicaria uma clara ingerência deste no governo daquela; De igual modo, o Presidente do TR é nomeado pelo PR, onde o legislador não seguiu os modelos de auto-governo existentes de outros ordenamentos jurídicos comparados, conforme o disposto no Artigo 124.º n.º, 3 que refere que “o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça é nomeado para um mandato de quatro anos pelo Presidente da República, de entre os juízes do Supremo Tribunal de Justiça”.

De acordo com as leis em vigor, o CSMJ é composto por uma maioria de “não-juízes”. Não será que o poder político pretende levar a bom porto os seus intentos de maior intervencionismo no seio do poder judicial?

A par desta realidade, constata-se ainda que alguns dos elementos não-juízes que integram o CSMJ, que são ministros e deputados, têm vindo a assumir uma postura mais interventiva, e nalguns casos mesmo mais político-partidarizada, o que paulatinamente pode conduzir este órgão ao domínio efetivo pelo poder político. Nota-se atualmente uma postura de desconfiança da judicatura timorense, desconfiança traduzida na criação de uma comissão de reforma legislativa que abrange de certeza os tribunais. O poder político tentará futuramente introduzir alterações que, sem ir ao fundo das questões, poderão criar sérios entraves a uma justiça mais célere, situação que, consciente ou inconscientemente, já foi criada pretendendo, desta maneira, que se crie na opinião pública um descrédito na justiça e naqueles que ministram.

As leis foram feitas numa altura que Timor-Leste não tinha juízes, porém, hoje, temos juízes que, com todas as suas deficiências, muitas delas impostas, têm alguma experiência profissional. Sim. A opção por um qualquer modelo é competência do poder político, e quanto a isso, os juízes, face à sua experiência profissional, apenas podem e devem alertar para as consequências da sua implementação. Daí que a intervenção dos juízes numa reforma legislativa pode ser da maior utilidade para o próprio legislador, alertando para que a mesma não inclua aspetos que podem conduzir a resultados indesejáveis.

Os juízes, além de representarem um dos poderes do Estado, são igualmente técnicos e conhecedores da realidade forense.

De maneira nenhuma, como juízes, pretendemos substituir-nos ao legislador. Porém, o que também não podemos aceitar é que sejam os tribunais, o seu bom-nome, a sua credibilidade a sofrerem as consequências das más opções tomadas e que depois, nunca são assumidas como erros por quem as tomou.

Esta composição do CSMJ, continuando como está, poderá por em causa a efetiva independência dos tribunais, pois proporciona condições para ingerências quer diretas quer indiretas nas atividades dos juízes por parte do poder político, fragilizando a independência do poder judicial e a integridade dos tribunais.

O único caminho é colocarmos em posição de defesa perante o poder político que só uma judicatura independente é capaz de cumprir a missão que a Constituição nos reserva – “ (...) administrar a justiça em nome do povo”.

## Referências bibliográficas:

- 1 - Constituição da RDTL.
- 2 - Lei nº 11/2004 de 29 de setembro sobre o Estatuto dos Magistrados Judiciais.
- 3 - Bacelar de Vasconcelos, Pedro Carlos. 2011, *Constituição Anotada da RDTL*. Empresa Diário do Minho, Rua de Santa Margarida, 4-A, Braga.
- 4 - Miranda, Jorge. 2003, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I a VI, 7ª Edição, Coimbra Editora.
- 5 - Gomes Canotilho, Joaquim José e Vital Moreira. 2007, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição revista Coimbra Editora e 2010, Vol. II, 4ª edição revista Coimbra Editora.
- 6 - Gomes Canotilho, José Joaquim. 1977, *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra 7.
- 7 - Rebelo de Sousa, Marcelo e Sofia Galvão, *Introdução ao Estado de Direito*. 5ª ed. LEX, Lisboa, 2000.
- 8 - Freitas do Amaral, Diogo, 2004, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Almedina.
- Hobbes, Thomas [et al]. 1994, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Nova Cultural (Coleção Os Pensadores).
- 9 - A Declaração Universal Dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.
- 10 - *Os Lusíadas*, Edição organizada e Anotada por Reis Brasil, Editorial Minerva-Lisboa.
- 11 - Durand, Frédéric. 2009, *História de Timor-Leste da Pré-História à Actualidade*, 2ª edição.

## TÍTULO V

### TRIBUNAIS

#### CAPÍTULO I

##### TRIBUNAIS E MAGISTRATURA JUDICIAL

###### Artigo 118.º

(Função jurisdicional)

1. Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.
2. No exercício das suas funções, os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades.
3. As decisões dos tribunais são de cumprimento obrigatório e prevalecem sobre todas as decisões de quaisquer autoridades.

###### Artigo 119.º

(Independência)

Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à Constituição e à lei.

###### Artigo 120.º

(Apreciação de inconstitucionalidade)

Os tribunais não podem aplicar normas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consagrados.

###### Artigo 121.º

(Juizes)

1. A função jurisdicional é exclusiva dos juizes, investidos nos termos da lei.
2. No exercício das suas funções, os juizes são independentes e apenas devem obediência à Constituição, à lei e à sua consciência.
3. Os juizes são inamovíveis, não podendo ser suspensos, transferidos, aposentados ou demitidos, senão nos termos da lei.
4. Para a garantia da sua independência os juizes não podem ser responsabilizados pelos seus julgamentos e decisões, salvo nos casos previstos na lei.
5. A lei regula a organização judiciária e o estatuto dos magistrados judiciais.

###### Artigo 122.º

(Exclusividade)

Os juízes em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, excetuada a atividade docente ou de investigação científica de natureza jurídica, nos termos da lei.

#### ASSEMBLEIA CONSTITUINTE TIMOR-LESTE

##### 42 Artigo 123.º

(Categorias de tribunais)

1. Na República Democrática de Timor-Leste existem as seguintes categorias de tribunais:
  - a) Supremo Tribunal de Justiça e outros tribunais judiciais;
  - b) Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas e tribunais administrativos de primeira instância;
  - c) Tribunais militares.
2. São proibidos tribunais de exceção e não haverá tribunais especiais para o julgamento de determinadas categorias de crime.
3. Podem existir tribunais marítimos e arbitrais.
4. A lei determina a constituição, a organização e o funcionamento dos tribunais previstos nos números anteriores.
5. A lei pode institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.

##### Artigo 124.º (Supremo Tribunal de Justiça)

1. O Supremo Tribunal de Justiça é o mais alto órgão da hierarquia dos tribunais judiciais e o garante da aplicação uniforme da lei, com jurisdição em todo o território nacional.
2. Ao Supremo Tribunal de Justiça compete também administrar justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional e eleitoral.
3. O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça é nomeado para um mandato de quatro anos pelo Presidente da República, de entre os juízes do Supremo Tribunal de Justiça.

##### Artigo 125.º

(Funcionamento e composição)

1. O Supremo Tribunal de Justiça funciona:
  - a) Em secções, como tribunal de primeira instância, nos casos previstos na lei;
  - b) Em plenário, como tribunal de segunda e única instância, nos casos expressamente previstos por lei.
2. O Supremo Tribunal de Justiça é composto por juízes de carreira, por magistrados do Ministério Público ou por juristas de reconhecido mérito, em número a ser estabelecido por lei, sendo:
  - a) Um eleito pelo Parlamento Nacional;
  - b) E os demais designados pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial.

##### Artigo 126.º

(Competência constitucional e eleitoral)

1. Ao Supremo Tribunal de Justiça compete, no domínio das questões jurídico-constitucionais:
  - a) Apreçar e declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade dos atos legislativos e normativos dos órgãos do Estado;
  - b) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos diplomas legislativos e dos referendos;
  - c) Verificar a inconstitucionalidade por omissão;
  - d) Decidir, em sede de recurso, sobre a desaplicação de normas consideradas inconstitucionais pelos tribunais de instância;
  - e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações e ordenar o seu registo ou extinção, nos termos da Constituição e da lei;
  - f) Exercer todas as outras competências que lhe sejam atribuídas na Constituição ou na lei.
2. No domínio específico das eleições, cabe ao Supremo Tribunal de Justiça:
  - a) Verificar os requisitos legais exigidos para as candidaturas a Presidente da República;
  - b) Julgar em última instância a regularidade e validade dos atos do processo eleitoral, nos termos da lei respetiva;
  - c) Validar e proclamar os resultados do processo eleitoral.

#### Artigo 127.º

(Elegibilidade)

1. Só podem ser membros do Supremo Tribunal de Justiça juizes de carreira, magistrados do Ministério Público ou juristas de reconhecido mérito que sejam cidadãos nacionais.
2. Além dos requisitos referidos no número anterior, a lei pode definir outros.

#### Artigo 128.º

(Conselho Superior da Magistratura Judicial)

1. O Conselho Superior da Magistratura Judicial é o órgão de gestão e disciplina dos magistrados judiciais, a quem compete a nomeação, colocação, transferência e promoção de juizes.
2. O Conselho Superior da Magistratura Judicial é presidido pelo Juiz Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e composto pelos seguintes vogais:
  - a) Um designado pelo Presidente da República;
  - b) Um eleito pelo Parlamento Nacional;
  - c) Um designado pelo Governo;
  - d) Um eleito pelos magistrados judiciais de entre os seus pares.
3. A lei regula a competência, a organização e o funcionamento do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

#### Artigo 129.º (Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas)

1. O Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos, fiscais e de contas, sem prejuízo da competência própria do Supremo Tribunal de Justiça.
2. O Presidente do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas é eleito para um mandato de quatro anos de entre e pelos respetivos juizes.
3. Compete ao Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas, como instância única, a fiscalização da legalidade das despesas públicas e o julgamento das contas do Estado.
4. Compete ao Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas e aos tribunais administrativos e fiscais de primeira instância:
  - a) Julgar as ações que tenham por objeto litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais;
  - b) Julgar os recursos contenciosos interpostos das decisões dos órgãos do Estado e dos seus agentes;
  - c) Exercer as demais competências atribuídas por lei.

#### Artigo 130.º

(Tribunais Militares)

1. Compete aos tribunais militares julgar em primeira instância os crimes de natureza militar.
2. A competência, a organização, a composição e o funcionamento dos tribunais militares são estabelecidos por lei.

#### Artigo 131.º

(Audiências dos tribunais)

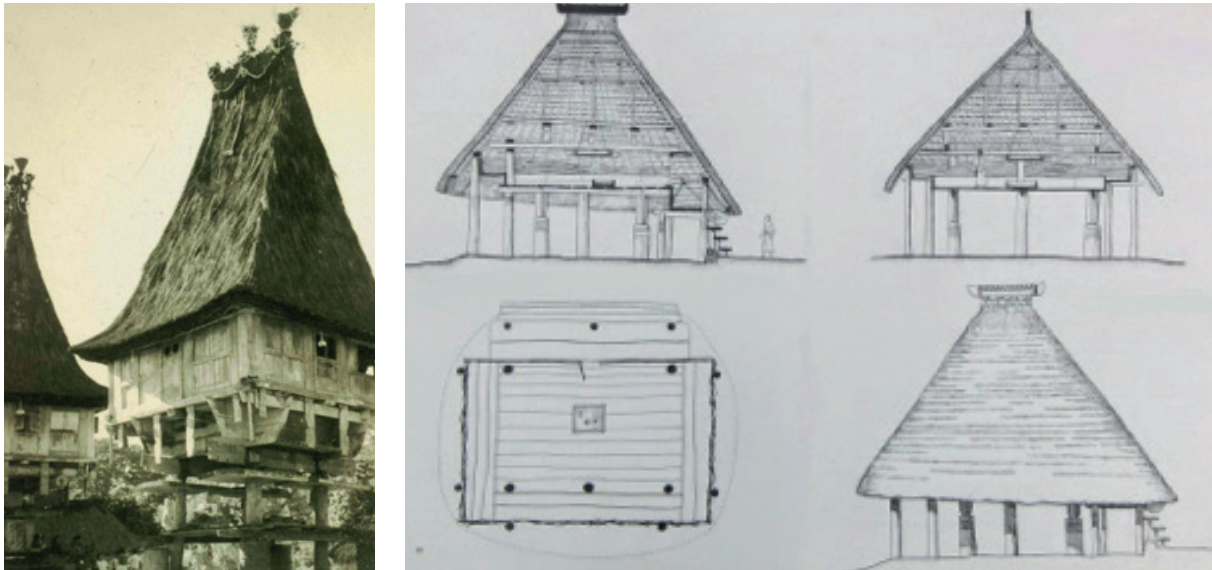
As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas, da moral pública e da segurança nacional ou para garantir o seu normal funcionamento.

# 2º PAINEL INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO

## *iii. Sentido da jurisdição e sua estrutura de realização*

Nuno Coelho, Juiz Desembargador e consultor científico do PACED (Portugal)





Na estrutura da habitação revela-se o simbolismo cósmico: a casa é a imagem do mundo, a sua cobertura é o céu, o pilar ou poste principal é assimilado ao “eixo do mundo” que sustenta o imenso teto celeste e desempenha um papel ritual importante: é na sua base que têm lugar os sacrifícios em honra do ser supremo, Marômac. Toda a construção e inauguração de uma moradia equivalem a um começo, a uma nova vida: para que a obra dure e “viva” deve ser animada, isto é, deve receber ao mesmo tempo uma vida e uma alma.

Desta noção pode-se compreender melhor a importância dos pilares em que assenta a organização social, a organização político-constitucional, suporte institucional da vida social e da sua ideia cosmológica.

A definição do poder judicial e a fórmula da sua organização não deve estar desligada do sentido social que se queira conceder à jurisdição, tal como definida anteriormente, enquanto poder dado aos tribunais para aplicar o direito e administrar a justiça.

Que funções assumem os tribunais e os juízes nessa articulação dos poderes separados e interdependentes e quais os meios institucionais que pretendem dar concretização a essas funções? Este sentido social passa também pelo debate sobre outras questões políticas e éticas que não deixam de localizar o judiciário face aos outros poderes políticos, no seu plano de legitimação e reconhecimento político-social.

A cultura histórica, política e jurídica de uma comunidade determina o modelo de jurisdição e o perfil de estatuto de juiz que, para além de ter um objeto normativo, não deixa de refletir a posição e o reconhecimento que os juízes podem beneficiar na comunidade.

A jurisdição pode ser entendida essencialmente como a atividade exercida por juízes e destinada à revelação e aplicação do direito num caso concreto. Esta atividade de definir o direito, exercido pelos órgãos jurisdicionais, tem o seu critério definidor centrado na utilização que dele faz a própria jurisprudência, não somente na resolução dos litígios à luz do direito, mas também, por essa via, ao decidir em *ultima ratio*, de forma implícita ou explícita, se uma regra ou um princípio, de qualificação incerta, é ou não direito.

Nos elementos da jurisdição entendem-se, para além do dizer o direito (*jurisdictio*), a obrigatoriedade de o dizer e também a forma e a autoridade com que ele se afirma (*imperium*), que pode ou não passar pela sua executoriedade e pela execução das decisões jurisdicionais.



## **Organização da justiça e jurisdição. Uma visão de conjunto.**

Vai-se tornando claro que essa atividade não pode caracterizar-se tão só e apenas com critérios materiais e substantivos, ou mesmo por via do seu modo ou forma de exercício. Estará dependente, assim também, da sua associação orgânica ao poder jurisdicional (sendo subjetiva e organicamente atribuída a titulares que são dotados das características de juízes) e à inerente estruturação e complexificação das condições práticas e materiais da sua existência e exercício, incluindo as regras e os princípios procedimentais ou processuais.

Pressupostos teóricos:

- Uma ótica conceptual mais vasta de poder; e
- Um poder dependente das suas “condições materiais de produção” ou de “comunicação política” (António Hespanha);
- Que convive muito de perto com a noção de “esfera pública” ou “espaço público” (Hannah Arendt); e
- Que beneficia da distinção entre os tipos de poder (*v.g.* o “poder coativo”, o “poder compensatório” e o “poder condicionado”) (John Kenneth Galbraith).

Assegurando a percepção da riqueza multidimensional dos tribunais e da realização da justiça, isto é, nas várias vertentes da jurisdição enquanto:

- (1) resolução de controvérsias,
  - (2) prática judicativa e
  - (3) organização ou estrutura
- (na tripartição apresentada por Castanheira Neves).

A decisão judicial também pode ser – e tem sido – abordada de ângulos diversos e por diversas disciplinas (no ambiente interdisciplinar afirmado inicialmente):

- Da teoria e da filosofia do direito,
- Do direito processual,
- Da teoria política e constitucional,
- Da sociologia do direito,
- Da análise económica e
- Da ciência política e administrativa.

De onde ressalta a diversidade dos pontos de vista “interno” e “externo” de reflexão sobre o próprio direito (Hart).

### **A aplicação do direito, o seu contexto institucional e os fatores de organização e gestão da justiça.**

São cada vez mais recorrentes nos estudos sobre os tribunais – mais há algum tempo nos Estados Unidos e mais recentemente na Europa – as abordagens de cariz organizacional na compreensão dos processos decisórios, e, mais precisamente, dos processos decisórios dentro do funcionamento dos próprios tribunais e das demais instituições judiciais, sempre com grande destaque na especificidade que é própria aos fenómenos judiciais.

No que respeita à decisão judicial:

- No universo norte-americano (sistema *common law*), destacam-se as três escolas da “*decision-making*”, explicativas da tomada de decisão jurisdicional e num cenário de previsão do sentido dessas decisões (jurídica [legal], comportamental e institucional); e
- Nos sistemas de *civil law*, onde encontramos sobretudo, num universo eminentemente jurídico-normativo, abordagens que se baseiam nos modelos de decisão na aplicação, enquanto análise teórica da justificação ou argumentação das decisões jurisdicionais (modelos ideológicos, modelos descritivos e modelos estruturais).

## O que é a jurisdição hoje? Modelos jurisdicionais e realização do direito

Esta mesma perspectiva é consentânea com o modelo de julgador subjacente ao padrão constitucional, ideológico e cultural que é exigível ao decisor jurisdicional. Num percurso evolutivo que passou, sucessivamente, pelos vários modelos de aplicação do direito, chegando ao modelo atual de uma realização jurisdicional do direito mais integrada nas suas componentes institucionais e mais desperta para as implicações sistemáticas e estruturais da administração da justiça. Quando os juízes administram justiça, fazem-no, para além da decisão-julgamento firmada no direito aplicável, também segundo os pressupostos de funcionamento do próprio sistema judicial e com a consciência das possibilidades do mesmo.

Os modelos jurisdicionais e o perfil do juiz que atua na sua função não deixam de se adaptar ao dinamismo social e à forma como o seu papel e a atividade jurídica se conjuga com o plano ético-político. Isto é de uma atuação profissional que se considere correta, que responda às necessidades sociais que estão associadas à administração da justiça e à realização do direito e que se integre numa estrutura mais vasta de regulação e de governação da sociedade.

Esperando-se que a atuação dos juízes, por essa via, siga a assunção de um papel social que lhes concede autoridade e legitimação perante o mundo exterior ao seu núcleo jurisdicional. Tornando as decisões dos juízes, pela sua fundamentação, justificação e desempenho demonstrados (qualidade e quantidade), não só escrutináveis (*accountability*) como merecedoras da adesão desse auditório universal.

A tarefa do aplicador do direito, do juiz concreto que se afasta do ideal hercúleo de Dworkin, é a atividade de alguém que se insere num contexto institucional. Nessa situação o juiz encontra-se condicionado também pelos fatores da organização e gestão da justiça, que a prática judiciária ilustra todos os dias e que os intervenientes processuais tão bem conhecem.

Estes fatores fazem-se sentir cada vez mais e são mais patentes e influentes nos ambientes de litigância massificada e complexa com que os quais sistema judicial lida habitualmente. “As decisões judiciais inserem-se num processo institucionalizado de discussão”<sup>2</sup> e podem e devem ser abordadas no condicionalismo organizativo da administração da justiça.

Conclusão.

O sistema judicial, a sua organização e a sua estrutura, é a porta de entrada e de saída do direito que é realizado pelos tribunais, pela jurisdição, pelos juízes. Esse sistema deve assentar em suportes firmes, nos pilares que sustentam esta construção social. Sistema judicial devidamente construído para que sobre ele se sustente a realização do direito; um quinto pilar da nossa *UMA LULIK*.

Passando da paisagem humana para a paisagem natural que nos molda, condiciona e identifica, como ambiente e como geografia: a sociologia, a biologia e a geografia, dos traços históricos e culturais da nossa vida social e humana de onde brota o direito.

Desde as montanhas de Timor, refúgio das Falintil, à praia de Ataúro, num curso de água que preenche a estrutura que procurámos caracterizar, o direito e, sobretudo o direito realizado pelos tribunais – a jurisdição –, deve servir a vida sem esquecer que o direito também tem vida. A jurisdição em Timor deve servir a vida dos que nele habitam e que o construíram e constroem quotidianamente.

<sup>2</sup> Frydman, Benoît. 2005, *Les sens des lois*, Bruxelles – Paris: Bruylant – L.C.D.J., pp. 659-661; e em 2007, “L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice” in Working Papers Centre Perelman n° 2007/4, pp. 9-12.

## Bibliografia e documentação

Andrés Ibáñez, Perfecto. 1994, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencias del formalismo”, in *Doxa [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Doxa, N.ºs 15-16, vol. II, 1994, pp. 861-879, disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15\\_20.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_20.pdf).

Araújo, Fernando. 2008, “Pontos de Interrogação na Filosofia do Direito”, in J. de Figueiredo Dias, J. J. Gomes Canotilho e J. de Faria Costa (orgs.) *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 57-194.

Arnaud, André-Jean. 1996, “Modélisation de la décision complexe en droit. Quelques pistes de recherche”, in *Les Cahiers du CIRESS*, Nouvelle série, n° 2, décembre 1996, pp. 7-28, disponível em <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/arnaud1.rtf>.

Arnaud, André-Jean; e Dulce, María José Fariñas. 2006, *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado (sobretudo Capítulo 3, secção 4ª, pp. 325-358)

Aroso Linhares, José M. 2002, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a Law & Economics Scholarship”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVIII, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 65-178.

---//--- 2009, “A ‘Área Aberta’ e a «Predestinação Pragmática» - A Análise Económica do Direito como ‘Teoria Compreensiva’ (entre outras teorias compreensivas): o Desafio e as Reformulações de How Judges Think”, in Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pp. 239-275.

---//--- 2010, “Jurisdição, Diferendo e ‘Área Aberta’ - A caminho de uma teoria do direito como moldura”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume IV, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 443-477.

Atienza, Manuel. 2007, “Argumentación y Constitución” in Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (eds.) *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, Madrid: Iustel, pp. 128-143.

Burgo y Marchán, Ángel Martín del. 2001 (republicação do artigo de 1967), “La administración de la Jurisdicción”, in *La justicia como problema. El juez como administrador del derecho*, Barcelona: Editorial Bosch.

Cadiet, Loïc. 2011, “La théorie du procès et le nouveau management de la justice: processus et procédure”, in Benoit Frydman et Emmanuel Jeuland, *Le nouveau management de la justice et l’indépendance des juges*, Paris: Éditions Dalloz, pp. 111-129.

Castanheira Neves, António. 1998, “Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Anos 130.º (pp. 290 a 300, 322 a 329) e 131.º (pp. 8 a 14).

---//--- 2006/2007, “O funcionalismo jurídico – Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 136.º, setembro-outubro, novembro-dezembro e janeiro-fevereiro, pp. 3-31, 66-86 e 122-151.

Clayton, Cornell W. 1999, “The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms”, in Cornell W. Clayton and Howard Gillman (eds.) *Supreme Court Decision-Making – New Institutional Approaches*, Chicago/London: The University of Chicago Press, pp. 15-41.

Coelho, Nuno. 2009, “A organização dos tribunais, os juizes e o direito”, in António Pedro Barbas Homem, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Paula Costa e Silva, Susana Videira e Pedro Freitas (coords.) *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Coimbra: Almedina, pp. 347-401.

---//--- 2007ª, “A economia, a organização do sistema judicial e a administração judiciária. Uma proposta de abordagem sistémica e organizativa”, in *Funcionamento do Sistema Judicial e Desenvolvimento Económico*, Conselho Superior de Magistratura, IV Encontro Anual – 2006, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 77-148.

---//--- 2012, “O Estado de Direito face ao Caos e ao Sistema. Para uma independência e uma autonomia responsabilizantes dos tribunais portugueses”, in *Julgard, Número Especial (A Mobilização do Direito no Tempo das Crises, Nono Congresso dos Juizes Portugueses)*, 2012, pp. 205-236.

De Vita, Anna. 1998, “Aperçu Comparatif – L’élaboration de la décision de justice. Etudes de droit comparé”, in *Revue internationale de droit comparé*, N° 3, Juillet-Septembre 1998, pp. 809-815.

Friedman, Barry; e Martin, Andrew D.. 2011, "Looking for Law in All the Wrong Places: Some Suggestions for Modeling Legal Decision-Making", in Charles Geyh (ed.) *What's Law Got To Do With It? What Judges Do And What To Do About It*, Stanford, California: Stanford University Press, pp. 143-172 (também Stanford, NYU School of Law, Public Law Research, Paper N.º 11-25, disponível em SSRN) Frydman, Benoît. 2005, *Les Sens des Lois*, Bruxelles – Paris: Bruylant – L.G.D.J., pp. 659-661.

---/--- 2007, "L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice", in *Serie des Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit* n.º 2007/4, disponível em <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/WP-2007-4-BFrydman.pdf>, também em "La qualité des décisions de justice", CEPEJ Studies N.º 4, Actes du colloque de Poitiers, 8-9 mars 2007, pp. 18-29.

Garapon, Antoine, e Julie Allard. 2005, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, Paris: Éditions du Seuil et La République des Idées.

Heise, Michael. 2002, "The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and The New Empiricism", in *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, n.º 4, Symposium: Empirical and Experimental Methods in Law, pp. 819-850, disponível em [http://home.law.uiuc.edu/lrev/publications/2000s/2002/2002\\_4/Heise.pdf](http://home.law.uiuc.edu/lrev/publications/2000s/2002/2002_4/Heise.pdf).

Hespanha, António Manuel. 2009, "Terão os juízes voltado ao centro do direito", in *Julgar, Número Especial (O poder judicial numa democracia descontente – Impasses, desafios e modernização da justiça, Oitavo Congresso dos Juizes Portugueses)*, 2009, pp. 13-30.

Homem, António Pedro Barbas. 2009, "O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental: Portugal" in António Pedro Barbas Homem, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Paula Costa e Silva, Susana Videira e Pedro Freitas (coords.) *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Coimbra: Almedina, pp. 53-70.

Gillman, Howard; e Clayton, Cornell W.. 1999, "Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making", in Cornell W. Clayton and Howard Gillman (eds.) *Supreme Court Decision-Making – New Institutional Approaches*, Chicago/London: The University of Chicago Press, pp. 1-12.

Herrera, Carlos Miguel. 2003, "Décisionnisme", in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 347-350.

Jacob, Robert. 1996, "La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l'histoire comparée. Éléments de synthèse", in Robert Jacob (dir.) *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., pp. 397-416.

Judicial Processes and Decision-Making - <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/mcgrad/>

Lasser, Mitchel de S.-O.-l' E.. 2009, *Judicial Deliberations – A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, pp. 62-102 e 175-202.

Le Moigne, Jean-Louis ; e Arnaud, André-Jean. 1993, "Décision (Processus de -)", in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, deuxième édition*, Paris: L.G.D.J., pp. 166-169.

Matos, José Igreja. 2010, *Um modelo de juiz para o processo civil actual*, Coimbra: Coimbra Editora.

Ost, François. 1993, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez", in *Doxa [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Doxa, N.º 14, 1993, pp. 169-194, disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf).

Ost, François; e Kerchove, Michel van de. 1990, "Juris-dictio et définition du droit", in *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, 10, Presses Universitaires de France, pp. 53-57.

Posner, Richard A.. 2005, "Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach", in *Florida State University Law Review*, Volume 32, Summer 2005, Number 4, Symposium Empirical Measures of Judicial Performance, pp. 1259-1279.

---/--- 2008, *How Judges Think*, Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press.

Schneider, Jochen, e Schroth, Ulrich. 2002, "Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão", in A. Kaufmann e W. Hassemer, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 513-509.

Sesma, Victoria Iturralde. 2003, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch (sobretudo capítulo IX, "Decisión Judicial y Racionalidad", pp. 415-438).

Soeharno, Jonathan. 2009, *The Integrity of Judge – A Philosophical Inquiry*, Farnham/Burlington: Ashgate.

Stolleis, Michael. 2009 "O Perfil do juiz na Tradição Europeia" in António Pedro Barbas Homem, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Paula Costa e Silva, Susana Videira e Pedro Freitas (coords.) *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Coimbra: Almedina, pp. 21-34

Wroblewski, Jerzy. 1988, "Esquisse d'un modèle procédural d'application judiciaire du droit", *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n° 20 1988, pp. 49-64.

---//--- 1992, *The judicial application of law*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.

---//--- . 1993, "Application du Droit", in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris: L.G.D.J., pp. 40-42.

# 2º PAINEL INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO

## *iv. O acesso à justiça e a tutela jurisdicional efetiva*

Maria Ângela Guterres Viegas Carrascalão, Mestre em Direito,  
Decana da Faculdade de Direito da UNTL/Universidade  
Nacional Timor Lorosa'e (Timor-Leste)

## A nova ordem jurídica

Na maioria dos Estados resultantes da descolonização, a nova ordem jurídica pós-independência enfrenta, em regra, as opções e as decisões da ordem jurídica da potência colonial anteriormente aplicável havendo apenas que ponderar a sua salvaguarda e a sua articulação com a nova ordem jurídica.

No caso de Timor-Leste a situação é bastante mais complexa, já que houve que se ter em consideração os três sistemas jurídicos que sucessivamente foram sendo efetivamente aplicados num período de trinta anos anterior à independência: o português, até 1975, o indonésio, entre 1975 e 1999, e o sistema criado pela UNTAET<sup>3</sup>, entre 1999 e 2002.

As autoridades timorenses encontraram um cenário complicado devido à complexidade da articulação dos vários sistemas jurídicos e do sistema a ser adotado, pelo que o legislador constituinte optou pela manutenção das leis e dos regulamentos vigentes até à data da independência, desde que não contrariassem a Constituição e os princípios nela consagrados (artigo 165.º da Constituição da República Democrática de Timor-Leste).

Enquanto não foram substituídas por regulamentos da UNTAET, ou posterior legislação de instituições timorenses democraticamente criadas, as leis vigentes antes de 25 de outubro de 1999 mantiveram-se válidas desde que não entrassem em conflito com as normas evocadas no artigo 2º em observância de normas internacionalmente reconhecidas, nem com o cumprimento do mandato conferido à UNTAET à luz da resolução 1272 (1999) do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

O recém-eleito Parlamento Nacional criou a lei n.º 2/2002, de 7 agosto dispondo que a legislação vigente no país em 19 de maio de 1999 – criando, entretanto, a dúvida sobre qual a lei – se mantinha em vigor, com as necessárias adaptações, em tudo o que se não mostrasse contrário à Constituição e aos princípios nela consignados.

A decisão do Parlamento timorense provocou alguma confusão. Depois de uma interpretação do Tribunal de Recurso de que se tratava da legislação portuguesa, o Parlamento interveio novamente aprovando uma lei interpretativa cujo artigo 1.º dispunha, sem deixar margem para dúvidas, que se entendia por legislação vigente em Timor-Leste em 19 de maio de 2002, nos termos do disposto no artigo 1.º da Lei n.º 2/2002, de 7 de agosto, toda a legislação indonésia que era aplicada e vigorava “de facto” em Timor-Leste, antes do dia 25 de outubro de 2009, nos termos estatuídos no Regulamento n.º 1/1999 da UNTAET.

A garantia da certeza e a segurança jurídica dos direitos dos cidadãos e das expectativas criadas ao longo da aplicação contínua da legislação indonésia determinaram a preferência; o princípio da efetividade e a salvaguarda das situações e das expectativas estiveram na base da escolha da opção da UNTAET de 1999.

Tendo em atenção a ilegalidade da presença indonésia e a ocupação do território pela força das armas, é lógico que facilmente se entenderá que a decisão dos órgãos de soberania timorense, em 2002 e 2003, apenas poderá explicar-se por razões de ordem prática.

<sup>3</sup> O Conselho de Segurança das Nações Unidas, agindo ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, decidiu criar, através resolução 1272 (1999) de 25 de outubro de 1999, a Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste (ou United Nations Transitional in East Timor), com a responsabilidade geral pela administração de Timor-Leste e com competência para exercer todos os poderes legislativos e executivos, incluindo a administração da justiça, com o mandato descrito na resolução.



## Estado de Direito

Depois de um longo período sob ocupação estrangeira, quando, em 20 de maio de 2002, a independência foi restaurada e internacionalmente reconhecida, a liderança política timorense empenhou-se de imediato na construção de um Estado de direito, com salvaguarda no texto constitucional, concebido tendo em vista a garantia dos direitos dos cidadãos, em que se estabelece juridicamente a divisão do poder e os governantes têm o respeito pela legalidade como critério de ação.

Convém recordar, a propósito, que a Constituição de Timor-Leste é pródiga na defesa dos direitos fundamentais o que certamente se explica pela necessidade de garantir aos seus cidadãos uma forma de estar na vida diferente dos anos da ocupação marcados pelo desrespeito total dos direitos humanos.

Timor-Leste é um Estado de direito porque é um Estado de direitos fundamentais; a Constituição incorpora os princípios fundamentais do Estado de direito democrático, constrói as linhas orientadoras do ordenamento estadual, assumindo-se como seu fundamento de validade e como limite ao exercício dos poderes por ela constituídos. Os órgãos do poder como os atos que estes produzem estão subordinados à legalidade constitucional, o que traduz a afirmação do princípio da constitucionalidade dirigido aos atos jurídico-públicos, importando também acrescentar que, a partir do momento em que existe uma disposição constitucional sobre uma dada matéria, essa disposição não poderá ser afastada.

### O princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança

Neste contexto, é relevante referir os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, considerados elementos constitutivos do Estado de direito, garante da segurança e da liberdade. De acordo com Reis Novais<sup>4</sup> “sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da atuação dos poderes públicos suscetíveis de se refletirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal.”

É essencial que, pelo constitucional princípio da confiança, contido e decorrente da ideia de Estado de direito, o cidadão preveja as intervenções do Estado na sua esfera jurídica e tome, tendo em conta essa previsão, as disposições adequadas; como afirma Maria Lúcia Amaral,<sup>5</sup> “O cidadão deve poder confiar que o seu comportamento, conforme ao Direito em vigor, permanecerá reconhecido como tal pela ordem jurídica com todas as consequências que lhe estavam originariamente associadas.”

A ordem jurídica deve estar estruturada de forma a dar segurança e confiança às pessoas porque elas exigem fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência aos atos dos poderes públicos, de forma a poderem orientar a sua vida de forma segura, previsível e calculável.

#### *O Acesso à Justiça*

Em relance, deixamos alguns pontos da Constituição timorense sobre esta matéria com o objetivo de melhor se compreender que o acesso à justiça é um dos valores centrais do sistema judiciário de Timor-Leste. No direito de acesso aos tribunais garante-se o direito de acesso ao próprio Direito, o direito de acesso aos tribunais, à justiça efetiva, ao processo equitativo e ao patrocínio judiciário, devendo promover-se a igualdade dos cidadãos no acesso ao direito e aos tribunais em caso de carência de meios económicos.

<sup>4</sup> *O princípio da confiança*, [www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/ct\\_ma\\_9845.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ct_ma_9845.doc), acedido na Internet, 20 de julho de 2016.

<sup>5</sup> *A protecção da confiança*, V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público, [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrodp\\_final2.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_final2.pdf), acedido na Internet, 20 de julho de 2016.



O artigo 26.º, n.º 1 da Constituição determina que a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, preceituando também o n.º 2 do mesmo artigo que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos. Obviamente, decorre deste preceito um conjunto de direitos, de que destacamos, entre outros, o direito a que os tribunais sejam imparciais e independentes.

A função jurisdicional constitui o exercício de uma autoridade soberana que foi investida nos tribunais (o poder judicial) através do princípio da separação de poderes e, sobre função jurisdicional dos tribunais, não será demais salientar que estes são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo e que as suas decisões são de cumprimento obrigatório e prevalecem sobre todas as decisões de quaisquer autoridades - consagra-o o artigo 118.º - prosseguindo o articulado sobre a sua independência e, de seguida, assegurando que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à Constituição e à lei. Acrescente-se que, no exercício das suas funções, os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades.

A primeira fonte da legitimidade do exercício da função jurisdicional reside na Constituição. A reserva de jurisdição face às demais funções do Estado é das decisivas garantias do cumprimento do princípio da separação de poderes (artigo 69.º) na realização do Estado de direito democrático.

Havendo, teoricamente, um conjunto de linhas orientadoras, Timor-Leste é ainda hoje, passados pouco mais de uma dezena de anos sobre a sua independência, um Estado em construção onde, compreensivelmente, o acesso à justiça constitui uma dificuldade; o sistema de justiça ainda não dá resposta às necessidades das populações. Isto, apesar do Plano Estratégico da Justiça<sup>6</sup> assumir como necessário aproximar a justiça das pessoas, proporcionando-lhes o acesso à justiça, em particular nos distritos, incluindo o aumento do conhecimento da população sobre as leis e direitos e sobre os serviços de justiça disponíveis, e assegurar a interação entre os sistemas de justiça formal e informal. A prática demonstra que a concretização dos objetivos propostos ainda não foi alcançada por várias razões; em boa verdade, não deverá dizer-se que os tribunais não funcionam. Perguntar-se-á então, porquê?

Bem, em primeiro lugar porque há quem desconheça ser portador de direitos. E também porque, mesmo conhecendo o direito de acesso à justiça ou até mesmo que esta funciona, persiste entre a população mais frágil, mais vulnerável e mais pobre o medo da exposição pública ou o receio de represálias. As pessoas não se sentem com coragem para denunciar crimes. Por exemplo, não é fácil a uma mulher denunciar um crime de violência doméstica! Ou ainda porque persiste, neste caso particular, a ideia de que a violência doméstica deve tratar-se “dentro de portas”!

Porque grande parte da população vive isolada e as instituições de justiça situam-se nos centros urbanos, afastadas das zonas rurais e estas estão literalmente longe de tudo devido, ainda, ao isolamento provocado pelas más condições ou inexistência de vias de comunicação; por outro lado, não deveremos ignorar a existência real do direito costumeiro ao qual as populações, seja dos centros urbanos, seja das regiões mais recônditas do país recorrem com frequência, mesmo quando se trata de um costume *contra legem*, independentemente da norma constitucional – segundo a qual o Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros desde que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro, como consagra o artigo 2.º, n.º 4.

Todavia, impõe-se sublinhar o que se me afigura como uma discrepância; contrariamente ao que está constitucionalmente estabelecido, a Lei n.º 10/2003 sobre as fontes de direito, determina no artigo 2.º, n.º 1 que a Lei é a única fonte imediata de Direito e o Código Civil limita-se a afirmar, no seu artigo 2.º que os usos costumeiros são juridicamente atendíveis quando a lei o determine. Contudo, não obstante esta limitação legal, o direito costumeiro continua a existir.

<sup>6</sup> Sector da Justiça, Plano Estratégico para Timor-Leste 2011-2030, Ministério da Justiça, www.mj.gov.tl, aprovado pelo Conselho de Coordenação para a Justiça, Díli, 12 de fevereiro de 2010.

Parece-nos essencial que se resolva o problema da articulação entre as instâncias de justiça tradicional e os sistemas do moderno Estado de direito democrático e se encontre o justo equilíbrio entre o respeito pelas práticas costumeiras, entendidas como essenciais à identidade timorense, e os valores da democracia e dos direitos humanos em que assenta a edificação de Timor-Leste como Estado de direito. Relativamente às dificuldades, a Constituição afirma em anotação que “O legislador ordinário é expressamente incumbido de legislar sobre direito costumeiro, uma tarefa necessária para esclarecer as condições em que o costume será atendível e aplicado pelos tribunais judiciais e também para definir o estatuto a reconhecer às instâncias de justiça tradicional no relacionamento com o sistema judicial formal.”

Aliás, o Plano Estratégico da Justiça para o período entre 2011 e 2030 é muito claro ao admitir que “os mecanismos de justiça costumeiros são, muitas vezes, a única via acessível de justiça para a maioria das pessoas, mas a falta de regulamentação constitui um risco grande destas práticas poderem contrariar as leis e os direitos humanos, em especial os direitos das mulheres e das crianças.” Lê-se no mesmo Plano que, dentro de 3 a 5 anos (2012/2015), o direito costumeiro e os mecanismos de justiça comunitária estarão regulados e estará implementada uma monitorização sistemática da sua conformidade com os direitos humanos; contudo, este é um objetivo que ainda não foi alcançado; por outro lado, acrescente-se, estão a ser desenvolvidas consultas, a nível nacional, para a elaboração da lei costumeira/justiça comunitária e lei de mediação.

Acrescente-se que assegurar o reconhecimento dos usos e costumes locais e os sistemas tradicionais de justiça representa uma tarefa árdua que exigirá, antes de mais, um levantamento pormenorizado e sistemático das diferentes normas e usos das várias regiões do país.

Por isso, continua a ser indispensável melhorar o sistema de justiça para que todos os cidadãos dele beneficiem; impõe-se a criação de mais distritos judiciais e outros serviços de justiça a nível distrital e, sendo necessário facilitar a denúncia e acusação de crimes, seria desejável que se estabelecessem ligações eficazes com a polícia e hospitais e se criassem sistemas móveis de justiça nos distritos e em comunidades mais pequenas, onde as instituições de justiça não existem. Mas não seria irrelevante se a solução passasse pela utilização de outros meios alternativos não-jurisdicionais de resolução de conflitos, como por exemplo, a mediação e a arbitragem.

A Constituição determina que Timor-Leste é um Estado de direito democrático e preconiza uma sociedade justa e solidária, em que o acesso à justiça, com base no respeito pelos direitos humanos, abranja todos os indivíduos. Tendo como base o que estatui a Lei Fundamental, a missão do setor da justiça é – tem de ser! –, necessariamente a de administrar a justiça de uma forma eficaz, eficiente, acessível e que mereça a confiança dos cidadãos. Porque a confiança é um pilar indispensável em democracia, impõe-se que a aplicabilidade da justiça contribua para a compreensão e a confiança no sistema por parte das populações; é preciso que os serviços de justiça assegurem a defesa dos direitos dos cidadãos de forma célere, eficaz e justa.

O sistema da justiça só resultará quando a justiça for disponibilizada a todos os cidadãos através de mecanismos de resolução de conflitos e de proteção de direitos credíveis, transparentes, eficazes e sustentáveis, incluindo a punição de crimes e a compensação das vítimas. O Estado deve promover a descentralização dos serviços e aproximar os serviços dos cidadãos como forma de facilitar o acesso aos mesmos.

A par do progresso da população no que respeita à compreensão dos seus direitos e da sua proteção, é dever do Estado realizar campanhas de sensibilização e difundir informação sobre leis e direitos dos cidadãos. Aliás, a publicitação das leis e das decisões legais para que todas as pessoas as conheçam bem como aos seus direitos, é obrigatória, como aliás determina a Lei nº 1/2002, de 7 de agosto, relativa à publicação dos atos.

## Estado de Direito, Estado de Justiça

Abordaremos de forma breve a questão colocada por Gomes Canotilho.

Um Estado de direito será um Estado de justiça? Gomes Canotilho<sup>7</sup> assegura que nem sempre é assim. A existência de uma hierarquia de normas jurídicas regularmente editadas pelos detentores de poderes legislativos bastaria para a existência de um Estado de direito, mas seria insuficiente para um Estado de justiça. Tratar-se-ia de um Estado de direito formal, apenas.

Parafraseando o autor, “O Estado de direito aproximar-se-á de um Estado de justiça se incorporar ‘princípios e valores materiais’ que permitam aferir do carácter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos. Ninguém é justo ou injusto sozinho”.

É ainda de Gomes Canotilho a afirmação de que “o mundo, ele próprio, repousa sobre três pilares que os sábios reconduzem à verdade, à justiça e à concórdia. Só assim terão sentido afirmações como “isto é justo, isto é injusto”, “não há justiça”, “vivemos num mundo de injustiça”. Mas o que é a justiça? A pergunta já foi formulada há mais de 2000 anos e a ela procuram responder as teorias da justiça. Aqui far-se-á apenas uma aproximação deliberadamente não dogmática.”

Para além dos princípios de segurança jurídica e de proteção da confiança, o princípio da igualdade como princípio de justiça é um critério a considerar para a estruturação do Estado de direito como Estado de justiça.

A Constituição timorense concretiza este princípio nos termos da universalidade e da igualdade ao observar que todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres; completa o preceituado no artigo 16.º que ninguém pode ser discriminado com base na cor, raça, estado civil, sexo, origem étnica, língua, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental.

Como nos propõe Canotilho, a ideia de justiça pressupõe alguém que a faça valer. Referimo-nos, obviamente, aos tribunais que devem ser independentes e responsáveis pela boa administração da justiça, cabendo-lhes a sua condução e aplicação dentro dos limites dos princípios da justiça. Porém, importa que os *tribunais* independentes façam justiça através de um *processo justo*.

De entre uma série de questões por solucionar identificadas no Plano Estratégico da Justiça, para o período entre 2011 e 2030, que temos vindo a citar, urge que Timor-Leste estabeleça um sistema integrado e eficaz de assistência jurídica e apoio judiciário, que aumente “a capacidade das instituições do setor para disponibilizarem os serviços e tratarem, de forma célere eficaz, os casos judiciais, com vista a aumentar a confiança pública no sistema de justiça e reduzir a perceção de impunidade, o nível de conhecimento do público relativo às leis e direitos e aos mecanismos disponíveis para fazer cumprir os direitos, em particular entre as mulheres e as jovens” e, finalmente, “crie mecanismos que ajudem a superar a barreira da língua de modo a promover a melhoria do acesso à justiça por parte dos cidadãos e facilitar o trabalho dos profissionais do foro, designadamente na condução das investigações e processos-crime”.

Observemos, finalmente, o que afirma Canotilho: “Fazer justiça através de tribunais e mediante um procedimento justo poderá traduzir-se num ‘faça-se justiça’ aplicando a lei dura”, não devendo esta aniquilar a dignidade da pessoa humana, não podendo eliminar o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, não podendo disfarçar medidas discriminatórias contra cidadãos ou grupos de cidadãos.” É que, sem margem para dúvidas, “um Estado de direito só é Estado de direito se for um *Estado de justiça social*.”

<sup>7</sup> *Estado de Direito*, <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>, acedido na Internet, julho 2016.

# 2º PAINEL INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO

*v. O tratamento processual do crime organizado e financeiro no Brasil.  
Audiência de custódia e delação premiada.*

Antônio Silveira Neto, Juiz de Direito, Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba, Assessor especial da presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros Professor da Universidade Estadual da Paraíba (Brasil)

No Brasil, a Lei Federal nº 12.850/2013 é o principal instrumento de combate ao crime organizado. Nesse diploma legal ficou estabelecido o conceito de organização criminosa e sua tipificação penal, além da instituição de mecanismos de investigação e de meios de obtenção de prova dos delitos praticados por organizações criminosas, tais como infiltração de agentes, ação controlada e delação premiada.

O principal objetivo da referida lei foi adequar o ordenamento jurídico brasileiro à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231/2003, ratificada em janeiro de 2004 e promulgada pelo Decreto 5.015/2004. O poder executivo brasileiro apresentou o projeto de lei que resultou no sobredito diploma legal em maio de 2006, todavia houve uma demorada tramitação legislativa, que durou sete longos anos, findando por ser aprovado em agosto de 2013, tendo sido sancionado pela Presidente Dilma Rousseff.

A Lei regula integralmente o tratamento dos crimes promovidos por organizações criminosas e é extensa, com 27 artigos, podendo ser analisada sob cinco contextos: 1) conceito de organização criminosa; 2) punição da organização criminosa; 3) investigação e meios de obtenção de prova; 4) novos tipos penais; e 5) alterações operadas no Código Penal Brasileiro.

O texto legal traz um conceito de organização criminosa mais benéfico para os envolvidos, pois aumentou para quatro o número mínimo de pessoas que, associadas, poderão ser partícipes de uma organização criminosa, enquanto que a Convenção de Palermo exige a presença de três ou mais pessoas.

Segundo a referida Convenção, organização criminosa se configura quando há um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

A lei brasileira conceitua organização criminosa como a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou sejam de caráter transnacional.

Da análise da conceituação brasileira, dada pela lei, observa-se que há duas diferenças em contraste à Convenção de Palermo. A primeira, que aumenta para quatro, o número de pessoas que, associadas, poderão compor uma organização criminosa. A segunda, que amplia o objetivo dos integrantes, que passa a ser tanto a obtenção de benefícios econômicos quanto imateriais, a exemplo do prestígio social ou a conquista de algum cargo público de relevo.

Juristas brasileiros conceituam organização criminosa como:

“Conjunto formalizado e hierarquizado de indivíduos integrados para garantir a cooperação e a coordenação dos membros para a perseguição de determinados escopos, ou seja, como uma entidade estruturada dotada de ideais explícitos, de uma estrutura formalizada e de um conjunto de regras concebidas para modelarem o comportamento em vista da realização daqueles objetivos.”

“A organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes, às expensas da comunidade e de seus membros. É frequentemente realizado mediante implacável desconsideração de qualquer lei, incluindo delitos contra a pessoa, e frequentemente em conexão com a corrupção política. Possui grande poder de intimidação e emprego de assistencialismo visando angariar a simpatia de parcela da população, além de estabelecimento de uma rede de conexões com outros grupos criminosos nacionais e internacionais”

A organização criminosa se apresenta, na maioria das vezes, como uma estrutura corporativa, de caráter informal, estável e duradoura, com número flexível de integrantes, alguns temporários outros permanentes, de atuação planejada e funcionamento semelhante a atividade empresarial, com lideranças identificáveis que se valem, não raro, de ligações com o poder público alcançado por meio de corrupção ou aliciamento de membros dentro o funcionalismo público.

Algumas organizações criminosas possuem estrutura horizontal, no qual os integrantes agem em comumhão de objetivos, os quais são levados a cabo por meio da divisão de tarefas e onde alguns membros desfrutam de prestígio decorrente do tempo que integra a organização. Outras apresentam uma estrutura vertical que se diferencia por primar por uma rígida hierarquia, na qual há um chefe maior do qual emanam as estratégias e decisões de importância. Nessa estrutura tendente ao modelo de rede patrimonial, as posições mais privilegiadas poderão decorrer de um eventual vínculo de parentesco com a cúpula. Normalmente há uma classe intermediária que cuida do gerenciamento das atividades repassando as diretrizes, oriundas da chefia superior, para a base da organização e supervisionando as atividades fins do grupo.

Independente da forma de estruturação, a organização criminosa visa a realização reiterada de delitos de maneira permanente. Sua mera existência pressupõe um perigo para a paz pública.

Participar de uma organização criminosa é crime no Brasil: promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas (art.º 2º, Lei 12.850/2013).

Verifica-se, assim, que o crime de organização criminosa é de caráter autônomo, não depende de outra conduta para ser configurado e de perigo abstrato, onde não se espera a ocorrência de resultado. Todavia, a efetiva associação deve ser demonstrada por elementos sensíveis, demonstrando a convergência de vontades, tendo a esta associação estruturação ordenada e divisão de tarefas. Pode haver também consumação do crime naquele que ingressa em organização já formada.

Na legislação brasileira existem, ainda, outros tipos penais que podem ser confundidos com o delito de organização criminosa. Portanto é importante fazer a distinção entre organização criminosa, associação criminosa e associação para o tráfico.

O crime de associação criminosa está previsto no art.º 288, do Código Penal Brasileiro:

Art.º 288. Associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Pena - reclusão, de um a três anos.

Aqui vê-se que a associação é de três ou mais pessoas com o objetivo de cometer qualquer crime, mas sem o caráter de uma organização estruturada, com comando, divisão de tarefas e de funções.

Já a associação para o tráfico é um tipo penal específico que visa combater o tráfico de drogas, previsto na Lei Federal nº 11.343/06.

Art.º 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts.º 33, caput e §1º, e 34 desta lei.

Pena - reclusão, de três a 10 anos, e pagamento de 700 a 1200 dias-multa.

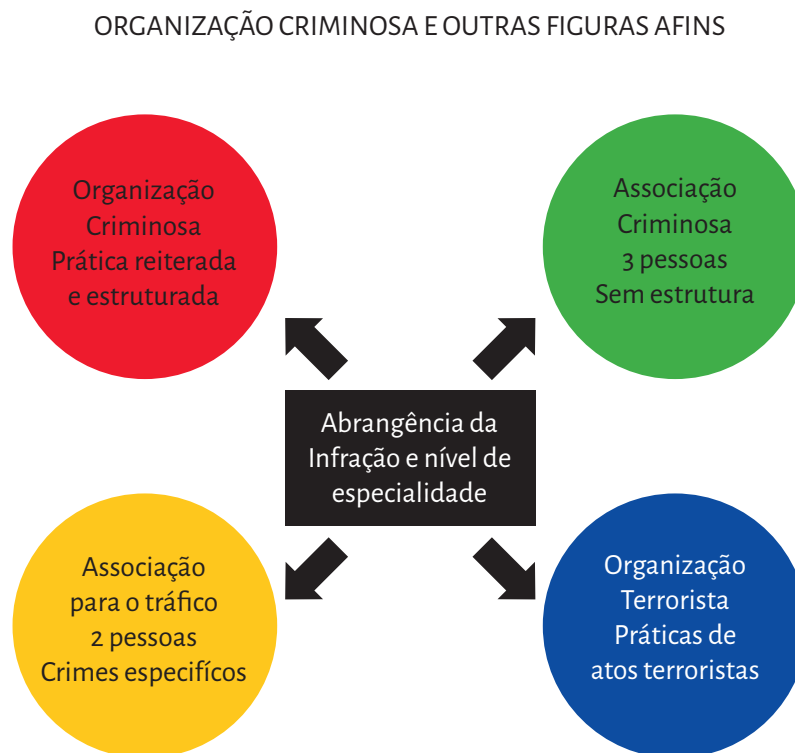
Verifica-se, deste modo, que para a configuração desse delito é necessário a associação de duas ou mais pessoas para a prática reiterada dos crimes relacionados ao tráfico de drogas. Portanto, além de exigir um número menor de pessoas, a associação para o tráfico se diferencia dos crimes de associação criminosa, porque para este o objetivo é a prática de crimes, genéricos, enquanto a finalidade da associação para o tráfico é a prática, reiterada ou não, de quaisquer crimes previstos nos arts.º 33 e 34 da Lei de Tóxicos. A associação, em ambos os delitos, deve ser estável e permanente.



Já o crime de organização criminosa exige a presença de mais pessoas e uma prática criminosa estruturada, com níveis de especialidade, divisão de tarefas, núcleos de comando e ação. A estabilidade é característica comum a esses tipos de delito.

Existe, ainda, o delito de organização criminosa terrorista, cujo objetivo é combater práticas de atos terroristas, cuja pena é de cinco a oito anos de reclusão (art.º 3º, Lei 13.260/16).

O quadro abaixo representa bem essas distinções:



É importante também destacar a classificação de organização criminosa elaborada por Luigi Ferrajoli. Ele dividiu esse tipo de delinquência em três grupos, ao falar na preocupação com o incremento do crime organizado no mundo. Delineou, assim, três grupos de crimes organizados: 1º) o vinculado com os poderes criminais privados (organizações criminosas privadas) [do tipo PCC<sup>8</sup>, por exemplo], 2º) o decorrente dos poderes económicos (criminalidade organizada das empresas — [empresas construtoras no Brasil, por exemplo], dos bancos etc.) e 3º) criminalidade organizada estatal (dos poderes públicos, dos políticos, dos juízes, policiais, fiscais etc.). Segundo Ferrajoli, o crime hodierno não é mais aquele do quotidiano, executado por sujeitos individuais e grupos marginalizados, mas o crime que ameaça os direitos e bens fundamentais mais seriamente, a democracia, a paz e o próprio futuro do nosso planeta é certamente o crime de poder: um fenómeno não marginal ou excecional como crime tradicional, mas incorporado no funcionamento normal das nossas sociedades. Para Ferrajoli seria útil desenvolver a reflexão teórica, além de pesquisas empíricas sobre o crime de poder, por meio da análise, descompilação, inventário e classificação das suas várias formas, identificando as suas características comuns e as suas relações com os poderes legais.

<sup>8</sup> Primeiro Comando da Capital



É importante distinguir três formas de criminalidade do poder reunidas pelo caráter do crime organizado: os poderes criminais abertamente; os crimes das grandes potências econômicas; e, finalmente, os crimes de autoridades públicas. De um lado, portanto, os poderes criminais, sobre o outro, os crimes de poder tanto economicamente, e politicamente. Não são mundos claramente distintos e separados, mas interligados, por conluio entre poderes criminais, poderes econômicos e poderes institucionais, feitos de cumplicidades e fenômenos de instrumentalização recíproca.

No Brasil, nos últimos anos, essa correlação entre a delinquência empresarial e política tornou-se bastante clara com as investigações da operação Lava Jato, cujas bases serão adiante detalhadas.

No que concerne a organizações criminosas vinculadas a atividades ilícitas mais abertas (mafiosas), temos identificadas no Brasil, com forte atuação nos presídios e no comércio ilegal de drogas, as seguintes: Comando Vermelho – RJ; Terceiro Comando – RJ; Amigos dos Amigos – RJ; Paramilitares – RJ; Primeiro Comando da Capital – SP

Essas organizações são do tipo mafiosas que buscam o controle territorial e social nas regiões onde atuam; embora diversifiquem suas atividades, concentram sua ação no tráfico de drogas e possuem, ainda, um sistema de lavagem de dinheiro incipiente, com a utilização de postos de gasolina e comércio de automóveis usados para operarem licitamente.

Além do controle dos presídios, impõem, muitas vezes, toque de recolher nas comunidades, lei do silêncio, determinam o fechamento de estabelecimentos comerciais e promovem a expropriação forçada de bens, como por exemplo o despejo de moradores de locais considerados estratégicos para controle do local e combate as forças policiais. Promovem assassinatos, estupros e desaparecimento de pessoas, com a utilização de cemitérios clandestinos.

O Comando Vermelho surgiu na década de 1970, no presídio de Ilha Grande no Rio de Janeiro. Seu mais conhecido representante foi José Carlos dos Reis Encina – Escadilha (falecido), que fugiu do presídio, resgatado por um helicóptero. Possui ritual de iniciação e Estatuto.

Já o Primeiro Comando da Capital surgiu na década de 1990, num presídio de segurança máxima, em Presidente Prudente – SP. A organização comanda o tráfico de drogas em São Paulo e tem ramificações em diversos Estados brasileiros, além de conexões em outros países (Paraguai, Colômbia, Venezuela, México, Portugal e EUA).

No ano de 2006, o PCC comandou uma série de rebeliões nos presídios de São Paulo (94) e uma onda de assassinatos (564), com a morte de 59 agentes públicos, no período de 12 a 21 de maio daquele ano. O motivo da rebelião, segundo a própria polícia, foi a transferência do chefe da organização para um presídio com Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). 23 horas de isolamento e 1 hora de banho de sol. (tempo máximo de permanência nesse regime: 1 ano).

Hoje, a organização movimentava cerca de 40 toneladas de cocaína e estima-se que arrecada R\$ 200 milhões por ano, com atuação em praticamente todas as vertentes do crime. Acredita-se que 80% dos rendimentos vem do tráfico. O restante tem origem em assaltos a bancos, sequestros, tráfico de armas, rifas vendidas à população carcerária e mensalidade de R\$ 600 cobrada de cada um dos mais de 10 mil integrantes do PCC – mais de 7 mil estão presos.

Os estudiosos afirmam que nos últimos anos houve um fortalecimento do PCC em virtude do recrudescimento da política de encarceramento em massa no Estado de São Paulo, sobretudo após a modificação da lei antidrogas (Lei Federal nº 11.343/2006). Com essa lei, presos por tráfico passaram de 31 mil para 138 mil no país. O tráfico de drogas é crime que mais encarcera. O aumento foi de 339% desde a lei de 2006.

Segundo o coordenador-geral de Alternativas Penais do Departamento Penitenciário - DEPEN, Victor Martins Pimenta, entre 2005 e 2013 a população de presos no Brasil teve um aumento de 60%. “O número de pessoas presas por crimes associados ao tráfico de drogas representa 46% desse número, o que nos torna possível dizer que sem uma alteração nessa política de aprisionamento do número de pessoas presas relacionadas a drogas é impossível fazer uma revisão da política de encarceramento em massa”.

Essa realidade do crescimento da população carcerária no Brasil termina por gerar um ciclo vicioso de re-reatividade da criminalidade à medida que coloca no sistema prisional pessoas que serão utilizadas e recrutadas pelo crime organizado. Esse fenômeno foi denominado pela socióloga Camila Nunes Dias como simbiose no encarceramento.

“A manutenção de uma política de encarceramento em massa, como a adotada por São Paulo há mais de duas décadas, impõe um custo econômico com o qual o Estado é incapaz de arcar. Consideremos, por exemplo, a manutenção de uma determinada proporção entre presos/agentes. Quanto mais se encarcera, mais abissal se torna essa proporção e, portanto, menos controle o Estado tem sobre a população carcerária. Nessas condições, o que explica a estabilidade do sistema prisional de São Paulo – leia-se ausência de rebeliões – desde 2006? Para responder a essa pergunta é importante lembrar que, quanto mais se encarcera, também se fortalece mais o PCC, uma vez que é na prisão que a sua atuação é mais insidiosa e onde o recrutamento acontece de forma mais eficaz. Portanto, a política de encarceramento massivo paulista é diretamente responsável pela criação, expansão e consolidação da hegemonia do PCC nas prisões”.

Com a instituição pelo Conselho Nacional de Justiça da audiência de custódia (Res. 213/2015) pretende-se reduzir o tempo de permanência de presos provisórios no sistema carcerário, fato que poderá contribuir para a diminuição desse recrutamento de indivíduos do sistema carcerário para o crime organizado.

No que se refere as organizações criminosas vinculadas ao mercado (empresas privadas e grandes corporações) e ao exercício da função pública pode-se dizer que a operação denominada de “Lava Jato” iniciada pela Polícia Federal brasileira em 2014 é o maior caso de corrupção já registado na história do país. Segundo o Ministério Público Federal, as investigações apuraram desvios de recursos da maior estatal brasileira, a Petrobras (companhia de exploração de petróleo e gás) na ordem de aproximadamente 6,4 mil milhões de reais.

As investigações resultaram em 44 acusações criminais, contra 216 pessoas pelos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, fraude em licitações, formação de cartel e organização criminosa. 80 pessoas sob investigação no Supremo Tribunal Federal (deputados e senadores com foro privilegiado), 75 réus condenados na Justiça Federal do Paraná

O instituto da delação premiada, chamado pela lei brasileira de colaboração premiada, passou a ser uma novidade no Brasil a partir de 2013, com a aprovação da Lei Federal 12.850/2013. E com a operação Lava Jato teve o seu ápice de utilização e aplicação. Por meio de acordo de colaboração premiada e leniência foram recuperados 2,9 mil milhões de reais. 61 acordos de delação premiada e 5 de leniência.

Para o juiz Sérgio Moro, responsável pelos processos criminais resultantes das investigações e delações premiadas, “não se está traindo a pátria ou alguma espécie de “resistência francesa”. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação, é condenável, nesse caso, o silêncio”.

Segundo o Ministério Público Federal, já foram homologadas até agora pelo Supremo Tribunal Federal (STF) 31 delações premiadas na Lava Jato. Desse total, 24 delatores estavam soltos quando firmaram o acordo. Seis estavam presos e foram soltos e um, o doleiro Alberto Yousseff, estava preso e continua na cadeia. O acordo com Yousseff fixou pena de 18 anos de prisão e ele poderá ganhar liberdade quando chegar a um terço da pena.

De acordo com a legislação que rege o instituto da colaboração premiada, o investigado ou acusado deverá apresentar informações que resultem no esclarecimento efetivo dos fatos e a identificação de seus participantes e caso a delação seja homologada pelo juiz, este poderá aplicar o perdão judicial, redução da pena ou o seu cumprimento em regime diferente do fechado, como por exemplo a prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica.

É importante ressaltar que o juiz não participa das negociações com o delator, sendo essa função desempenhada pela polícia ou o Ministério Público. Em todas as etapas da negociação o acusado deverá estar acompanhado de advogado. O delator tem o dever de dizer a verdade. Caso apresente declarações mentirosas será processado por crime de falso testemunho. A sua condição passará de acusado para testemunha do processo.

Embora tenha sido um instrumento importante de investigação, a delação premiada sofre várias críticas de advogados e juristas brasileiros. A principal é de que, na Lava Jato, o juiz Sérgio Moro tem usado a combinação de prisão preventiva e delação premiada. Isto é, tem colocado na prisão alguns acusados que passaram posteriormente a ser delatores, com o consequente relaxamento da custódia provisória. “O ético e juridicamente correto seria que a lei só desse valor à palavra do delator que estivesse fora da prisão e proibisse a delação daquele que se encontra encarcerado”.

Os defensores dos acordos de delação premiada realizados na operação Lava Jato afirmam que não há correlação entre as prisões preventivas e as delações porque 70% das colaborações foram realizadas com os réus soltos. Acrescente-se ainda que a delação é apenas um ponto de partida, vez que a própria legislação que regulamenta a colaboração premiada no Brasil veda a condenação de autores de crimes com base apenas delações. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu a constitucionalidade da colaboração premiada e sua utilidade para desvendar crimes complexos (HC 127.483), como os investigados na operação Lava Jato.

Nas palavras da Ministra do STF, Rosa Weber, “o elemento ontológico da delação premiada não está na pessoa do colaborador e sim no pragmatismo, no interesse da persecução penal e na perspectiva de reduzir os danos causados pelos crimes que orientam a razão de ser da própria colaboração”.

Portanto, a delação premiada tem se mostrado um importante mecanismo de combate à criminalidade organizada no Brasil e o Direito Processual Penal deve buscar um equilíbrio entre a eficiência (novos meios de prova/investigação) e a garantia de proteção dos direitos individuais do acusado. Novas técnicas investigativas para assegurar um processo penal viável e eficaz são necessárias, dentre elas a colaboração premiada. O objetivo de um processo penal eficiente, além da proteção dos direitos do acusado, é a defesa dos direitos fundamentais da coletividade.

No caso da Lava Jato, um único delator, Pedro Barusco, apresentou informações sobre desvios de recursos públicos na ordem de 1,2 mil milhões de reais que terminaram por ser recuperados.

Dessa breve comunicação podemos concluir que a delação/colaboração premiada tem-se revelado um importante instrumento de combate ao crime organizado no Brasil e a audiência de custódia instituída pelo Conselho Nacional de Justiça reforça as garantias processuais dos acusados e evita o recrutamento, nos presídios, de novos integrantes de organizações criminosas.

# 2º PAINEL INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO

*vi. Nebulosas, constelações e buracos negros em torno da corrupção*

João Gil de Oliveira, Juiz Desembargador, Tribunal de Segunda Instância  
na Região Administrativa Especial de Macau (Portugal)

## 1. O Caso

O Senhor X encontra-se no Estabelecimento Prisional da RAEM (Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China), a cumprir uma pena de 29 anos de prisão.

Ex-Membro do Governo, como Secretário para os Transportes e Obras Públicas do Governo da RAEM, cargo em que se manteve durante vários anos, foi condenado, em cúmulo jurídico, por uma panóplia de crimes, destacando-se o crime/ crimes de corrupção.

Em concreto:

- 44 crimes de corrupção passiva para ato ilícito, previstos e puníveis pelo artigo 337.º n.º 1 do Código Penal<sup>9</sup>;
- 23 crimes de corrupção passiva para ato lícito previstos e puníveis pelo art.º 338.º n.º 1 do Código Penal<sup>10</sup>
- 19 crimes de branqueamento de capitais, previstos e puníveis pelo art.º 3.º, n. os 1 e 2 da Lei n.º 2/2006<sup>11</sup>,
- 2 crimes de abuso de poder, previstos e puníveis pelo art.º 347.º do Código Penal<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Dispõe o art.º 337.º do C. Penal de Macau: **(Corrupção passiva para ato ilícito)**

“1. O funcionário que, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de ato ou de omissão contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2. Se o facto não for executado, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

3. A punição não tem lugar se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor”.

<sup>10</sup> Dispõe o art.º 338º do C. Penal de Macau: **(Corrupção passiva para ato lícito)**

1. Quem, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial que ao funcionário não seja devida, com o fim indicado no artigo 337.º, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. Se o fim for o indicado no artigo anterior, o agente é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

3. É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 328º”.

<sup>11</sup> Prevê o art.º 3.º da Lei n.º 2/2006, de 3/abril: “Artigo 3.º (Branqueamento de capitais)

1. Para efeitos deste diploma, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de facto ilícito típico punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2. Quem converter ou transferir vantagens, ou auxiliar ou facilitar alguma dessas operações, com o fim de dissimular a sua origem ilícita ou de evitar que o autor ou participante dos crimes que lhes deram origem seja penalmente perseguido ou submetido a uma reacção penal, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

3. Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular as verdadeiras natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade de vantagens.

4. A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que o facto ilícito típico de onde provêm as vantagens tenha sido praticado fora da Região Administrativa Especial de Macau, abreviadamente designada por RAEM, desde que seja também punível pela lei do Estado ou Região com jurisdição sobre o facto.

5. O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada, salvo se as vantagens forem provenientes dos factos ilícitos típicos previstos nos artigos 166.º e 167.º do Código Penal.

6. A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena prevista para o facto ilícito típico de onde provêm as vantagens.

7. Para efeitos do disposto no número anterior, no caso de as vantagens serem provenientes de factos ilícitos típicos de duas ou mais espécies, levar-se-á em conta a pena cujo limite máximo seja mais elevado.

<sup>12</sup> Art.º 347º do C. Penal de Macau: “(Abuso de poder) O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou de causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

-1 (um) crime de inexactidão dos elementos da declaração de rendimentos, previsto e punível pelo art.º 27.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003 e pelo art.º 323.º, n.º 1 do Código Penal<sup>13</sup>

-1 (um) crime de riqueza injustificada, previsto e punível pelo art.º 28.º, n.º 1, da Lei n.º 11/2003<sup>14</sup>

Mais foi condenado em MOP\$240.000,00 (duzentas e quarenta mil patacas) de multa, com a alternativa de 6 (seis) meses de prisão; mais foram declarados perdidos a favor da Região Administrativa Especial de Macau, nos termos do art.º 103.º do Código Penal, a quantia total de MOP\$31.922.282,79 (trinta e um milhões, novecentos e vinte e duas mil e duzentas e oitenta e duas patacas e setenta e nove avos) e 20% das ações da “Companhia pertencentes a Companhia Y, devendo pagar as custas do processo e os honorários ao Defensor Oficioso. O arguido foi condenado por factos que se traduziram no recebimento de vantagens patrimoniais<sup>15</sup>, por sua iniciativa ou de outrem, factos que perduraram por sete anos, período em que exerceu as referidas funções governativas, por ter atuado contra os deveres inerentes ao seu cargo, interferindo direta e indiretamente nos procedimentos administrativos de vários concursos públicos para a venda de terrenos de uma empresa privada de capitais públicos do Governo, na avaliação de propostas e na venda dos respetivos terrenos; interferindo direta e indiretamente nos resultados da avaliação de diferentes propostas das obras públicas, nos concursos e nas adjudicações diretas, à margem das regras regulamentares; do Gabinete para o Desenvolvimento de Infraestruturas; da Direção dos Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes ou nos procedimentos administrativos de apreciação, autorização e adjudicação relativos aos contratos para a execução da empreitada de conceção, construção, operação ou manutenção de obras diversas, deixando determinadas pessoas ou empresas obter as adjudicações, no intuito de receber dessas empresas ou pessoas singulares, interesses pecuniários ou interesses de outra ordem como retribuição.

A exemplaridade do caso serve-nos tão-somente de ponto de partida para uma reflexão em torno da criminalidade que rodeia a *corrupção*, não sendo nosso propósito tecer qualquer comentário técnico-jurídico em relação aos arestos do mais Alto Tribunal da RAEM, ainda que tornados públicos e disponíveis no site dos tribunais de Macau,<sup>16</sup> e que não deixam de plasmar, de forma clara e assertiva, grande parte da problemática que evolva desse fenómeno.

A partir da Jurisprudência de Macau, do regime legal aí vigente e do Direito Comparado vamos balancear-nos entre as *reflexões, as dúvidas e as perplexidades* que se nos antolham.

<sup>13</sup> Art.º 323º do C. Penal de Macau: “**Falsidade de depoimento de parte ou declaração**)

1. Quem prestar depoimento de parte fazendo falsas declarações relativamente a factos sobre os quais deve depor, depois de ter prestado juramento e de ter sido advertido das consequências penais a que se expõe com a prestação de depoimento falso, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. Na mesma pena incorrem o assistente e as partes civis relativamente a declarações que prestarem em processo penal, bem como o arguido relativamente a declarações sobre a identidade e os antecedentes criminais.”

<sup>14</sup> Os artigos 27º e 28º da Lei n.º 11/2003, de 28/7 preveem:

“Artigo 27.º **(Inexactidão dos elementos)**

1. A inexactidão indesculpável dos elementos constantes de qualquer das Partes da declaração sujeita os infratores à multa equivalente às remunerações de 3 meses a 1 ano pelo cargo exercido.

2. Quem dolosamente declarar, com inexactidão, os elementos constantes de qualquer das Partes da declaração é punido pelo crime de falsidade de depoimento de parte ou declaração, não podendo, contudo, a pena de multa ser inferior à remuneração de 6 meses pelo cargo exercido, quando seja o caso de aplicação de multa.

3. Para efeitos de procedimento criminal pela infração prevista no número anterior, o Presidente do Tribunal de Última Instância ou o Comissário contra a Corrupção, consoante o caso, remetem ao Ministério Público certidão da declaração inexata e demais peças processuais consideradas pertinentes.

Artigo 28.º **(Riqueza injustificada)**

1. Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2. O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau.

<sup>15</sup> Atingindo em pagamentos de diretos, tal como resulta dos acórdãos condenatórios, um montante que ronda os trezentos milhões de patacas (1 USD=8 MOP - patacas), podendo o valor das contrapartidas e vantagens recebidas ter atingido cerca de mil milhões de patacas.

<sup>16</sup> Acórdãos do Tribunal de Última Instância da RAEM, Processos n.ºs 37/2011, 53/2008 e 36/2007



## 2. 1ª reflexão – tipo/tipos do crime, bens protegidos e sua interdependência

A origem da **corrupção** para os tratadistas situa-se na velha Roma. Mas, no fundo, no fundo, ela nasce logo com a subversão da ordem estabelecida pelo Criador, quando Eva, no Paraíso, prova do fruto proibido e o dá a provar a Adão.

Desde logo, ressalta a indefinição e o equívoco. No jardim do Éden, na cena do Paraíso, a *vantagem prometida* pela serpente não é, como parece, a maçã, mas sim o acesso ao poder de Deus e os bens tutelados cruzam-se entre a ordem estabelecida, a obediência, os limites da ambição e dimensão humanas.

Em Olímpia, já manchava os jogos.

**Platão** confronta-a com a correta *Política* - no verdadeiro sentido da *boa administração* da *polis* (cidade), como uma arte real, em que só ela comanda e unifica.<sup>17</sup> Coloca o filósofo na boca de Trasímaco<sup>18</sup> a máxima de que, sendo a *Justiça o interesse do mais forte*, ela se deve concretizar no interesse do Estado, passando a ser um atributo do Estado ideal, privilegiando-se o coletivo em detrimento do individual, assim proscrevendo as *práticas corruptas*.

A *corrupção*, em **Aristóteles**, significa a sobreposição dos desejos e vantagens privadas sobre o predomínio do bem comum. Radica nessa asserção a postergação ética, cívica e jurídica do fenómeno da corrupção, inerente à natureza humana no pensamento deste último filósofo.

Em Roma, realça-se ainda, em termos do bem jurídico tutelado, a *gratuidade das funções públicas*.<sup>19</sup> **Marcus Tullius Cícero** (106- 43 AC) é o expoente máximo da probidade política e da luta contra a tirania, defendendo a participação política dos bons cidadãos, que têm de conviver e lutar com os políticos desonestos e que esse é um preço necessário a pagar, sob pena do triunfo destes.<sup>20</sup>

Do Baixo Império rececionam as sucessivas **Ordenações** a *venalidade do exercício de funções* de quem, no exercício do poder, enriquecia à custa do povo.

Com o **Código Penal de 1886** pune-se o abuso de confiança do funcionário que, corrompido, a troco de vantagem, pratica *ato justo ou injusto*, mas sempre indevido.

Basicamente, ainda que com outra terminologia e melhor concretização da previsão típica, o escopo ali ensaiado mantém-se no **Código Penal de 1982** e no **Código Penal de Macau de 1997**, autonomizando-se a conceptualização e autonomia da punição do cometimento do crime, do lado ativo e passivo, como a doutrina já vinha defendendo.<sup>21</sup>

Em Portugal, como noutros ordenamentos, a principal preocupação do legislador, a partir do último quartel do séc. XX, reside no agravamento das penas,<sup>22</sup> em função dos concretos circunstancialismos ao longo do tempo, descurando a concretização dos elementos típicos em que o crime se traduz.

Em Macau, tal como em Portugal, ordenamento que lhe serviu de matriz, em termos de bens jurídicos tutelados, perspetiva-se, na linha da doutrina italiana, *a dignidade e o prestígio do Estado, da doutrina alemã, nas suas vertentes de pureza da função pública* e no sancionamento da *falsificação ou adulteração da vontade do Estado, a confiança, a credibilidade ou a capacidade do Estado*, se não já se procura atingir uma formulação complexa abrangente dessas diferentes vertentes.

<sup>17</sup> Freitas do Amaral. 2006, *História das Ideias Políticas*, I, Almedina, Coimbra, 88

<sup>18</sup> Platão, *República*

<sup>19</sup> Thais de Melo, Débora. 2009, *A Corrupção, Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência*, Coimbra Editora, 75

<sup>20</sup> *Rep.*, I, 1 8, cit., Freitas do Amaral, ob. supra cit., 139

<sup>21</sup> Almeida Costa. 1987, *Sobre o Crime de Corrupção*, Coimbra Editora, p., 41

<sup>22</sup> Lopes Nunes, Inês. 2012, *O Novo Regime Punitivo da Corrupção*, Mestrado Forense, UCP



Para não falarmos sequer no *depauperamento do povo contribuinte* que tem de pagar mais caro ou deixa de poupar na medida do enriquecimento do corrupto.

A corrupção é como uma hidra tentacular, invisível, silenciosa, voraz e transversal à história do Homem e importa não desfocar o interesse protegido pela sua reprovação, não sendo fácil identificar o núcleo dos bens tutelados.

Qualquer das apontadas perspetivas é parcelar e não dá resposta a uma tentativa de integração global e sistemática da *corrupção*, ficando incompleta a justificação para uma formulação ontológica unitária desse fenómeno, bastando pensar na diferença entre os valores prosseguidos nos casos de uma *corrupção própria* e nos casos da *corrupção imprópria*, ou nos casos, em que a atuação típica se fica apenas com uma promessa de vantagem.

Daí que certa doutrina,<sup>23</sup> erija, a se, o valor da *autonomia intencional do Estado* como forma de superar as incompleições das diferentes teorias, sendo o valor protegido a *preservação da organização social*, em função das regras constituídas de funcionamento da Administração, algumas delas meramente instrumentais e de *valor fraco* que não mereceriam, à partida, dignidade para proteção legal. Que mal adviria, dirá o incauto, em termos de eficácia e produtividade, atender primeiro ao pedido de B, se merecedor do mesmo atendimento prioritário de A, ainda que a troco de uma qualquer graça ou favor? Que mal, se essa atuação revertesse em benefício de um desenvolvimento de que toda a coletividade beneficiaria? É interessante registar que este argumento tem servido a certas correntes que chegam a defender que a corrupção seria um fator de desenvolvimento, pois sem obras, sem concursos, sem iniciativa, mesmo que adulterada, não haveria crescimento e a pobreza instalar-se-ia. A inércia, fosse por receio da abertura ao investimento, fosse pelos receios das consequências e da recriminação social, política e jurídico-penal, conduziria a uma debilidade da economia e consequente estagnação. Também em Macau se ouvia dizer, aqui e ali, que nunca a RAEM crescera tanto como durante o consulado do Senhor X. Perante uma aparente retração do seu sucessor no cargo e face a uma perçecionada estagnação que se lhe seguiu, não deixou de ser facto público a interpelação da Presidente do órgão legislativo, desafiando-o, em plena Assembleia, “*Não tenha medo Senhor Secretário de tomar decisões*”, em clara alusão a um contraponto com uma situação anterior desencadeadora de sucessivos equívocos: não só o crescimento se não fica a dever ao fenómeno corruptivo, como nem a iniciativa e capacidade decisória implica a pactuação com práticas corruptivas e criminosas.

Ainda que este mito venha sendo abandonado, - *a corrupção não é mais um fator de crescimento, antes adultera o crescimento* -,<sup>25</sup> para lá do mimetismo de que se reveste, nas diferentes esferas em que atua, na plasticidade que assume ao nível de diferentes tutelas, sempre se poderá colocar a questão, uma vez reconduzida à própria legitimação política, sobre a conformidade do *ato indevido, lícito ou não*, em relação aos “valores” plasmados e impostos numa ordem jurídica ilegítima, originariamente corrupta, em cumprimento de ordens autoritárias, irrazoáveis, prepotentes, formalmente legais, mas substancialmente ilícitas.

Por outro lado, a associação da corrupção a um estágio de imaturidade política e a conceção de que quanto *mais democracia menos corrupção*, passou a entrar em declínio quando muitos dos países mais desenvolvidos do mundo ocidental começaram a ser abalados por sucessivos e preocupantes escândalos ligados ao fenómeno da corrupção.<sup>26</sup>

As coisas complicam-se na busca e exata definição do bem jurídico tutelado pela criminalização da corrupção.

<sup>23</sup> Defendida por Almeida Costa, ob. cit., 142

<sup>24</sup> Kaufman, Daniel, Kraay, Aart e Mastruzzi, Massimo. 2007, *Measuring corruption: myths and realities, Global Corruption Report*, – *Transparency International*, 318 e segs.

<sup>25</sup> Cruz Santos, Cláudia. *A Corrupção ...*, ob. colectiva cit., 15

<sup>26</sup> Cruz Santos, Cláudia. 2016, *Os crimes de corrupção, Notas críticas a partir de um regime penal sempre em expansão*, Julgar, n.º 28, 2016, 90

Noutra perspetiva, em termos de delineamento do conceito, a tutela dos diferentes bens a proteger resultará da construção do modelo típico do crime, não já em função de um *perigo potencial*, mas sim de um *dano efetivo*, traduzido, não por qualquer das formas e/ou etapas de cometimento do crime, mas sim em função das diferentes facetas que ele revestirá como um autêntico *crime de dano*. E a forma que se vai encontrar para uma construção coerente da racionalidade inerente e coerente do crime de corrupção, passa a ser o de uma *relação de serviço ou de irradiação*, não se punindo o *perigo* que tal atuação presumivelmente pode arrastar, mas sim a *quebra da confiança* que essa postura representa e será punida, já como um dano em si e não apenas pelo *perigo que pode representar*.

Na verdade, não resulta das normas incriminatórias a identificação direta dos bens jurídicos tutelados. Há um dano para a atuação desconforme ao ordenamento da coisa pública, afastando-se assim as dúvidas frequentes em torno da configuração dos crimes de corrupção, como crimes de resultado, o que significa que o dano se traduz na *atuação desconforme aos deveres do cargo, independentemente dos resultados ou objetivos prosseguidos*.<sup>27</sup>

Daí que se possa equacionar, como faz, Cláudia Cruz Santos, se não teremos assim, não apenas uma, *mas várias corrupções* e que se não reconduzem à clássica dicotomia entre a *corrupção ativa e passiva*.<sup>28</sup>

Refaz-se a construção dogmática das *corrupções*, alicerçada não já numa relação entre o corruptor e o corrompido, sendo o corruptor, também ele já o *corrupto ativo*, não já sacralizando apenas a legalidade, imparcialidade, o regular funcionamento do Estado e dos seus agentes, a confiança dos administrados, como os bens defender, mas antes, erigindo à tutela penal atuações instrumentais e secundárias que distorcem os *valores de realização individual dentro da coletividade, como seja a livre concorrência, o desenvolvimento harmonioso da economia, a igualdade de oportunidades, o livre e igualitário funcionamento da economia*, fazendo-se ou devendo-se estender a tutela destes bens não só no relacionamento entre os agentes da Administração e os administrados, mas ainda ao nível da atividade empresarial pública e privada.

### 3. Projeção no caso

Vejamos em que medida estas preocupações ficam plasmadas na jurisprudência que nos serve de ponto de partida.

No primeiro processo:

"...No primeiro caso é punido o agente público que solicita ou aceita uma vantagem, patrimonial ou não, para qualquer ato ou omissão contrários aos deveres do cargo. No segundo caso é incriminado o agente público que solicita ou aceita uma vantagem, patrimonial ou não, para qualquer ato ou omissão não contrários aos deveres do cargo. A primeira é a usualmente designada corrupção passiva para ato ilícito, ou corrupção própria. A segunda constitui a corrupção passiva para ato lícito ou corrupção imprópria. Explica A. M. ALMEIDA COSTA<sup>29</sup>, que o bem jurídico protegido que subjaz aos crimes de corrupção passiva repousa na "dignidade" e "prestígio" do Estado, traduzidos na "confiança" da coletividade na objetividade e na independência do funcionamento dos seus órgãos, como bem jurídico ínsito à corrupção. Numa palavra, o objeto de proteção reconduz-se ao prestígio e à dignidade do Estado, como pressupostos da sua eficácia ou operacionalidade na prossecução legítima dos interesses que lhe estão adstritos". O mesmo autor acrescenta que<sup>30</sup> "ao transacionar com o cargo, o empregado público corrupto coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, o que equivale a dizer que, abusando da posição que ocupa, se "sub-roga" ou "substitui" ao Estado, invadindo a respetiva esfera de atividade. A corrupção (própria e imprópria) traduz-se, por isso, numa manipulação do aparelho de estado pelo funcionário que, assim, viola a autonomia intencional do último, ou seja, em sentido material, infringe as exigências de legalidade, objetividade e independência que, num Estado de direito, sempre têm de presidir ao desempenho das funções públicas"<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Cruz Santos, Cláudia. *A Corrupção ...*, ob. coletiva cit., 108

<sup>28</sup> Ob. cit., 36

<sup>29</sup> Almeida Costa, A. M.. 2001, Anotação ao art.º 372.º do Comentário Conimbricense do Código Penal, Coimbra, Coimbra Editora, Parte Especial, Tomo III, p. 656 e 657

<sup>30</sup> Almeida Costa, A. M.. Anotação ao art. 372.º do Comentário..., p. 661.

<sup>31</sup> Em sentido próximo, cfr. Almeida Costa, A. M..1987, *Sobre o Crime de Corrupção*, separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra de 1984 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, , p. 93.

E CLÁUDIA SANTOS<sup>32</sup> acentua que “o que o legislador pretende evitar com a incriminação da corrupção é sobretudo a criação da mera possibilidade de atuação, por parte do agente público, de acordo com critérios outros que não os estritamente objetivos. Quando solicita ou aceita o recebimento de um suborno, o funcionário ou titular de cargo político fica de imediato com a sua imparcialidade prejudicada. Independentemente da prática de qualquer ato, a sua autonomia intencional está já condicionada”. Na síntese de F. L. COSTA PINTO<sup>33</sup> “o bem jurídico tutelado por todas as incriminações da corrupção é a “legalidade da administração”, um valor constitucional e uma vertente do Estado de direito, mas igualmente um bem instrumental relativamente ao relacionamento de qualquer cidadão com o Estado.»

Aí se enfoca a mui específica *danosidade social da corrupção*. “Por estar frequentemente no exato ponto de encontro entre o crime organizado e o crime de colarinho branco, fragiliza sobremaneira a própria autoridade estadual, põe em causa a administração da justiça porque questiona o seu exercício relativamente àqueles cujo comportamento deveria ser o mais ímpecavel, mina as estruturas das instituições e das democracias”.<sup>34</sup>

Mais se afirma que é necessário que haja *prejuízo efetivo sobre atos de órgãos públicos*, ou seja, a sua autonomia intencional, e não o *mero perigo de prejuízo*. O crime de corrupção passiva é um *crime de resultado*; resultado que se concretiza já na apetência ou pré-disposição ao cometimento do ato indevido, materializado, como não pode deixar de ser, nos atos materiais típicos habilitantes à prática do ato. De acordo com os referidos artigos do CP, a consumação do crime de corrupção passiva coincide com a solicitação ou a aceitação do suborno que cheguem ao conhecimento do destinatário, *independentemente da efetivação de ação ou omissão no exercício das funções*.

Estando em causa *poderes vinculados*, a violação da lei por parte do funcionário, acompanhada da solicitação ou a aceitação do suborno (ou a sua promessa) por parte daquele, integra a *corrupção passiva para ato ilícito*, visto que se trata de contrapartida de ato ou de omissão contrários aos deveres do cargo; estando em causa o exercício do *poder discricionário de órgãos públicos* se o respetivo ato exorbita o âmbito da discricionariedade, ou se não ultrapassa o limite, mas o ato não teria sido praticado em situações normais - para o Direito Administrativo, o ato padecerá do vício chamado *desvio de poder* -, o crime praticado integra o de corrupção passiva para ato ilícito, integrando-se na denominada *corrupção própria*. Se o ato não sofre influência do suborno, então é praticado o crime de corrupção passiva para ato lícito.

#### 4. Nebulosas e legitimação

Na linha das nossas preocupações, apelando à necessidade de aferir a atuação justa – era a expressão feliz, ainda que indeterminada do CP de 1886 –, não bastando já a bitola da ordem interna, independentemente do país de referência (pois o fenómeno da corrupção é transversal a todas as economias e quase inerente à natureza humana,<sup>35</sup> integrando esta os genes do bem e do mal), não se deixa de convocar a *ordem supranacional* naquela jurisprudência da RAEM, mais concretamente, a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em Nova Iorque, em 31 de Outubro de 2003* (BO, II Série, Suplemento, de 21.02.2006), onde se refere justamente, que a corrupção ameaça a estabilidade e a segurança das sociedades “*ao corroer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de direito*”.

<sup>32</sup> Santos, Cláudia 2003, *A corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]*, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, p. 970.

<sup>33</sup> Costa Pinto, F. L., 1998, *A intervenção penal na corrupção administrativa e política*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXIX, n.º 2, p. 522.

<sup>34</sup> Santos, Cláudia, 2003, *A corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]*, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, p. 964.

<sup>35</sup> Autora e *ob. cit.*, 14

E ali se recorda, ainda, que os casos de corrupção envolvem muitas vezes “quantidades consideráveis de ativos, que podem representar uma parte substancial dos recursos dos Estados.... “*Na verdade, quando a corrupção se dá ao nível dos casos dos presentes autos, o que temos é um desvio dos ativos do Estado (no caso da RAEM), para os bolsos dos corruptos (no caso, o arguido), pelo encarecimento das obras públicas a suportar com dinheiros públicos. “A corrupção do arguido é tanto mais chocante por ele estar num dos mais elevados cargos públicos da RAEM e por as verbas envolvidas nos subornos representarem valores particularmente elevados.”*

No Proc. n.º 53/2008, avança-se para esta noção sincrética:

*“O bem jurídico protegido pelos crimes de corrupção passiva repousa na dignidade e prestígio do Estado, traduzidos na confiança da sociedade na objetividade e na independência do funcionamento dos seus órgãos. Assim, a realização de atos de corrupção traduz-se na procura de interesses particulares, aproveitando os órgãos do Estado e dos poderes públicos, em violação da autonomia intencional dos órgãos estaduais e em prejuízo da valoração justa do funcionário público.”*

Assim se integra a noção legal, que tem tanto de riqueza como de nebuloso, deixando a lei ao intérprete o preenchimento dos bens jurídicos tutelados, o que assume fulcral importância, especialmente quando se visa a perseguição da conduta reputadamente criminosa que atinge diferentes bens jurídicos.<sup>36</sup>

## 5. Mas os valores a proteger expandem-se...

Algumas das preocupações com a *corrupção pública* não deixam de ser válidas para a *corrupção privada*.

Em Portugal, os *crimes de corrupção ativa no sector privado e de corrupção passiva no sector privado* estão previstos nos artigos 8º e 9º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, e certa jurisprudência identificou o bem jurídico aí tutelado como “*a lealdade e a confiança imprescindíveis para as relações privadas, já que o núcleo do injusto reside na violação dos deveres funcionais por parte do trabalhador do sector privado.*”<sup>37</sup>

Também este crime foi integrado em 2009, no ordenamento da RAEM<sup>38</sup> e acompanha no seu núcleo essencial o regime estabelecido para a função pública, falando-se agora em *violação dos deveres funcionais*.

Mas em nome de que valores?

*Os interesses do “patrão”, o regular funcionamento da economia e do mercado, a confiança dos agentes económicos?*

<sup>36</sup> Chegando a defender-se que é a própria *humanidade* que se atinge, enquanto conceito ético-jurídico de realização do homem na sociedade politicamente organizada.

<sup>37</sup> Ac. da RP, de 6/3/2013, Proc. n.º 269/10.2TAMTS.P1

<sup>38</sup> A Lei n.º 19/2009, de 17/agosto, prevê no artigo 3.º o crime de corrupção passiva no setor privado: “1. Quem, exercendo funções, incluindo as de direção ou administração, para uma qualquer entidade do sector privado, ainda que irregularmente constituída, que por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de ato ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

2. Se o ato ou omissão previsto no número anterior causar concorrência desleal, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa.

3. Se o ato ou omissão previsto no n.º 1 for idóneo a causar um prejuízo à saúde ou segurança de terceiros, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

4. A punição não tem lugar se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiou o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor.”

A Corrupção ativa no sector privado, decorre do artigo 4.º:

“1. Quem, por si, ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, der ou prometer a pessoa prevista no artigo anterior, ou a terceiro com conhecimento daquela vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para prosseguir o fim indicado no n.º 1 do artigo anterior, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa.

2. Se a conduta prevista no número anterior causar concorrência desleal, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

3. Se a conduta prevista no n.º 1 for idónea a causar um prejuízo à saúde ou segurança de terceiros, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa.

Dificuldades que se adensam se se tratar de *concorrência desleal*, onde, mais do que agravar a pena, se qualifica o crime, restando saber se esse crime se verifica ao ser praticado pelo patrão empresário, que está excluído do n.º 1 da previsão típica.

Adensam-se as *nebulosidades* em torno do tipo objetivo da corrupção e mais se adensam quando se cruza a corrupção privada com a pública, bastando pensar numa situação em que o agente privado procura corromper o agente público, violando os seus deveres funcionais, os do cargo privado, importando identificar claramente os bens jurídicos tutelados, pois só essa dilucidação permite não punir em violação do *ne bis in idem*.

Trata-se de um crime novo, que importa ponderar e reponderar, temendo que o legislador por vezes seja tentado a importar modelos sem a reflexão e discussão que sobre eles se impõe.<sup>39</sup>

Não desenvolveremos esta matéria, merecedora, por si só, de uma abordagem própria e autónoma.

## 6. Corrupção/corrupções

O crime de *corrupção passiva* é um crime *específico*, na medida em que o agente tem de se integrar no âmbito do conceito de funcionário fixado no art.º 336.º do CP (Código Penal)<sup>40</sup>, exigindo-se que a gratificação ligada à corrupção represente a contrapartida de um ato realizado pelo funcionário no exercício da sua competência. A configuração deste crime como de *dano* assume essa particular natureza na previsão do n.º 1 do art.º 337.º do CP (Código Penal), mas não deixa de ser ao mesmo tempo também um crime de perigo, que não deixa de se consumar com expressão na mera probabilidade da prática do facto e que, em termos da teoria geral do crime, apenas seria punido por via dos institutos da *tentativa*, dos *atos preparatórios* ou da *desistência*. Já a construção dogmática da previsão típica do crime, tal como resulta dos n.ºs 2 e 3 do art.º 337.º do CP - pois o crime não deixou já de ser consumado, introduzindo-se aí elementos modificativos não só ao nível da previsão, como da estatuição -, têm a sua razão de ser numa preocupação de *restauração da confiança violada*, não querendo o legislador ficar indiferente perante o ato voluntário de não execução do facto, especialmente se acompanhado de repúdio da oferta da promessa ou restituição da vantagem, naquilo que alguns autores denominam de arrependimento ativo<sup>41</sup>. Se o agente perante o crime já consumado decidir não praticar o ato ilícito, será punido no quadro de um *crime privilegiado*; se, para além disso, repudiar o oferecimento ou a promessa ou restituir a vantagem, não será punido.

Coerentemente, cobre-se o perigo e evita-se o dano maior. Privilegia-se, tal como na *corrupção passiva para acto lícito*, a *danosidade potencial* em detrimento da *danosidade efetiva*.

Sendo o crime de *corrupção ativa*, de certa forma, o reverso da *corrupção passiva*, ainda que ambos os crimes não tenham de ser necessariamente bilaterais, dúvidas não haverá que num e noutro se pode confundir o mesmo bem merecedor de tutela jurídica.

<sup>39</sup> Talvez por isso a estatística sem representação significativa de julgamentos deste tipo de crime seja elucidativa da reflexão que acima partilhamos.

<sup>40</sup> Art.º 336.º do Código Penal: "(**Conceito de funcionário**)

1. Para efeitos do disposto no presente Código, a expressão funcionário abrange:

a) O trabalhador da administração pública ou de outras pessoas coletivas públicas;

b) O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos;

c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar ou colaborar no desempenho de uma atividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional.

2. Ao funcionário são equiparados:

a) O Governador e Secretários-Adjuntos, os Deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Consultivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Alto-Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa e os titulares dos órgãos municipais;

b) Os administradores por parte do território e os delegados do Governo;

c) Os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem atividades em regime de exclusivo."

<sup>41</sup> Júlio Pereira, na linha de Almeida Costa, 2002, "Algumas questões relativas ao crime de corrupção passiva para acto ilícito", in Boletim do CCAC, Macau, n.º 4, dez./2002.



As nossas reflexões traduzem-se, por vezes, em muitas dúvidas e não menos perplexidades, como vimos dando conta.

A dificuldade não reside apenas na identificação dos bens jurídicos tutelados, passando até pela integração da *facti species* da norma, seja a de *ato contrário aos deveres do cargo*, ou, pior ainda, a da *violação dos deveres funcionais*. Se menos dúvidas se levantam com a prática de ato ilícito, já se agigantam com o preenchimento da previsão típica, seja ao nível do *ato indevido*, seja ao nível da *vantagem patrimonial* e seu *quantitativo e qualidade*.

No novo regime punitivo da corrupção em Portugal (Lei 32/2010, de 2/set., abstraindo agora da operação cosmética da Lei n.º 30/201, de 22/abril), na linha do que alguma doutrina já vinha defendendo, afasta-se a necessidade do sinalagma entre a vantagem prometida, pedida, ou recebida e o ato, isto é, desnecessário se mostra demonstrar que a vantagem vise a compensação de uma qualquer conduta, já adotada ou a adotar no futuro. A finalidade será criar um *clima de permeabilidade ou de simpatia para eventuais diligências futuras*.<sup>42</sup>

Não ainda assim em Macau.

Temos visto até defender-se a aceitação de pequenas prendas de cortesia<sup>43</sup>, dizendo-se socialmente aceite uma oferenda ao agente público em determinados períodos festivos em nome do *princípio da significância*, mas não será de descartar que mesmo aí possa haver corrupção em situações de vantagens aparentemente irrisórias.<sup>44</sup> O importante é que haja *mercância da função*. Não deixamos de registar que mesmo esta prática, em Macau, não deixou de ser regulada em diploma sobre a corrupção, norma entretanto revogada pelo Código Penal.<sup>45</sup>

Esta *nebulosidade* do tipo passa, a nosso ver, por uma delimitação precisa do tipo de corrupção, de forma a enquadrar ainda nesse crime o *recebimento indevido de vantagens* ou a autonomizá-lo como crime próprio e autónomo.

Perante as dificuldades encontradas e a necessidade de certeza nestas matérias demasiado fluidas, a insistência em conceitos que, se não são *indeterminados*, são imbuídos de uma volatilidade nebulosa e perigosa, não ajudam, de todo, à interiorização de uma conduta reta, dando demasiada margem de liberdade ao julgador e não favorecem uma disciplina de rigor, de transparência, de isenção, de confiança e dignidade da gestão da coisa pública, reincidindo o legislador no mesmo erro quando passa a intervir no giro comercial e empresarial privado.

**Na descrição da conduta proibida, a lei penal tem de ser certa, clara, precisa e rigorosa.** A tipicidade penal exclui “tanto as fórmulas vagas na descrição dos tipos legais de crime, como as penas indefinidas ou de moldura tão ampla, que em tal redunde”.<sup>46</sup>

Não obstante a descrição da conduta proibida ser muito difícil nas situações em apreço, devem-se evitar expressões equívocas ou ambíguas, ainda que o legislador não consiga renunciar à utilização de elementos normativos aferidores de forma genérica, de conceitos indeterminados, de cláusulas gerais de valor não concretizado, de elementos vagos e portadores de indeterminação conflituante com os desideratos garantísticos da tipicidade, perante uma evolução doutrinária que se vem sentido cada vez mais premente na definição do exato alcance do sentido da norma, preocupação essa que não deve deixar de estar presente na redação e apuramento da norma relativa ao crime de corrupção.

<sup>42</sup> Cruz Santos, Cláudia. 2009, A Corrupção dos agentes públicos em Portugal: Reflexões a partir da lei, in, A Corrupção, Coimbra Editora, p.131

<sup>43</sup> “É fundamental que a ação seja inequívoca, demonstrando, segundo Magalhães Noronha, o propósito do agente. Essa inequívocidade deve, necessariamente, estar presente no caso concreto, posto que a dação do sujeito ativo não pode ter outro propósito que não o de “comprar” a prática de ato de ofício. O próprio Magalhães Noronha lembra-nos que: “Cumpra, todavia, notar que nem toda dádiva ou presente importa corrupção. Assim, como não se compreende que alguém presenteie um magistrado com um automóvel ou uma casa de alguns milhares de cruzeiros, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de frutas” - Bitencourt Cezar Roberto in Revista Jurídica n.º 321, p. 83.

<sup>44</sup> Bidino, Cláudio, / Melo, Débora Thais de. A Corrupção, A Corrupção de agentes públicos no Brasil, Reflexões, ob. cit...,182

<sup>45</sup> O art.º 6.º, n.º 4 da Lei n.º 14/87, de 7/Dez, excetuava dos atos de corrupção as práticas seguintes: “Excetuam-se do disposto neste artigo as refeições decorrentes de relações sociais, as ofertas efetuadas por parentes ou afins do funcionário, as prendas de valor não superior a \$ 500,00 dadas por ocasião do Natal ou do Ano Novo Lunar ou em virtude de aniversário ou casamento do funcionário e seus familiares ou de festas de nascimento ou batismo dos seus descendentes e, ainda, as ofertas que a lei considerar justificadas pelos usos sociais. Nos denominados *lai si*, por ocasião do período festivo do Ano Novo Lunar prevê-se o não recebimento de uma oferta mesmo entre funcionários de valor não superior a MOP 500,00”.

<sup>46</sup> Gomes Canotilho, Vital Moreira. 2007, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, p. 494

## 7. O apertar das malhas e a prova do crime

### 2ª reflexão/perplexidade – *Deficit legislativo permeável à perpetuação das situações de corrupção*

O caso que nos serve de matriz leva-nos a refletir sobre as lacunas do sistema e da regulamentação.

Não obstante o arguido, o Senhor X, apontar detalhadamente, nos denominados *cadernos da amizade*, qual contabilidade organizada, o *deve e haver* da sua atividade corruptiva, bem podia não ter acontecido assim. Não acontece assim normalmente. O corrupto, acobertado pelos poderes de autoridade e percepção de intangibilidade, esconde, como ninguém, a sua atividade criminoso, mascara-a, procura legitimá-la e, pior ainda, procura esconder a todo o transe o mal e produto do crime.

Por outro lado, por norma, pelo menos ao mais alto nível, como era o caso, o crime não se comete sozinho.

Da motivação dos acórdãos resulta que não deixou de haver instruções dadas à comissão de avaliação das propostas, isto é, a outros funcionários para que, invocando-se irregularidades concursais e, ao abrigo de um pretenso inexistente *princípio do aproveitamento dos atos administrativos praticados no exercício de poderes vinculados*, sobreviessem adjudicações diretas.

Ora, não se veem em lado algum do regime da corrupção normas reguladoras da interferência de agentes terceiros nessa atividade corruptiva, não se nos afigurando suficientes as normas do regime geral da *participação*, em termos penais, ou da exclusão da culpa, de forma a *perseguir, eximir de responsabilidade ou potenciar a descoberta do crime* em relação a esses agentes terceiros.

A particularidade do crime e a especificidade da sua (co)autoria mereceria alguma reflexão do legislador a esse nível.

Doutra banda, ainda, pena é que o desincentivo à *corrupção ativa*, que deve passar por uma cultura generalizada de desenvolvimento cívico e ético, a começar nos bancos da escola, não tenha nenhum assento ao nível jurídico penal. Daí que, mesmo em situações de uma quase *inexigibilidade* - basta pensar naquele empresário que se verá forçado a despedir pessoal e a fechar as portas se não for conivente com uma *quase extorsão* por banda do agente corrupto -, nem esse sequer se atreve a denunciar ou a testemunhar a prática do crime, bem sabendo que não deixará de ser punido sem qualquer contemplação específica, não se preocupando o legislador em criar do lado ativo situações incentivadoras à desistência do crime, assim atalhando à danosidade ínsita ao cometimento e conivência com tais crimes.

Como pena é, em nossa modestíssima opinião, que não haja um estímulo positivo à denúncia da corrupção, tanto do lado ativo como do passivo, contentando-se o legislador com o regime geral aplicável decorrente da atenuação da culpa e ilicitude do agente corruptor. Na verdade, nalgumas legislações, avança-se para o “prémio ao delator”, seja por dispensa de pena ou atenuação da mesma, quando o agente denuncie o crime.<sup>47</sup>

A outro nível, o caso que vimos referenciando suscita-nos ainda outra ordem de reflexões.

Tendo os aludidos crimes de corrupção sido transversais a toda uma atuação de um sector governativo é por demais evidente que o corrupto não podia ter praticado esses crimes sozinho.

Aliás, na motivação da condenação não se deixa de referir, no último dos acórdãos citados - volvidos alguns anos sobre o primeiro dos referidos processos - o seguinte:

<sup>47</sup> Como acontece em Portugal, com a Lei 32/2010, criando-se norma próprias, como o art.º 374º-A, para quem denuncie ou auxiliar concretamente na obtenção ou produção de provas incriminatórias de outros agentes. Em Macau, o art.º 5º da Lei 6/97 (Lei da Criminalidade Organizada) estabelece um regime especial a este nível, mas apenas para efeitos de conduta tendente a “impedir a continuação da associação ou sociedade secreta”. Também assim o art.º 18º da Lei n.º 17/2009, no âmbito do *tráfico de estupefacientes*.



“Sabemos, também, por depoimentos de diretores, chefes e funcionários da Direção de Serviços de Solos, Obras Públicas e Transportes (DSSOPT) e do Gabinete para o Desenvolvimento de Infraestruturas (GDI), que, em alguns casos, o arguido A viciava os concursos públicos para execução de empreitadas de obras públicas, dizendo aos dirigentes daqueles Serviços (e estes aos seus subordinados que intervinham nos júris de escolha das propostas) qual a empresa que deveriam propor para ser eleita como vencedora dos concursos, independentemente dos méritos próprios da respetiva proposta e desprezando, portanto, o interesse público. Nos procedimentos de adjudicação direta, o arguido violava também a lei escolhendo diretamente a empresa adjudicatária e indicando aos Serviços que tutelava quem eles deveriam propor, sem seguir os passos obrigatórios que a lei prevê nestes casos.”

Ao que se saiba, os funcionários que foram coniventes com o crime não terão sido incomodados pela Justiça, o que se afigura algo estranho, não sem que tal eventual forma de conivência, se não de participação criminosa, se possa escudar numa qualquer causa de exclusão de ilicitude em nome de pretensa inexigibilidade, por dever de obediência hierárquica, sendo certo que este dever cessa quando “*conduz à prática de um crime*” – arts.º 30, nº2/c e 35/2 do CP.

Ainda aqui se afigura que devia ser devidamente equacionada e regulada a atuação do funcionário que, ciente do cometimento do crime pelo seu superior, ainda que compreendendo as razões imanentes ao chamado *temor reverencial*, fosse incentivado a “desmascarar” a conduta criminosa do superior, devendo o sistema dar-lhe todas as garantias para que, perante uma denúncia fundada, não só não fosse punido, como ainda premiado sob o ponto de vista disciplinar.

## **8. Constelação de crimes – corrupção, tráfico de influências; branqueamento de capitais; enriquecimento ilícito; participação em negócio; crime de colarinho branco; associação criminosa; crime de inexactidão dos elementos da declaração de rendimentos; crime de participação económica em negócio**

### **Outras tantas reflexões**

O crime de corrupção não se pratica *sozinho* e *somente*, estando no centro de uma constelação de crimes, em cujo brilho e intensidade se visa a sua dissimulação.

Atentemos nos crimes que habitualmente lhe andam associados e de que o nosso caso é exemplo.

### **8.1. Branqueamento de capitais<sup>48</sup>**

Com a sua criminalização visa-se uma finalidade intrínseca e instrumental. Intrínseca, enquanto se prossegue a tutela de bens jurídicos autónomos; instrumental, na medida em que através dele se despistam outros crimes.

<sup>48</sup> “Os esforços da RAEM no combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo remontam aos anos 90. Em 1991 o Decreto-Lei de combate ao tráfico de droga autorizou pela primeira vez o Governo a confiscar bens resultantes do tráfico de droga. O confisco de bens resultantes da prática de ilícitos criminais foi posteriormente expandido a outros tipos de ilícito pelo Código Penal aprovado em 1995. A Lei da Criminalidade Organizada aprovada em 1997 foi ainda mais longe, contemplando pela primeira vez o ilícito de conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos resultantes da comissão de ilícitos criminais. No seguimento deste diploma, o Decreto-Lei nº 24/98/M veio criar um sistema de comunicação obrigatória sempre que uma transação suspeita fosse identificada. Este diploma constitui a base legal para a instituição do sistema de comunicação de transações suspeitas que, desde 1998, existia para as instituições financeiras e outras entidades ainda que com um âmbito relativamente limitado. O ano de 2006 assistiu a progressos bastante relevantes neste domínio. Em abril, a Assembleia Legislativa de Macau, sob proposta do Governo da RAEM, aprovou legislação específica no domínio do combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo: a Lei nº 2/2006 dedicada ao combate ao crime de branqueamento de capitais e a Lei nº 3/2006 dedicada ao combate ao financiamento do terrorismo. Em maio do mesmo ano foi aprovado o Regulamento Administrativo nº 7/2006, complementar daqueles diplomas legais, que veio estabelecer uma série de medidas preventivas a serem implementadas por instituições financeiras e outras entidades e profissões não pertencentes ao sector financeiro. De entre estas destacam-se medidas relacionadas com a identificação e conhecimento detalhado dos clientes e a obrigação de comunicação de transações suspeitas relativas a branqueamento de capitais e/ou financiamento do terrorismo sempre que as mesmas sejam detetadas. Por forma a conformar-se com os padrões internacionais determinantes nesta área, a nova legislação de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo determina a criação duma unidade de estrutura administrativa especial que proceda à recolha, análise e disseminação da informação relacionada com a comunicação de transações suspeitas de branqueamento de capitais e/ou financiamento do terrorismo. Essa unidade de estrutura veio a ser criada pelo Despacho do Chefe do Executivo nº 227/2006, de 8 de agosto, que determinou a criação do Gabinete de Informação Financeira (GIF).”

– Excerto colhido em [http://www.gif.gov.mo/web1/index\\_pt.html](http://www.gif.gov.mo/web1/index_pt.html)

O caso donde partimos é bem revelador desta dupla asserção. Quanto à sua instrumentalidade é curioso verificar que a notícia do crime terá tido origem, tanto quanto se sabe, ainda que essas fontes não sejam diretamente reveladas nos autos, exatamente por via de informações vindas do Exterior, referentes a estranhas movimentações de capitais, em que instituições financeiras terão questionado certas operações e terão indagado as autoridades locais sobre a natureza, proveniência, causa e autoria dessas transferências. Evidencia-se assim a importância da *regulação das operações financeiras*, que de nada servirá se não houver *cooperação internacional* na troca de informações nesse âmbito.

Quanto à primeira asserção, como se salientou no primeiro dos citados acórdãos, *“o branqueamento de capitais não é apenas a introdução de dinheiro no sistema financeiro, por meio de transferência entre contas bancárias, mas, também, por exemplo, a compra de uma casa, ou outro ativo patrimonial, com dinheiro proveniente de ilícito criminal, mesmo que através de numerário.*

*É sabido que a criminalização do branqueamento de capitais surgiu na década de oitenta do século XX, como forma de lutar contra o tráfico de droga e de permitir o confisco de bens conseguido com tal prática criminosa. Mais tarde, o crime foi estendido a outras atividades criminosas precedentes, sendo hoje tendência internacional a criminalização do branqueamento das vantagens provenientes de quaisquer crimes graves, normalmente puníveis com determinada pena privativa de liberdade com limite mínimo ou com certo limite máximo. (...)*

*É hoje reconhecido que o branqueamento de capitais se processa, normalmente, através de três etapas, a colocação, a circulação e a integração.*

*A colocação consiste na introdução de dinheiro líquido proveniente de atividade criminosa, na atividade económica regular ou legal, ou na sua transferência para fora do país onde é gerado.*

*A circulação, ou acumulação, consiste na dissociação dos fundos da respetiva origem, criando estruturas de cobertura mais ou menos complexas, recorrendo a sucessivas transações para ocultar ou apagar o rasto da proveniência dos bens. Nesta fase é frequente o investimento em aplicações financeiras, como ações, obrigações, fundos de investimento, nomeadamente em bancos estrangeiros, com posterior revenda dos bens adquiridos. A integração é a reintrodução dos fundos e capitais já branqueados nos circuitos económicos e financeiros normais, aparentando já uma plena legalidade”.*

Realçam-se, como bens protegidos, o interesse na *pureza da circulação dos bens e na administração da justiça*, ou a *ordem económica e social no seu todo ou o funcionamento dos sistemas políticos e dos sistemas económico-financeiros global e de cada Estado e a realização da Justiça*, em conjunto, o que legitima a acumulação real dos crimes, do crime base e do branqueamento.

## 8.2. Crime de participação económica em negócio<sup>49</sup>

O problema que se coloca quando este crime vem associado à corrupção está bem plasmada na absolvição que ali sobreveio, pois, vista a imputação deste mesmo facto, como crime de corrupção, a aquisição, por parte do arguido, de 10% das ações em causa constituiria já a *retribuição ou vantagem* pelo crime de corrupção observado em dada adjudicação.

<sup>49</sup> Crime previsto e punível pelo artigo 342.º n.º 1 do Código Penal, onde se dispõe: “**Artigo 342.º (Participação económica em negócio)** 1. O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar é punido com pena de prisão até 5 anos. 2. O funcionário que, por qualquer forma, receber, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial por efeito de ato jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do ato, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 3. A pena prevista no número anterior é também aplicável ao funcionário que receber, para si ou para terceiro, por qualquer forma, vantagem patrimonial por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que não se verifique prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados.”

Não obstante a absolvição sobrevinda, a matéria prende-se com uma outra, que não deve ser negligenciada pelo legislador, e se prende com a dos *conflitos de interesses*, não apenas nos negócios, mas também no exercício de atividades/funções/cargos exercidos/desenvolvidos pelos titulares dos poderes de decisão e da gestão da coisa pública.

Ainda aqui, os casos que nos inspiram disso são bom exemplo, pois da reduzida participação do arguido, no âmbito da sua defesa, resultou a alegação de que as vantagens que lhe eram criminalmente imputadas se deviam a uma atividade de assessoria técnica às empresas e sociedades, que esse titular – engenheiro de profissão – despudoradamente se arrogou, mesmo em sede de julgamento, fazendo crer da bondade e justa causa para os recebimentos das avultadas quantias.

Sobre isto, importa registar a posição do Tribunal de julgamento, no último dos processos (observando-se que o tempo de alguns anos que mediou entre os processos não foi bastante para qualquer interiorização no sentido da ilegitimidade da conduta):

*“Na verdade, quando a corrupção se dá ao nível dos casos dos presentes autos, o que temos é um desvio dos ativos do Estado (no caso da RAEM), para os bolsos dos corruptos (no caso, o arguido), pelo encarecimento das obras públicas a suportar com dinheiros públicos. A corrupção do arguido é tanto mais chocante por ele estar num dos mais elevados cargos públicos da RAEM e por as verbas envolvidas nos subornos representarem valores particularmente elevados. Os factos praticados pelo arguido revelaram-se fortemente negativos para a imagem exterior da RAEM e dos seus titulares de cargos públicos.... Internamente, o prejuízo de tais atos foram e continuam a ser, igualmente, muito elevados para a imagem dos principais titulares de cargos públicos. Por outro lado, o número de ilícitos de corrupção e a atividade de branqueamento de capitais associada, revela o carácter predatório da conduta do arguido, verdadeiramente insaciável. O dolo do arguido foi particularmente intenso. ...*

*Não admitiu os factos nem mostrou arrependimento. Mesmo na audiência do presente Processo, após toda a prova produzida continuou a sustentar a sua antiga e peregrina tese, de que todo o dinheiro canalizado para a Companhia (1), Companhia (2) e outras empresas offshore por si controladas, teve como proveniência atividade de consultoria realizada entre os anos de 2002 e 2006 (...)*”

### 8.3 Crime de inexatidão dos elementos da declaração de rendimentos<sup>50</sup>

Foi o arguido punido por este crime, pois na declaração de rendimentos apresentada em 15 de março de 2005, não declarou dolosamente património e rendimentos que possuía, em montantes *astronomicamente superiores aos declarados*.

Não deixou de se considerar que os bens em nome das empresas *offshore* tinham de ser declarados, por o arguido não ser proprietário das mesmas. Na verdade, o arguido e sua mulher eram os únicos beneficiários das referidas empresas cujo património e rendimento controlavam com exclusão de quaisquer outras pessoas. Tais empresas estavam apenas ficticiamente em nome de outros, tão somente para o arguido poder encobrir a proveniência criminosa dos bens que lhe pertenciam, pelo que se entendeu que a declaração de rendimentos devia englobar os bens e rendimentos, ainda que possuídos por interposta pessoa.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Este crime está previsto e é punível pelo art.º 27.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003, de 28 de julho, onde se dispõe: “**Artigo 27.º Inexatidão dos elementos** 1. A inexatidão indesculpável dos elementos constantes da declaração sujeita os infratores à multa equivalente às remunerações de 6 meses a 1 ano pelo cargo exercido. 2. Quem dolosamente declarar, com inexatidão, os elementos constantes da declaração é punido pelo crime de falsidade de depoimento de parte ou declaração, não podendo, contudo, a pena de multa ser inferior à remuneração de 1 ano pelo cargo exercido, quando seja o caso de aplicação de multa. 3. Para efeitos de procedimento criminal pela infração prevista no número anterior, o Presidente do Tribunal de Última Instância ou o Comissário contra a Corrupção, consoante o caso, remetem ao Ministério Público certidão da declaração inexata e demais peças processuais consideradas pertinentes”.

<sup>51</sup> Cfr. art. 2.º, n.º 5, alínea 1) da Lei n.º 11/2003.

#### 8.4. Crime de riqueza injustificada<sup>52</sup>

Associado ao *crime de corrupção*, foi o arguido acusado e punido pela prática deste crime.

A criminalização do *enriquecimento ilícito* é uma forte medida de combate à corrupção e é uma medida, cuja implementação ainda está por fazer em ordenamentos integrados na primeira linha dos estados de direito, como é o caso de Portugal,<sup>53</sup> o que não se compreende facilmente, mesmo quando se arrimam contra a sua implementação limitações constitucionais que radicam na defesa dos direitos liberdades e garantias.<sup>54</sup>

Salienta-se no primeiro dos acórdãos que o crime de riqueza injustificada, previsto no n.º 1 do art.º 28.º, só se verifica,

*“não apenas quando a pessoa não justifica o património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas suas declarações de rendimentos, designadamente a sua origem lícita, mas também quando tal riqueza não provém de crime pelo qual o arguido é condenado. Isto é, se o arguido tiver na sua posse 1000, recebido de ato de corrupção passiva, pelo qual é condenado, montante muito superior ao da sua declaração de rendimentos, é evidente que não pode ser condenado pelo crime do n.º 1 do art.º 28.º da Lei n.º 11/2003, porque a riqueza é justificada, embora de origem ilícita.”*

Ora, tendo-se apurado haver património cuja origem não se provou, designadamente uma casa no Reino Unido, adquirida por cerca de cinco milhões de libras, em valor muito superior ao rendimento lícito do casal dos últimos anos, não se deixou de ter tal crime por integrado.

Mais do que a concretização cega do provérbio *“quem cabritos vende e cabras não tem, de algum lado lhe vem”*, rebate-se uma pretensa violação do *princípio da presunção de inocência* consagrado no parágrafo 2º do art.º 29º da *Lei Básica da RAEM* e no n.º 2 do art.º 14.º do *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, com base nos seguintes argumentos: Por um lado, acata-se uma disposição internacional; por outro, contorna-se a dificuldade da inversão da prova, esgrimindo com o facto de o arguido poder evitar a sua condenação desde que explique como e quando vieram tal património e rendimentos à sua posse ou demonstre satisfatoriamente a sua origem lícita.

Cita-se a doutrina<sup>55</sup> que defende estar-se perante uma causa de justificação da ilicitude e por isso se compreende que seja o arguido que tenha de carrear a prova neste sentido, pois é ele que está em condições de mostrar ao tribunal a origem lícita do seu património ou rendimentos.

Sendo esta uma *vexata quaestio*, alvo ou pretexto de constrangimentos nas opções políticas, sempre se poderá acrescentar um outro argumento que resultará de uma prova que caberá à acusação fazer, resultando a *injustificação* da livre convicção do julgador plasmada no artigo 114º do Código de Processo Penal, que não assenta numa qualquer injustificada e arbitrária convicção, antes deve ela ser fundada, motivada e convincente, a partir do diferentes elementos probatórios carreados para os autos, temperada pelas regras da experiência comum e pelas presunções naturais, sempre com salvaguarda do direito de defesa e contraditório.

<sup>52</sup> O crime de riqueza injustificada é p. e p. pelo art. 28.º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho, onde se dispõe: “**Artigo 28.º Riqueza injustificada** 1. Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias. 2. O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau”.

<sup>53</sup> A CNUCC (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção) veio estabelecer várias condições para a aplicação da criminalização do enriquecimento ilícito, recomendando que os Estados partes adotem o delito de enriquecimento ilícito, nos termos definidos no artigo 20.º, da CNUCC, já aprovada e ratificada pelo Estado Português.

<sup>54</sup> Matos Pinhal, João. *Enriquecimento ilícito*, Teses, UAL, *repositorio.ual.pt*, 21 e segs., 83

<sup>55</sup> Pereira, Júlio. 2003, “O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal”, *Boletim do CCAC*, n.º 7., p. 7 e 8.

## 8.5. Crime de abuso de poder

Vinha o a arguido acusado da prática, como autor, na forma consumada, de dois crimes de *abuso de poder*, previstos e puníveis pelo artigo 347.º do Código Penal, tendo-se provado que o arguido designou pessoas para desempenharem a função de administradores por parte do Governo em sociedades, nunca tendo elas participado das reuniões do Conselho de Administração, nem cumprido as obrigações legais relativas à função, como a de informar o Governo da gestão da Companhia respetiva, bem sabendo o arguido que tais pessoas não tinham as devidas habilitações, experiência e capacidades para desempenhar a função em causa e, não obstante, designou-os para desempenhar a respetiva função, para que pudessem obter a remuneração paga pela Companhia (uma das pessoas nomeadas era, aliás, um dos testas de ferro que o arguido utilizava para receber os proveitos dos subornos).

A reflexão que se nos oferece realizar é de que as nebulosas em volta deste crime são de tal densidade, que se torna difícil, no mais das vezes, vislumbrar claro nas múltiplas e variadas atuações governativas, importando criar mecanismos e órgãos de controle interno e externo que permitam escrutinar a atuação do funcionário, dirigente, político, especialmente se acobertada pelo manto diáfano da discricionariedade administrativa.

## 9. Posto isto, está na hora de terminar.

Perante o flagelo, fica-nos uma sensação mista de impotência, de indefinição, de incompletude, na proporção inversa dos mecanismos e instrumentos que se vão criando, de ordem jurídica, económica, educacional e política no combate à *corrupção*.

Não obstante ela move-se, expande-se<sup>56</sup>, mas as malhas apertam.

Não pretendemos ter uma visão apocalíptica do fenómeno. Esperamos que o aprofundamento do estudo das nebulosas e constelações em torno da *corrupção* constitua fator de entrave ao mergulho deste fenómeno em buraco negro impenetrável, atrofiante, se não, devorador das sociedades e do próprio Estado.

<sup>56</sup> Ainda em recente artigo publicado na Revista Julgar, da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Cláudia Santos escrevia sobre o tema, caracterizando-o como um fenómeno sujeito a um *regime jurídico-penal sempre em expansão*.

# 2º PAINEL INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E JURISDIÇÃO

*vii. As diversas constelações de responsabilidades pontuadas no universo da corrupção, para além da referente à pena de prisão.<sup>57</sup>*

José Cândido de Pinho, Juiz do Tribunal de Segunda Instância da RAEM (Macau)

<sup>57</sup> Texto gentilmente cedido pelo Conselheiro José Cândido Pinho para o seminário onde, por razões de saúde, não pôde estar presente como moderador do 2º Painel.



1 – Esta intervenção surge como complementar daquela que o meu distinto colega e amigo, Juiz Desembargador Gil Oliveira, acabou de fazer fincado nos aspetos mais estritamente criminais da corrupção e crimes conexos.

A par da pena de prisão resultante do crime de corrupção – e costuma ser essa a consequência penal que merece os mais potentes holofotes da imprensa, provavelmente por ser aquela que mais apazigua a sede de justiça por parte da população comum – outras consequências há que não devem merecer menor atenção por parte dos operadores do direito.

Iremos falar delas, mais ao jeito de postais ilustrados, com a mera intenção de chamar a atenção para os problemas, do que com o propósito de buscar as soluções em profundas lucubrações, que, em abono da verdade, podem variar de caso para caso, em função das circunstâncias concretas.

Independentemente do que se pense, há sempre um ponto que, desde logo, se destaca e que vem ao encontro do tema do seminário. É que, em todos os casos que afloraremos, está imanente, inevitavelmente, um sentido de realização da justiça, que sempre se procura seja dignificante, pronta, justa e que realize a tutela dos direitos e interesses envolvidos, sejam eles públicos ou privados. Por outro lado, aludiremos apenas aos casos em que a corrupção envolve a Administração Pública<sup>58</sup>, sem particularizar, porém, as suas mais diversas formas (“suborno”, “extorsão”, “favoritismo”, “tráfico de influência”, “produção legislativa afeiçoada a certos interesses especiais”, etc.) e que na sua formulação mais simples pode tomar várias designações sugestivas, como é o caso das “luvas” em Portugal, “propinas” no Brasil, “gasosa” em Angola e “refresco” em Moçambique.

\*

2 – Antes de mais nada, sendo o arguido funcionário<sup>59</sup>, e tendo ele sido condenado em pena de prisão superior a três anos<sup>60</sup>, sofrerá a “pena acessória”<sup>61</sup> de “proibição do exercício das suas funções por um período de 2 a 5 anos, quando o facto:

- a) For praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes;
- b) Revelar indignidade no exercício do cargo;
- c) Implicar a perda de confiança necessária ao exercício da função”.

<sup>58</sup> Na verdade, existe na RAEM um diploma que tem em vista a *Prevenção e Repressão da Corrupção no Sector Privado*, a Lei nº 19/2009. Há mesmo quem ache que se pode falar em “tipos de corrupção na função pública” (José Adão António, in *Poder Disciplinar e Corrupção na Função Pública*, dissertação para mestrado no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, da Universidade Técnica de Lisboa disponível em [https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/4941/1/1-%20tese\\_%20PODER%20DISCIPLINAR%20E%20CORRUP%C3%87%C3%83O%20NA%20FUN%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA.pdf](https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/4941/1/1-%20tese_%20PODER%20DISCIPLINAR%20E%20CORRUP%C3%87%C3%83O%20NA%20FUN%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA.pdf)

<sup>59</sup> O conceito de funcionário, para efeitos criminais, está plasmado no art.º 336º do Código Penal:

“1. Para efeitos do disposto no presente Código, a expressão funcionário abrange:

- a) O trabalhador da administração pública ou de outras pessoas coletivas públicas;
- b) O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos;
- c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar ou colaborar no desempenho de uma atividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional.

2. Ao funcionário são equiparados:

- a) O Governador e Secretários-Adjuntos, os Deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Consultivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Alto-Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa e os titulares dos órgãos municipais;
- b) Os administradores por parte do Território e os delegados do Governo;
- c) Os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem atividades em regime de exclusivo”.

<sup>60</sup> Esta “pena acessória” carece de uma pena de prisão efetiva. Nalguns ordenamentos jurídicos, uma pena de prisão superior a três anos, cuja execução seja suspensa, legitima ainda esta pena acessória; em Macau, tal não é possível, uma vez que só pode ser suspensa a execução a pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos (art.º 48º, CP).

<sup>61</sup> Saber se esta é uma verdadeira pena, ou mero efeito não automático da pena, ver com interesse Manuel Leal Henriques, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau*, 2014, vol. II, pág. 138.



É isto o que flui do art.º 61º do Código Penal da RAEM.

Esta é, portanto, uma constrição ao amplo princípio geral estabelecido no art.º 60º, n.º1, do mesmo Código, segundo o qual, “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos”.

\*

3 – Haverá, por outro lado, lugar à perda das “coisas”, “direitos” ou “vantagens” obtidos com a prática do crime de corrupção (cfr. art.º 103º do C.P.)<sup>62</sup>, ,mas nem sempre esta consequência se apresenta assim tão simples.

Veja-se este **exemplo**:

O,<sup>A</sup> legaliza a construção de um imóvel edificado em zona *non aedificandi*, em troca de um apartamento que O,<sup>B</sup>, construtor/promotor imobiliário, tem noutro edifício já construído.

Ou este outro exemplo, ainda:

O,<sup>C</sup> recebe de O,<sup>D</sup> uma *avultada soma de dinheiro* para a este adjudicar (veio a saber-se “ilicitamente”) a empreitada de uma obra pública de grande envergadura.

Tanto o dinheiro, eventualmente depositado em conta bancária, como a fração imobiliária, referidos são inquestionavelmente fruto do crime. Logo, a sentença deve fazer a respetiva declaração de perda a favor da RAEM. Não há grandes dúvidas a esse respeito.

Esta perda justifica-se como modo de reprimir o crime e de não beneficiar quem ilicitamente obteve vantagem com ele. Trata-se, segundo uns, de uma “pena acessória”<sup>63</sup> e, segundo outros, de uma “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”<sup>64</sup>. É, de qualquer maneira, uma consequência direta da condenação, com todos os contornos de um “confisco especial”<sup>65</sup>, o que supõe a indispensável relação direta da sua existência com a prática do crime.

Pergunta-se, agora:

O,<sup>C</sup>, titular de um órgão administrativo, auferir uma remuneração mensal de x, que claramente não lhe permitiria adquirir mais do que um apartamento em Macau, mas afinal vem-se a apurar ser dono de três frações imobiliárias em Macau, duas em Lisboa e uma outra em Londres, por exemplo. O facto de estar provada a prática do crime de corrupção concreta permitirá declarar perdidas a favor da RAEM aquelas unidades habitacionais, no pressuposto (presumido) de terem sido adquiridas na sequência de outros crimes de corrupção?

A resposta, para nós, é *não*, se tivermos em conta exclusivamente o crime de *corrupção*. Não estando apurada a origem criminosa dos bens pela via da corrupção, não é possível fazer verter sobre eles uma presunção de ilicitude que permita a sua apreensão e perda a favor da RAEM. Também aqui, portanto, se faz sentir a necessidade de uma justiça isenta e imparcial, baseada no respeito pelos valores fundamentais do indivíduo.

<sup>62</sup> O artigo em causa tem a seguinte redação:

“Artigo 103.º

(Perda de coisas, direitos ou vantagens)

1. Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Território.
2. São também perdidos a favor do Território, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes.
3. O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.
4. Se a recompensa, as coisas, direitos ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Território do respetivo valor”.

<sup>63</sup> Damião da Cunha, in Da perda dos objectos relacionados com o crime (Universidade Católica do Porto), 1991, pág. 7 e sgs.

<sup>64</sup> Figueiredo Dias in Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, pág. 638

<sup>65</sup> Na medida em que o confisco torna o Estado proprietário de bens de outrem declarados perdidos a seu favor

Diferentemente, vindo-se a provar que aquelas frações foram adquiridas com dinheiro obtido ilicitamente da corrupção, nada obstará a que o tribunal as declare perdidas a favor da RAEM, porque assim o permite o art.º 103º, n.ºs. 3 e 4, do C.P.<sup>66</sup>, isto, claro está no âmbito de um processo que tenha oferecido todas as garantias de defesa.

Preciso é, portanto, que haja a certeza absoluta de que os bens pertençam efetivamente ao arguido e que foram contrapartida direta ou sucedânea de crime de corrupção, e sempre sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, segundo reza o n.º2, do art.º 193º citado.

Mas, se pensarmos num crime – para o qual em Portugal se tem insistentemente falado em “enriquecimento ilícito” (mas que, por oposição de algumas forças partidárias e do Tribunal Constitucional, que não aprova a inversão do ónus de prova, não passou até agora de mera intenção político/normativa) – que em Macau está tipificado em lei avulsa destinada aos “titulares de cargos públicos” com a designação de “riqueza injustificada”<sup>67</sup>, já diferente pode ser a solução.

Em tal hipótese, se o arguido for um daqueles que está obrigado à “declaração de rendimentos” e não conseguir justificar como e quando vieram à sua posse determinados bens ou rendimentos, ou não demonstre satisfatoriamente a sua origem lícita, então ficará incurso num crime de “riqueza injustificada”, caso em que “o património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada ..., pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau”, tal como o proclama o art.º 28º, n.º2, da Lei n.º 11/2003.

Foi um tremendo passo em frente, este que a RAEM conseguiu dar em ordem a uma melhor transparência por parte dos titulares de cargos públicos<sup>68</sup> e de certos funcionários públicos<sup>69</sup>, que assim se veem obrigados a prestar o seu serviço de uma maneira totalmente descomprometida com o interesse privado, e apenas absorvidos pelo interesse público relevante.

\*

4 - Voltemos agora a nossa atenção para outros aspetos que se afastam da punição penal estrita.

E, rapidamente, somos assaltados por uma preocupação de carácter estritamente administrativo, que se pode equacionar da seguinte maneira prática:

o,<sup>A</sup> obtém de o,<sup>B</sup>, através de um ato administrativo, a concessão de um terreno para nele erguer um imóvel destinado à habitação pública, pagando a este alto quadro dirigente da Administração Pública<sup>70</sup> uma larga soma de dinheiro. Como é bom de ver, o ato administrativo foi produzido com assento num “crime de corrupção”.

<sup>66</sup> Neste sentido, o *Ac. do TSI, de 28/07/2002, Proc. n.º 46/2000*

<sup>67</sup> Este ilícito está previsto no art.º 28º da *Lei n.º 11/2003, de 28 de julho*, com a seguinte redacção:

Art. 28º

Riqueza injustificada

“1. Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2. O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau.

<sup>68</sup> Que nos termos do artigo 1º, n.º2 da referida Lei, são, entre outros, o *Chefe do Executivo, deputados à Assembleia Legislativa, magistrados, bem como o pessoal de direção e chefia* dos serviços da Administração Pública.

<sup>69</sup> Que, nos termos do n.º3, do citado art.º, 1º, são os *funcionários de nomeação definitiva ou em comissão de serviço, os agentes de nomeação provisória ou em regime de contrato além do quadro, o pessoal contratado que preste trabalho subordinado, o pessoal civil ou militarizado das Forças de Segurança de Macau ou o pessoal alfandegário.*

<sup>70</sup> O articulado normativo que rege o comportamento probado dos titulares dos principais cargos da RAEM é a *Ordem Executiva n.º 112/2010*.

Sobre o assunto, ver ainda o *Regulamento Administrativo n.º 24/2010* (Estatuto dos titulares dos principais cargos da Região Administrativa Especial de Macau). É, aliás, este Estatuto que logo no seu artigo 3º estatui que aqueles titulares *respondem politicamente* perante o Chefe do Executivo, sem prejuízo da sua *responsabilidade civil, financeira e penal*, nos termos da legislação aplicável.

### Questão:

Uma vez que esteja definitivamente provado o ilícito criminal no foro próprio através de uma condenação transitada em julgado, poderá o ato administrativo que confere a concessão a O,<sup>A</sup> ser considerado *nulo*?

A pergunta impõe-se, face ao art.º 122º, nº2, alínea c), do Código de Procedimento Administrativo, segundo o qual, "são nulos os atos...cujo objeto ...constitua um crime".

Ora, a uma primeira leitura da norma pareceria que apenas estaria coberta pela sua previsão uma situação em que o conteúdo (o objeto imediato) do ato representasse um crime. Seria o caso, por exemplo, do ato administrativo pelo qual um Ministro, cujo gabinete se encontrasse decorado com peças de arte requisitadas a museus, mandasse abrir concurso para a sua alienação e atribuísse as respetivas receitas a uma entidade dependente desse ministério, cometendo assim um crime de peculato<sup>71</sup>.

Na situação equacionada, porém, o ato de concessão não representa em si próprio nenhum crime, até mesmo tendo em conta a sua lícita finalidade imobiliária a que ele tenderia.

Ora bem. Esta questão, sobre a qual alguma doutrina teve oportunidade de verter já a sua atenção<sup>72</sup>, teve na jurisprudência de Macau alguma dissensão, entre o Tribunal de Segunda Instância<sup>73</sup> e o Tribunal de Última Instância<sup>74</sup>. Vingou a tese da mais alta instância, segundo a qual o ato administrativo será nulo desde que a sua prática tiver tido na sua origem (portanto, a montante) um ato criminoso de corrupção.

Eis aqui, portanto, uma consequência administrativa de largo espetro, pois a *nulidade* do ato pode trazer consequências severas, nomeadamente a própria nulidade de outros atos administrativos posteriores e consequentes ao ato de concessão, como é o caso, por exemplo, do ato de licenciamento da obra de construção, além de poder colidir com direitos adquiridos por terceiros particulares que tenham celebrado contratos de promessa de compra e venda<sup>75</sup> de frações imobiliárias ainda não construídas, sem se alijar a possibilidade teórica de daí poderem advir responsabilidades civis contratuais (entre promotor/construtor e promitentes adquirentes das frações), e até mesmo sem se excluir a posição daqueles que defendem a responsabilidade extracontratual (entre promotor/construtor e Administração Pública).

\*

5 - O elenco das responsabilidades é, aliás, vasto e deve suscitar de todos nós as mais sérias preocupações, interpelando-nos para as soluções nem sempre fáceis.

À cabeça destacamos a *responsabilidade civil extracontratual*.

O artigo 358º do Código do Processo Penal (CPP) prevê a condenação do arguido em *indenização civil*, mesmo que absolvido do crime, sempre que o pedido se venha a revelar fundado. Este dispositivo legal está, de resto, em linha com o art.º 61º e sgs. do CPP, que prevê que o lesado seja reparado dos danos causados pelo crime cometido pelo arguido. É, sem dúvida nenhuma, uma *responsabilidade civil*, que *prima facie* deve ser acionada através de um pedido enxertado no âmbito do processo criminal.

Mas, em certos casos, parece ser possível que a ação seja movida autonomamente.

<sup>71</sup> Exemplo retirado de Esteves de Oliveira, Mário, Costa Gonçalves, Pedro e Pacheco de Amorim, J. in *Código do Procedimento Administrativo*, 2ª ed., pág. 645-646.

<sup>72</sup> Ver sobre o assunto, por exemplo, Rebelo de Sousa, Marcelo e Salgado de Matos, André in *Direito Administrativo Geral*, III, Actividade Administrativa, Edições D. Quixote, 2007, pág. 162; Esteves de Oliveira, Mário, Costa Gonçalves, Pedro e Pacheco de Amorim, J. na obra citada, pág. 645; Ribeiro, Lino e Cândido de Pinho, José in *Código de Procedimento Administrativo de Macau*, anotado e Comentado, pág. 710.

<sup>73</sup> Em duas ocasiões: Ac. de 7/07/2011, Proc. nº 663/2009 e de 27/10/2011, Proc. nº 731/2009.

<sup>74</sup> Acs. de 25/04/2012, Proc. nº 11/2012, de 25/07/2012, Proc. nº 48/2012 e, mais recentemente, de 22/06/2016, Proc. nº 76/2015.

<sup>75</sup> Nos termos do art.º 172º, nº1, do CPA; tb. cit. aresto do TUI nº 76/2015.

### Primeira questão:

O,<sup>A</sup> corrompe O,<sup>B</sup> titular de órgão administrativo, com dinheiro ou com um bem valioso, para que este venha a aprovar num mês um licenciamento construtivo que, por razões de excessiva burocracia, suponhamos, demora habitualmente cerca de um ano. Passou um ano sem o licenciamento ser aprovado.

O,<sup>A</sup> e O,<sup>B</sup> são condenados no processo-crime por corrupção.

Poderá O,<sup>A</sup> exigir de O,<sup>B</sup> o ressarcimento pelos danos que diz ter sofrido com a omissão administrativa imputada a este, formulando o pedido de devolução do dinheiro ou do bem?

Ora bem. Sendo a corrupção um ilícito criminal de duas faces – a do corruptor e a do corrompido – a questão é pertinente, uma vez que para a ilicitude foi ele mesmo, O,<sup>A</sup>, figura determinante, em virtude de, para a prática do crime, ter contribuído de uma maneira decisiva. E, então, nós cremos que, num paralelismo evidente com o que se passa no direito civil, o exercício do direito à reparação dos danos configuraria neste caso um *abuso de direito*, nos termos em que o define o artigo 326º do Código Civil<sup>76-77</sup>. Aliás, a impossibilidade de O,<sup>A</sup> (corrupto ativo) obter, por exemplo, a devolução do dinheiro ou da coisa entregue a O,<sup>B</sup> (corrupto passivo), resultaria desde logo do facto de o tribunal ter que declarar a favor do Estado a perda dos bens ou valores entregues. O interesse público que subjaz à perda impediria a satisfação do pedido de devolução do dinheiro ou do bem.

### Segunda questão:

Retomando o exemplo da 1ª questão, O,<sup>A</sup> tinha começado a celebrar com alguns interessados contratos de promessa de compra e venda de frações (coisa futura) e a entidade competente acabaria por indeferir o licenciamento.

Podem os indivíduos lesados (os promitentes-compradores, que são terceiros) demandar o Estado a que pertence o corrupto passivo?

Esta questão teria que ser respondida em face do diploma que prevê a *responsabilidade civil extracontratual*<sup>78</sup>.

Mas, a resposta negativa afigura-se-nos fácil. O indeferimento de licenciamento é um *ato administrativo* que, quando legal, não pode, em princípio, gerar responsabilidade civil (salvo em presença de *prejuízos especiais e anormais*, como adiante se referirá). Sendo assim, a responsabilidade que houver de gerar só poderá assentar, não no crime cometido por O,<sup>B</sup>, mas na eventual ilegalidade do ato administrativo se vier a ser decretada pelo tribunal que tiver sindicado o ato. Aqui, a responsabilidade civil já não se acha conexas com a responsabilidade criminal.

### Terceira questão:

Retomemos o ponto 3 supra para perguntar: *declarado nulo o ato de concessão de terreno*, com fundamento no crime de corrupção cometido, e *declarado nulo o ato de licenciamento de construção*, podem os promitentes-adquirentes de frações ter direito a uma indemnização do Estado?

A pergunta faz sentido, se tivermos em conta que a nulidade decorre de um crime em que interveio um servidor público, ou seja, titular de um órgão da Administração.

<sup>76</sup> “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito”.

<sup>77</sup> Seria um abuso que nós poderíamos traduzir por *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*.

<sup>78</sup> Que em Macau é o DL nº 28/91/M, de 22/04. A responsabilidade civil está prevista para o pessoal de direção e chefia no art.º 21º da Lei nº 15/2009 e para os titulares de altos cargos, no art.º 3º, nº1, do Regulamento Administrativo nº 24/2010 (*Estatuto dos titulares dos principais cargos da RAEM*).

Pensamos, no entanto, que a resposta é outra vez não. A responsabilidade que os promitentes podem acionar é uma *responsabilidade contratual* perante quem “falhou” o negócio, ou seja, perante quem “incumpriu” o contrato, logo, o promotor/construtor. Trata-se, aí, de uma responsabilidade centrada na relação contratual, a que a Administração é absolutamente estranha.

É bom lembrar que o ato que declara nulo o *licenciamento* é válido (estamos a partir do princípio de que foi apreciada jurisdicionalmente a validade desse ato). Sendo assim, nunca a responsabilidade civil extracontratual poderia basear-se em “ato ilícito”, mas quando muito em *ato lícito*.

Ora, acontece que o nº1, do art.º 10º do DL, nº 28/91/M, de 22/04, para fundar a responsabilidade em *atos lícitos*, exige que estes tenham causado *prejuízos especiais e anormais*, no sentido de que não sejam impostos à generalidade das pessoas e não sejam inerentes aos riscos da vida em sociedade.

No entanto, para nós, aqueles prejuízos decorrem da *impossibilidade jurídica* de estabelecer o contrato definitivo, por causa da nulidade do ato de licenciamento, decretada administrativamente e confirmada posteriormente pelo tribunal. Não são prejuízos especiais e anormais; pelo contrário, são prejuízos *normais* e que afetam *toda a gente* em igualdade de situações, isto é, atingem todas as pessoas que não veem celebrado um contrato definitivo após a quebra de um contrato de promessa de compra e venda.

Enfim, a riqueza da vida permitiria gerar outras situações de facto, mas o objetivo deste trabalho é apenas o de equacionar o tema, suscitar questões, sugerir reflexões. O que importa concluir, na economia do presente trabalho, é que, em certos casos, é possível efetivar a *responsabilidade civil do servidor público* titular de altos cargos públicos, porque assim mesmo é previsto no *art.º 3º do Regulamento Administrativo nº 24/2010*<sup>79</sup>, tal como já referido acima.

\*

6 – A *responsabilidade política*<sup>80</sup>, que, entre outros fatores, repousa na perda da confiança, é outra das consequências da prática do crime de corrupção.

Se o corrupto for titular de *um alto cargo* da Administração sem pertencer aos quadros desta, cremos que a responsabilidade política perante o Chefe do Executivo se encarrega de dar a resposta à necessidade de afastar este elemento indesejável do seio do poder. Ele provou não ser probo, não ser honesto, não ter atuado em obediência à lei, não se ter absterido da prática de atos que privilegiem o interesse privado em detrimento do interesse público, não ter defendido a credibilidade do Governo perante o público, não ter adotado elevados padrões de comportamento pessoal e ético, enfim não ter respeitado as normas de conduta dos titulares dos principais cargos conforme o desenho estabelecido na *Ordem Executiva nº 112/2010*<sup>81</sup>. Não merece, por isso, o exercício do cargo e dele será afastado ao abrigo dessa a que podemos chamar *responsabilidade política*.<sup>82</sup>

\*

7 – Segue-se a *responsabilidade disciplinar*.

É neste plano que se inscreve a atuação de todo o servidor que pertença aos quadros da Administração Pública, abrangendo-se aí todos os trabalhadores da Administração Pública, incluindo o pessoal de direção<sup>83</sup> e chefia<sup>84</sup>, conforme artigo 22º da Lei nº 15/2009. Estando provada a prática do crime de corrupção, ficará implicado num procedimento disciplinar.

<sup>79</sup> Estatuto dos titulares dos principais cargos da Região Administrativa Especial de Macau.

<sup>80</sup> Falamos em *responsabilidade política*, uma vez que esses titulares de altos cargos “...devem atuar em obediência à lei e com justiça e imparcialidade, com vista à realização dos objetivos e políticas do Governo” (art.º nº3, nº2, da Ordem Executiva nº 112/2010). É por essa razão que também o art.º 15º da mesma Ordem Executiva nº 112/2010 tem mesmo por epígrafe “Responsabilidades políticas”.

<sup>81</sup> Normas de conduta dos titulares dos principais cargos da RAEM.

<sup>82</sup> Aliás, o art.º 3º do Regulamento Administrativo nº 24/2010 (Estatuto dos titulares dos principais cargos da RAEM) nem sequer prevê a responsabilidade disciplinar quanto a estes titulares.

<sup>83</sup> Diretor e Subdiretor.

<sup>84</sup> Chefe de departamento, chefe de divisão e chefe de secção.



O regime desta responsabilidade disciplinar está previsto no Título VI do DL nº 87/89/M, de 21/12<sup>85</sup>, nos artigos, 276º a 358º.

A corrupção comprovada significará, então, uma violação grave dos deveres funcionais e, na medida em que, em concreto, ela inviabilizar a manutenção da relação funcional, conduzirá à pena de “demissão”, nos termos do art.º 315º, nº1 e 2, alínea n), do DL nº 87/89/M.

É curioso acrescentar, a este respeito, que o *peçoal de direção* está ainda sujeito àquilo a que se chama “*responsabilidade específica*”. Trata-se de uma responsabilidade concretizada sob a forma de uma *censura pública*, que vai desde o mero reparo público até, em situações de especial censurabilidade, à *exoneração do cargo sem direito a compensação*, em qualquer dos casos mediante despacho indelegável do Chefe do Executivo, ao abrigo do art.º 23º, nºs 2, 3 e 4, da Lei nº 15/2009.

A infração disciplinar é autónoma da criminal, embora possuam pontos de contacto<sup>86</sup>. Um dos pontos de contacto entre estes ramos de direito é, por exemplo, o que resulta do facto de num e noutra o ónus da prova dos factos constitutivos da infração caber ao titular do poder disciplinar, sendo ainda de considerar que em ambos o arguido assume uma posição de sujeito processual e não dum seu mero objeto<sup>87</sup>.

Relacionado com este, existe ainda um outro parentesco entre os dois ramos do direito e que se prende com a consideração do princípio da “*presunção de inocência*” que, no correlativo direito penal, assume o corolário de in dubio pro reo já para não falar no respeito comum pelo princípio do contraditório e pelo do direito de defesa .

Mas, na essência, os direitos sancionadores penal e disciplinar são distintos.

É até por isso que deixa de fazer sentido apelar ao princípio *ne bis in idem*<sup>90</sup> se as sanções coexistem na esfera da mesma pessoa. O mesmo indivíduo, enquanto cidadão, é punido criminalmente, e enquanto funcionário é sancionado disciplinarmente. Uma vez que os vários ramos do direito têm funções e objetivos próprios e distintos, nada impede que os mesmos factos possam desencadear, cumulativamente, sem violação do princípio referido, simultaneamente responsabilidade disciplinar e responsabilidade penal<sup>91</sup>.

E se assim o concluímos, da mesma maneira haverá que dizer que, sendo diversos os pressupostos e as finalidades de cada um destes ramos do direito, (no direito disciplinar visa-se preservar a capacidade funcional do serviço, ao passo que o ilícito criminal visa a defesa dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade<sup>92</sup>) nada obstará a que, apesar de se verificar a absolvição do arguido no processo criminal, este não venha a sofrer uma medida disciplinar no respetivo procedimento, desde que nele se prove a respetiva factualidade integradora do ilícito<sup>93</sup>. Isto é assim em virtude de a inexistência de responsabilidade criminal não acarretar necessariamente a inexistência de responsabilidade disciplinar<sup>94</sup>. Aliás, o próprio artigo 579º, nº1, do CPC estatui que “*A decisão penal transitada em julgado, que tenha absolvido o arguido com fundamento em não ter praticado os factos que lhe eram imputados, constitui, em quaisquer ações de natureza civil, simples presunção legal de inexistência desses factos, ilidível mediante prova em contrário*”.

<sup>85</sup> Estatuto dos trabalhadores da Administração Pública de Macau, com as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: Lei nº 1/92/M, Decreto-lei nº 80/92/M, Lei nº 11/92/M e Decreto-lei nº 62/98/M.

<sup>86</sup> Havendo mesmo quem encontre uma certa relação de afinidade punitiva entre o Direito penal e o disciplinar, como é o caso de Vítor Faveiro, em A Infração disciplinar, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, pág. 113.

<sup>87</sup> Ac. do TSI, de 25/10/2012, Proc. nº 23/2012; Ac. do TSA, de 1/03/2007, Proc. nº 01199/06; Ac. do STA, de 6/02/2007, Proc. nº 01037/05; Ac. do STA, de 28/04/2005, Proc. nº 0333/05; TCA/N de 10/05/2012, Proc. nº 01958/08 e de 31/01/2014, Proc. nº 00433/11

<sup>88</sup> V.g., Ac. do STA, de 28/01/2016, Proc. nº 0404/14

<sup>89</sup> Ac. TSI, de 14/06/2012, Proc. nº 580/2006

<sup>90</sup> V.g., Ac. do STA de 25/02/2010, Proc. nº 01035/08.

<sup>91</sup> V.g., Ac. STA, de 12/01/2005, Proc. nº 0930/04.

<sup>92</sup> Ac. do TSI, de 21/01/2016, Proc. nº 598/2014; Ac. do STA, de 21/09/2004, 047146.

<sup>93</sup> Neste sentido, v.g., Ac. do STA, de 8/07/2004, Proc. nº 0527/04.

<sup>94</sup> Ainda neste sentido, os Ac.s do STA de 11/02/2004, Proc. nº 042203; de 9/10/2003, Proc. nº 0856/03; de 11/12/2002, Proc. nº 038892, entre vários.



Curiosamente, ou talvez não, já a condenação definitiva proferida em processo penal constitui, em *relação a terceiros*, presunção ilidível no que se refere à existência dos factos que integram os pressupostos da punição, conforme o plasma o art.º 578º do CPC. Isto é, apenas tais terceiros podem ilidir tal presunção. Temos assim que, se o arguido condenado num processo-crime não pode voltar a discutir o caso julgado criminal em qualquer processo cível onde se aprecie a sua culpa, já essa limitação a não têm os terceiros, aos quais é reconhecido o poder de ilidir a presunção que emerge do art.º 578º citado, demonstrando que os factos se passaram de uma maneira diferente da apurada no processo-crime, ou seja, transformando a absoluta e total indiscutibilidade da decisão penal em mera presunção da existência do facto e respetiva autoria<sup>96</sup>. O que significa que, em tal hipótese, nunca o próprio arguido pode ilidir, no procedimento disciplinar ou no recurso contencioso interposto da decisão disciplinar punitiva, a referida presunção.

\*

8 - Por fim, a *responsabilidade financeira*.

É porventura aquela a que, talvez imerecidamente, menor importância se dá.

Ela vem especialmente prevista no artigo 22º da Lei nº 15/2009 (para os titulares de cargos de direção e chefia), e no art.º 3º nº1, do Regulamento Administrativo nº 24/2010 (para os titulares de altos cargos), bem como, genericamente, no art.º 79º do Regulamento Administrativo nº 6/2006<sup>97</sup>.

Só que neste caso, importará distinguir as situações.

A *autorização de despesas* está dependente da observância dos requisitos dos arts.º 16º e 17º do Regulamento Administrativo nº 6/2006, sendo certo que os *órgãos e dirigentes dos serviços e organismos* são responsáveis pelos encargos contraídos, quando previamente não tenham verificado o preenchimento dos requisitos exigidos nos termos do referido preceito (cfr. art.º 18º, nº2, do citado Regulamento).

**A questão** é esta:

O,<sup>A</sup> diretor geral, para o serviço público que dirige, adquire bens estragados, ou fora de prazo, ou sem qualquer préstimo ou utilidade, apenas com o intuito de receber do fornecedor O,<sup>B</sup> uma choruda comissão, secretamente negociada previamente. Isto é uma forma de corrupção, que, ao mesmo tempo que traz uma vantagem ilícita para o corrompido, acarreta prejuízos para o interesse público e para a Administração.

Creemos estar, neste exemplo, perante uma *utilização indevida de dinheiros públicos*, que prejudica o erário público por causa de uma aquisição que de todo não era necessária. O,<sup>A</sup> ficará incurso, eventualmente, na responsabilidade do pagamento de uma *multa* (art.º 79º, nº1, do Regulamento Administrativo nº 6/2006)<sup>98</sup>, na responsabilidade disciplinar (art.º 79º, nº6, cit. dip.), bem assim como na *responsabilidade financeira de restituição das importâncias* abrangidas pela infração (art.º 79º, nºs 2 e 3, do mesmo diploma)<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> V.g., Ac. do STJ, de 6/01/2000, Proc. nº 99B1065.

<sup>96</sup> Ac. do TSI, de 5/11/2015, Proc. nº 467/2015.

<sup>97</sup> Diploma alterado pelo Regulamento Administrativo nº 28/2009 e republicado pelo Despacho do Chefe do Executivo nº 426/2009.

<sup>98</sup> A multa implica a verificação de um ilícito denominado infração administrativa, pela prática de um crime ou contravenção, conforme os casos, quando lhe corresponda pena de prisão ou pena de multa convertível em prisão (art.º 2º, do DL nº DL nº 52/99/M: Regime geral das infrações administrativas e respetivo procedimento).

<sup>99</sup> Este artigo completo tem o seguinte teor:

Artigo 79.º

"Infracções e responsáveis

1. A violação das normas sobre elaboração e execução dos orçamentos, bem como da autorização ou pagamento de despesas públicas, quando não possa ser relevada em virtude das circunstâncias especiais em que ocorreu, determina o pagamento de uma multa até ao limite máximo de \$ 10 000,00 (dez mil patacas) a graduar segundo a gravidade da falta.
2. No caso de alcance ou desvio de dinheiros ou outros valores, ou de pagamentos indevidos, podem os responsáveis ser obrigados à restituição das importâncias abrangidas pela infração.
3. Nos casos referidos nos números anteriores, a responsabilidade recai sobre o agente ou agentes da infração.
4. A responsabilidade dos agentes referidos no número anterior é solidária.
5. A multa prevista no n.º 1 é aplicável mediante processo de infração administrativa, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de outubro.
6. A aplicação de multa não prejudica a responsabilidade disciplinar a que eventualmente haja lugar".

A efetivação desta responsabilidade, que na generalidade dos países está cometida a um órgão judicial (Tribunal de Contas ou Tribunal Administrativo), em Macau compete desde finais de 1999 à Direção dos Serviços de Finanças, exceto quando recaia sobre qualquer um dos seus trabalhadores (da DSF<sup>100</sup>), caso em que compete ao próprio Chefe do Executivo, nos termos do art.º 80º do diploma citado<sup>101</sup>, embora o processamento e a decisão das reposições compita à “entidade processadora”<sup>102</sup>, exceto quando, nos termos do diploma em apreço, essa decisão seja da competência do Secretário para a Economia e Finanças, caso em que a entidade processadora é unicamente responsável pelo processamento, face ao disposto no art.º 32º-A, nº1, do citado Regulamento.

\*

9 – É hora de terminar. Peço desculpa por não ter podido alargar o estudo sobre este tema, mas a missão também não era, senão, a de chamar a atenção para os candentes reflexos não puramente criminais decorrentes da prática do crime de corrupção no ordenamento jurídico da RAEM.

Muito obrigado pela vossa atenção.

<sup>100</sup> Ac. do TSI, de 9/05/2013, Proc. nº 18/2013. Outrora, a efectivação desta responsabilidade era feita pelo Tribunal de Contas.

<sup>101</sup> Com frequência, os factos que apontam para casos de *utilização indevida de dinheiros públicos* são detectados pelas auditorias que são realizadas pelo Comissariado de Auditoria, nos termos da Lei nº 11/1999.

<sup>102</sup> “...aquela em cujo orçamento, de funcionamento ou privativo, a quantia paga a mais é escriturada”: nº2, do art.º 32º-A do Regulamento Administrativo 6/2006.

**3º PAINEL**  
**ESTADO DE DIREITO,  
POLÍTICAS CRIMINAIS E  
INDEPENDÊNCIA JUDICIAL**

*viii. A política criminal e as políticas judiciais*

Sandra Silvestre, Juíza, Associação dos Magistrados Brasileiros (Brasil)

## 1. Desigualdades sociais reexaminadas

O marco mais sistêmico do contexto de igualdade pode ser considerado quando, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a vincular, enquanto preceito fundamental, nas legislações das nações que a assinaram, estabelecendo assim um vínculo universal de garantia e resguardo do direito de igualdade.

E é nesse contexto que Bobbio introduz a ideia da igualdade formal, destacando seu objetivo no sentido de proporcionar a todos os partícipes da sociedade a possibilidade de emergir a partir de um ponto comum retratado que a desigualdade pode ser vista como um instrumento mais apropriado na busca pela igualdade, considerando a forma desigual de tratamento aos desiguais, na medida de sua desigualdade material.

Verifica-se, assim, que a evolução do conceito de igualdade esteve sempre atrelado ao contexto de liberdade e acesso a direitos. Indissociado deste, a exclusão social afigura-se um fenômeno cujo enfrentamento não se mostrou eficaz até os dias atuais.

A base da formação de riquezas no mundo oriental está vinculada à acumulação que, por sua natureza, é baseada na exploração e por isso é estrutural na sociedade capitalista incluir e excluir, apresentando agravamentos que são cíclicos no decorrer na história.

Inicialmente, igualdade – e a *contrario sensu*, a lógica da desigualdade – estava diretamente atrelada ao acesso de bens e riqueza (ricos e pobres).

Assim, refletindo a evolução do conceito de igualdade, o contexto das desigualdades sofreu sensível modificação no decorrer do tempo, evoluindo historicamente, à medida que se ampliava o empoderamento das diversas classes sociais, passando a ter capacidade e expressão política e econômica.

Amartya Sen (Nobel de economia), no entanto vem, desde o início de sua produção acadêmica, desconstruindo essa ideia, ao realizar uma crítica sistemática aos fundamentos da economia do bem-estar social e das limitações teórico-práticas de suas consequências, tendo inclusive ajudado na elaboração de um novo cálculo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que hoje é a métrica das Nações Unidas e agências para avaliação do mundo moderno. Em “Development as Freedom”, Sen observa que capacidade é um tipo de liberdade e avalia como a capacidade é a medida, apresentando-a como a adequada para determinar aumentos ou diminuições de liberdade em variados contextos interdependentes de avaliação (pobreza, desníveis de renda, padrões de vida, justiça, desigualdade entre os sexos, desigualdade de oportunidades, etc.). Assim, segundo ele, o objetivo da economia é a promoção do “desenvolvimento humano”, como um processo de emancipação de necessidades que forcem o ser humano a “viver ou ser menos”.

Também no seu artigo “Equality of what?” (1980), Amartya Sen desenvolve uma abordagem metodológica que permite uma nova abordagem das desigualdades sociais na medida em que questiona a multiplicidade de variáveis em relação às quais a igualdade pode ser avaliada. Enfatizando a pergunta “igualdade em relação ao quê?” e relacionando-a com a diversidade humana, demonstra que as demandas por igualdades devem ser vistas como capacidade e liberdade o que, por sua vez, denota uma ideia de igualdade de oportunidades e, não só de recursos, como de acesso aos mesmos. Conclui, assim, que a ausência de acesso a recursos é limitante do desenvolvimento de habilidades o que se reflete, diretamente, na capacidade de liberdade do indivíduo de ter e fazer escolhas; conseqüentemente, a exclusão social é, antes de tudo, a forma primitiva de desigualdade porque retira do indivíduo na base a formação de capacidades e habilidades, o que o colocará em condição potencial de ausência liberdade de escolha.

Nesse contexto e com a nova métrica de indicadores de desenvolvimento humano, uma sociedade humanamente desenvolvida seria aquela que torna possível, através de políticas públicas próprias, o acesso de todos a igualdade de oportunidades.

Sob condições de pobreza, fome, desemprego e desamparo social, governos que tiranizam, não há como se falar em igualdade de oportunidade e, portanto, não há como se falar em igualdade de desenvolvimento do potencial humano, pois essas pessoas submetidas a condições desumanas, excluídas, não conseguem sequer conceber alternativas à sua miséria e menos ainda cogitar possibilidades de mudança ou desenvolvimento de habilidades que lhe permitiram a liberdade de escolha.

## **2. O controle da pobreza operado através do sistema prisional**

O controle da pobreza através do sistema prisional não é uma novidade. Teoricamente está vinculado ao chamado “neoconservadorismo penal” que tem sua origem nos Estados Unidos na década de 70 e se caracterizou por políticas de retração da rede de segurança social, graduais cortes orçamentários na assistência, na saúde pública, no ensino e na moradia, que foram compreendidos como parte da reação dos governos conservadores contra os movimentos progressistas americanos que ganharam forma na década anterior.

Na mesma linha, somou-se um incremento das funções penais e policiais do Estado americano com forte deslocamento de recursos públicos de áreas sociais para a área de “segurança pública”, com o propósito de garantir a implementação de políticas repressivas e punitivas que envolveram tanto o setor penitenciário, como o judiciário e o policial.

No aspecto teórico esse pensamento veio ser reforçado ainda por uma linha purista que separava a sociedade entre “bons” e “maus”, legitimando o poder punitivo do Estado para proteger a sociedade (dos “bons”) contra a prática de crimes (pelos “maus”). Esse pensamento teórico permitiu legitimar políticas repressivas nos Estados Unidos, com o recrudescimento das funções penais, repressivas e punitivas e um abandono do ideal “ressocializador” e, principalmente, acabou sendo exportado, sobretudo para a América Latina, como uma forma de gestão da miséria, sendo os trabalhadores precários ou desempregados sempre o principal alvo.

No atual contexto brasileiro, o que se identifica é um novo ciclo de releitura de pensamento teórico. Após anos da administração do Governo de esquerda, com inquestionável fortalecimento de movimentos sociais e estabelecimento de políticas públicas de acesso a minorias (quotas para negros, mulheres, população LGBT, etc.), é nítida uma releitura pelo Congresso Nacional, como reflexo de movimentos destacados como anseios da própria sociedade (não vamos aqui nos deter, sob quais motivações, quais forças ou manipulações de qualquer natureza) de necessidade de uma mudança sistêmica de ruptura com a estrutura anterior de políticas sociais que consideram “paternalistas” e, na via transversa, um reinvestimento na área de segurança pública, reforçando ainda mais o “superencarceramento” (o Brasil já é hoje o 3º país com maior número de população carcerária do mundo) em absoluta contramão de direção da História.

É preciso, no entanto, uma análise, ainda que superficial, da matéria que fundamentou as políticas estadunidenses à época e que, de igual forma, orientam o estado brasileiro nesse momento histórico.

Uma chave para a compreensão do porquê da crise, que busca uma ideologia legitimadora da migração das políticas sociais para as políticas de segurança, está no facto de que os sistemas punitivos estão relacionados diretamente às exigências próprias do mundo em cada contexto da realidade da época.

Se no momento histórico a sociedade exige vingança privada, o sistema punitivo reflete o anseio da sociedade, como à época da famosa lei de talião “olho por olho, dente por dente”. A evolução capitalista refletiu, assim, diretamente no conjunto da dinâmica social relacionando os sistemas punitivos concretos às exigências próprias do desenvolvimento do mercado de trabalho.

A função reeducativa do Estado – mesmo enquanto pura ideologia – refletiu inicialmente a necessidade de transformar massas de camponeses em operários, “moldando-os”, conforme a necessidade da época.

Posteriormente, com o aumento da mão de obra e sistemática oferta de trabalho, houve igualmente um aumento do número de desempregados que iriam requerer do Estado um investimento maciço em políticas sociais. Em não estando presa, toda esta população, potencialmente, estaria nas ruas, aumentando significativamente os índices de desemprego e ainda mais o nível de gastos do estado com políticas sociais. Por outro lado, o encarceramento, especialmente com o desenvolvimento de uma linha de privatizações no sistema prisional mostra-se uma boa possibilidade de desenvolvimento de negócios num mundo capitalista.

Assim, o momento histórico em que se revela no pensamento penal contemporâneo coincide, conforme Baratta, com o mesmo momento em que a estratégia conservadora deixa cair o mito da plena ocupação tão característico da fase capitalista anterior. Pela observação de Bauman (BAUMANM 1999, p. 120); “(...) o confinamento não é nem escola para o emprego, nem o método compulsório de aumentar as fileiras de força de trabalho produtiva quando falham os métodos ‘voluntários’ (...) para levar à orbita industrial aquelas categorias rebeldes e relutantes de ‘homens livres’. Nas atuais circunstâncias o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de [...] neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária e para a qual não há emprego (nota de rodapé 9) ao qual se integrar”.

Finalmente, um outro dado importante de se analisar é quais são elementos teóricos que reforçam essa linha de atuação, a chamada doutrina da “tolerância zero”, no controle da criminalidade, que se funda no tratamento do pretense criminoso como um “inimigo”, justificando um investimento massivo no orçamento policial e maior liberdade de prática de ações pela política e judiciário na prática de condutas para “eliminação” do inimigo do Estado, o que legitimaria o uso da violência.

Conforme Zaffaroni (ZAFFARONI, p. 18) o próprio conceito de inimigo introduz a dinâmica da guerra no Estado de direito: A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele é considerado sob o aspecto de ente daninho ou perigoso [...] estabelece-se a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a certos seres humanos que são privados de certos direitos individuais.

Neste passo, na lógica da guerra, suprimem-se os direitos constitucionais do indivíduo e o inimigo passa a ser simplesmente um alvo, que deve ser focado para fins de eliminação. E o risco real desta lógica é a profunda desumanização em que ela se funda.

No contexto atual não há como mascarar a existência de lógica outra que não as razões de segurança e proteção usadas como pano de fundo, existente por trás de todas as medidas que pretendem um enrijecimento das políticas de recrudescimento penais aplicáveis ao momento no Brasil, em especial porque um de dados junto ao DEPEN indicam um aumento significativo no número de presos nos últimos anos, além da coincidência de informações de serem a maior parte dos Estados atualmente em sistema de PPP (parcerias público-privadas) ou modelos de cogestão, envolvendo sempre investimentos privados na administração do sistema prisional, demonstrando assim, o envolvimento e interesse do capital privado na função essencial do estado de execução da pena.

### **3. A realidade do sistema prisional brasileiro**

Antes de se chegar a qualquer conclusão sobre erro ou acerto das novas medidas impõe-se, no entanto, uma avaliação sobre quem são os indivíduos que integram o sistema prisional brasileiro atual.

Para fazermos um recorte mais autêntico desse perfil, iremos partir de uma pesquisa atual feita pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa de São Paulo (IDDD) que monitorou as Audiências de Custódia realizadas na cidade de São Paulo 24 de fevereiro a dezembro de 2015 (nota de rodapé).



Quem são as pessoas presas em São Paulo e no Brasil?

No perfil socioeconômico, verificamos que 90% são homens e 10% mulheres (gênero). Anotação importante no perfil de gênero é que, do total de 588 pessoas ouvidas, somente 8 se declararam transexuais e neste caso, ao serem ouvidos, tendo expressamente declarado serem “transexuais” (outra categoria de gênero) 4 foram chamadas pelos juízes pelos seus nomes sociais, a pedido expresso da defensora e os outros 4 pelos nomes de registo. Da pesquisa consta ainda, como exemplo da ignorância sobre a matéria de gênero dos operadores do direito do Brasil, um caso em que a promotora durante a audiência perguntou à custodiada, uma mulher transexual, qual era seu “nome de guerra”, em vez de questioná-la sobre seu nome social.

Casos como esses revelam o desconhecimento por parte dos profissionais do direito de outras realidades. Os referidos casos servem de referência para apontar a importância do contato pessoal entre a pessoa presa em flagrante e o juiz, uma vez que permite a este compreender os desafios que se apresentam ao custodiado ao ser incluído no cárcere, em especial quando se trata de peculiaridades, como a hipótese de gênero, pois juízes, promotores e defensores, que teoricamente deveriam ser mais bem informados sobre a matéria demonstram total ignorância de como garantir a integridade física e moral da pessoa transexual, ao não conceder a liberdade e determinar que esta seja encaminhada à unidade prisional onde aguardará seu julgamento, sem que sejam tomadas as cautelas mínimas em relação a sua condição peculiar.

No que tange a cor, a pesquisa indica que negros e pardos somam 61% (349 pessoas). Esse dado é equivalente ao da realidade carcerária no Brasil e indica que esta está acima da média nacional pois, segundo gráficos constantes da pesquisa, a partir de informações do Infopen, é de 61,67% o número de negros no sistema prisional do Brasil (equivalente ao das audiências de custódia) e é maior que o índice de negros na população brasileira que é de 53,63%.

O perfil por idade indica que a grande maioria dos presos do sistema prisional brasileiro é jovem. Nas audiências de custódia, 42% tinham menos do que 24 anos de idade, 62% tem menos de 30 anos de idade e somente 19% tem acima de 35 anos de idade.

Esses dados tornam-se ainda mais alarmantes quando comparados com o sistema penitenciário nacional e a população brasileira: no sistema nacional, 30,12% é o índice de presos menores de 24 anos, e 11,16% o índice de jovens nessa idade. No total 55,08% do sistema nacional tem menos de 30 anos, comparados aos 62% que foram presos em flagrante durante a pesquisa, enquanto a população brasileira nessa faixa etária não contempla 18,9% do total.

Isso indica uma redução na faixa etária dos brasileiros, na expectativa de vida e, ainda, o mais grave, um crescimento significativo no índice de presos entre os mais jovens.

Reforça a gravidade desse contexto o fato apurado na pesquisa de que 54,9% dos presos que possuíam antecedentes criminais estarem na faixa etária entre 18 e 29 anos, considerados como jovens adultos, indicando que a trajetória do crime está começando cada dia mais cedo no Brasil.

Os dados sobre a escolaridade também refletem uma nova realidade brasileira, mostrando que não já não se trata de uma população de desinstruídos. Embora deva ser analisado com reserva, uma vez que o contexto de São Paulo em nada se assemelha ao restante do país. A pesquisa trouxe, no entanto, dados que mostram que 76% tem até ensino fundamental, completo dentro da média nacional, - que é de 75,8% e 24% até nível superior, comparando com a média nacional que é de 24,92% - e nenhum entrevistado sem escolaridade, descaracterizando a máxima de que o Brasil é um país de iletrados, e demonstrando o resultado de investimentos na área da educação da classe política dos últimos anos.

Esses dados, no entanto, trazem um outro indicador alarmante e contraditório com a retórica habitual. Que política pública na área de educação dissociada de outras, ou sem a devida qualidade, permanece como elemento de exclusão social e não é, por si só, elemento preponderante de igualdade de capacidades na linha do pensamento de Amartya Sen.

No item residência, importantes questões foram apontadas através dos dados da pesquisa de São Paulo: a possibilidade de identificar as condições em que vivem as pessoas presas em flagrante parece ter bastante relevância para os juízes. A identificação desses casos, segundo os entrevistados, foi um dos grandes ganhos das audiências de custódia, porque antigamente não havia como saber a situação pessoal e financeira da pessoa apenas pela análise de documentos. No entanto, que a ausência de endereço fixo é fator que parece pesar desfavoravelmente ao suspeito. Dos 49 moradores de rua identificados, 30 deles tiveram a prisão convertida em preventiva, 13 receberam liberdade provisória com medida cautelar diversa da fiança e 6 tiveram o flagrante relaxado.

Outro fator que constou da pesquisa foi a renda e, embora não seja habitualmente perguntado nas audiências, verificou-se que a esmagadora maioria dos presos tem baixa renda, sendo que 33% daqueles que se verificou vivem com até um salário mínimo declarado e

#### **4. Desigualdades reexaminadas no judiciário brasileiro**

##### **4.1 Perfil do juiz do juiz brasileiro**

A partir da releitura utilitarista da teoria de Amartya Sen, que parte da lógica da capacidade como a métrica adequada para determinar aumentos ou diminuições de liberdade, pretendemos uma avaliação dos dados existentes sobre o perfil dos juízes brasileiros e assim buscar elementos de convergência em variados contextos interdependentes (pobreza/riqueza, desníveis de renda, padrões de vida, desigualdade entre os sexos, desigualdade de oportunidades, etc.) visando uma análise entre a sociedade brasileira como um todo e a partir dos recortes das duas pesquisas apresentadas, fazer a convergência entre os indivíduos que integram a magistratura e os que lotam os cárcere, buscando uma conclusão sobre igualdades e desigualdades reexaminadas à luz dos elementos apresentados por Sen.

Enquanto premissa básica, pretende-se uma resposta à pergunta formulada por Sen de “que aspecto da condição de uma pessoa deve contar como fundamental na avaliação da extensão da desigualdade?”, respondendo, apresentando, simultaneamente, a defesa do seu ponto de vista, segundo o qual para fim de igualdades formais, as capacidades é que devem ser igualadas.

A compreensão de que o conceito de capacidade expressa uma ideia de igualdade de oportunidades, valorizando a liberdade substantiva das pessoas para levarem a vida da forma que quiserem e de lutarem pelo alcance dos seus objetivos, depende, necessariamente, não apenas da disponibilidade de recursos, mas também do acesso das pessoas a esses recursos, o que depende também das habilidades e talentos para os usarem. A ausência de habilidades e talentos é limitante e limitativa da liberdade de ter e fazer escolhas, uma vez que a escolha genuína pressupõe capacidades para fazer ou para não fazer, para escolher e lutar pelos objetivos.

Uma vez que Amartya Sen endereça uma crítica direta à noção de racionalidade seguida pela economia, a qual pressupõe a busca pela maximização do autointeresse e as escolhas que tal busca implica, sem se preocupar com o conteúdo dessas escolhas; ou seja, para o autor, existe na economia uma simplificação das motivações das pessoas. Ele defende o reconhecimento de outras motivações e outras definições de racionalidade, permitindo incorporar na formulação das políticas públicas a pluralidade de valores presentes na sociedade, relacionando ética e racionalidade, e a incorporação de motivações morais na economia, por exemplo.

Para ele, as preferências das pessoas resultam do nível de informação e da condição de desenvolvimento de habilidades e talentos que elas tenham alcançado, conduzindo a extremos de ostentação de preferências caras das elites ou de resignação e conformismo de preferências baratas das camadas oprimidas e discriminadas socialmente.

O *déficit* de liberdade efetiva por parte dos desfavorecidos (os expostos à destituição continuada ou os portadores de incapacidades físicas ou mentais) revela-se nas taxas de conversão de bens primários em liberdades efetivas, desfavoráveis e diferenciadas destes grupos, traduzindo-se numa desigualdade de distribuição de bens primários, apesar da demanda por equidade.

Desigualdades económicas, sociais, de raça e género são marcas indeléveis da realidade atual no Brasil e que refletem, diretamente, como a pesquisa das audiências de custódia evidencia, que o tipo de indivíduos que lotam os cárceres brasileiros é constituído, predominantemente, por excluídos.

Transportando a temática para o Judiciário, de igual sorte, as assertivas de Amartya Sen mostram-se ainda mais atuais, embora numa linha diametralmente oposta. Um Censo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no final do ano de 2013 apresentou números preliminares indicando que o perfil dos magistrados brasileiros é composto predominantemente homens brancos, heterossexuais.

Isso porque, segundo dados da pesquisa, 64% dos magistrados são do sexo masculino (eles chegam a representar 82% dos ministros dos tribunais superiores). O levantamento também aponta que a maioria (80%) é casado ou está em união estável, tem filhos (76%) e os juízes têm idade média de 45 anos.

Reafirmando esses dados, a pesquisa interna realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 2015, indica o mesmo padrão do perfil dos juízes, sendo que 72% são homens, dos quais 84% brancos.

Anota-se que nessa pesquisa 27,9% dos entrevistados declararam-se mulheres e 1,3% da cor negra e os pardos foram 12,4%, totalizando, ainda assim, 13,7%.

No caso concreto não vamos deter-nos a analisar o conteúdo subentendido (e mais fortemente debatido por Amartya Sen) da pobreza e classes sociais que não tiveram sequer acesso ao concurso de ingresso à carreira da magistratura por total ausência de capacidade (como estar bem alimentado, ter esperança de vida, acesso à educação ainda que não de qualidade).

Nem tão pouco iremos deter-nos, neste momento, na avaliação da total inexistência de políticas públicas no Brasil que sejam aptas a ensejar que as classes menos favorecidas pudessem, minimamente, ter uma expectativa de capacidade de anseio de chegar a ter acesso a esta capacidade.

Outras pesquisas aqui não analisadas, indicam que o judiciário brasileiro é composto predominantemente por indivíduos recrutados entre as elites, o que reforça claramente os elementos trazidos por Amartya Sen, no sentido de que, aqueles a quem é negado acesso a direitos essenciais, ficam totalmente cerceados nas suas capacidades.

Fixaremos, assim, a análise das pesquisas supra indicada cujos resultados escancaram outros elementos de desigualdades no acesso à carreira da magistratura para duas classes marcadas historicamente – negros e mulheres.

No aspeto de género o Censo de 2013 do IBGE indicou que as mulheres são a maioria da população brasileira, vivem mais, têm tido menos filhos e mais espaço no mercado de trabalho.

As mulheres representam 51,4% da população brasileira. Consequentemente, os resultados da pesquisa do Judiciário não denotam equivalência à evolução histórica do contexto brasileiro. Isso porque a referida pesquisa da AMB mostra que além do índice de mulheres ser bem menor que o de homens, elas ainda demoram mais tempo para chegar à cúpula do poder.

A primeira mulher a chegar ao mais alto nível da Justiça foi a ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Eliana Calmon, nomeada no ano 2010 como Corregedora Nacional de Justiça. Essa foi apenas uma de diversas barreiras que a ministra, que foi também a primeira desembargadora do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, enfrentou para se impor em uma magistratura que sempre havia sido um terreno masculino.

Na atual administração temos, pela primeira vez na história do Brasil, os dois principais Tribunais Superiores presididos por mulheres: uma mulher à frente do STF (Ministra Carmen Lúcia) e uma mulher à frente do STJ (Ministra Laurita Vaz), vale dizer que o STJ existe há 28 anos e pela primeira vez a presidência é ocupada por uma mulher. O STF tem 125 anos, tendo sido administrado por uma mulher pela primeira vez em dezembro de 2000, ou seja, há 16 anos atrás.

Uma pesquisa da mesma Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), divulgada em 2005, revela dados de uma mudança tênue nesse quadro. De acordo com a pesquisa, houve, nas últimas décadas, um movimento em direção à ampliação da participação feminina na magistratura.

Do total de juízes que ingressaram na instituição até o final da década de 1960, apenas 2,3% eram do sexo feminino. Ao terminar a década de 1970, o ingresso feminino representava 8%. E, no final dos anos 1980, esta participação foi ampliada para 14%.

A pesquisa demonstrou também que embora ampliado o acesso, a mulher ainda tem restrições para a mobilidade nas promoções internas, sendo certo que a participação masculina é mais acentuada no segundo grau (87,4%) e nos tribunais superiores (94,4%) do que no primeiro grau (75,2%), indicando que as promoções não são acessíveis à mulher, persistindo, ainda, elevado grau de discriminação e desigualdade.

No Estado da Rondônia, de igual sorte, embora crescente, vez que subiu de 26,7% (2005) para 30,41% (2016) muitas são as condições de discriminação e desigualdade no tratamento das mulheres juízes no Tribunal de Justiça de Rondônia, segundo pesquisa desenvolvida neste ano.

E nos tribunais superiores, a presença das mulheres ainda é menor do que a dos homens. No STF de 11 Ministros, são duas mulheres (18%). No STJ do total de 33 ministros, 5 são mulheres (15%).

Outro aspecto em que o quadro de juízes brasileiros não reflete a representatividade da sociedade brasileira diz respeito à cor da pele. Segundo o IBGE, os negros (pretos e pardos) eram a maioria da população brasileira em 2014, representando 53,6% da população.

Já no quadro da população brasileira, temos um contexto em que os brasileiros que se declaravam brancos eram 45,5%, ou seja, 53,6% da população brasileira é declaradamente composta de negros ou pardos.

Na magistratura brasileira, no entanto, conforme se viu da pesquisa mais recente acima descrita, somente 1,3% dos juízes se declaram da cor negra e os que se declaram pardos foram 12,4%, totalizando, ainda assim, 13,7% de afrodescendentes.

Numa análise ainda que superficial do primeiro aspecto, que é a identidade de gênero e raça, já temos elementos significativos que indicam que os juízes brasileiros não refletem a sociedade brasileira. Ao contrário, dela se distanciam de forma muito significativa. Se transportarmos para esta análise os dados levantados pela pesquisa do IDDD sobre as audiências de custódia em São Paulo antes apresentada, verificamos que, de igual sorte, que a população que está ascendendo às prisões brasileiras também não reflete hegemonicamente a população brasileira. Ao contrário, posiciona-se no outro extremo da mesma linha, uma vez que (com exceção da coincidência de gênero já que a maioria dos presos também não é composta por mulheres), verificamos que, enquanto os juízes brasileiros são em sua maioria brancos, heterossexuais e com média de 45 anos, os jovens negros estão indo para as prisões brasileiras.

Outro índice importante de análise são os indicadores socioeconômicos. A população brasileira é predominantemente miscigenada. No entanto, segundo dados do IBGE publicados em 2015, a população que se identifica como preta ou parda cresceu entre a parcela 1% dentre a mais rica da população brasileira. Mesmo assim, na Síntese de Indicadores Sociais, eles representavam apenas 17,4% do total da parcela mais rica do país. Mais de 79% são de pessoas brancas.

Em 2004, havia 12,4% de negros e 85,7% de brancos nesse grupo, que é formado por pessoas que moram em domicílios cuja renda média é de R\$ 11,6 mil por habitante, sendo que nesta parcela mais rica do país 14,4% é negro e 79% é branco (2015) e 12,4% negros e 85,7% brancos (2004) mostrando um decréscimo significativo do número de negros ricos, enquanto a parcela mais pobre do país com renda de R\$130 por pessoa da família tinha 73,2% negros e 26,8% brancos (2004) e 76% e 24% eram brancos (2014), mostrando um significativo aumento de famílias negras nessa parcela de população pobre.

Por outro lado, a população que forma o grupo 10% mais pobre, com renda média de R\$130,00 por pessoa na família, continua majoritariamente negra. A percentagem aumentou nos últimos 10 anos.

Em 2004, 73,2% dos mais pobres eram negros, patamar que aumentou para 76% em 2014. Esse número indica que três em cada quatro pessoas é negra entre os 10% mais pobres do país.

Segundo o IBGE, os negros (pretos e pardos) eram a maioria da população brasileira em 2014, representando 53,6% da população, enquanto as que se declaravam brancas eram 45,5%. Em 2004, o cenário era diferente, pouco mais da metade se declarava branca (51,2%), enquanto a proporção de pretos ou pardos era 48,2.

Essa composição étnico-racial da carreira, juízes, desembargadores e ministros declararam já havia sido avaliada em pesquisa do CNJ em 2012 com resultados semelhantes, sendo certo que 84,5% dos juízes haviam se declarado brancos e apenas 14% se consideraram pardos, 1,4%, pretos e 0,1%, indígenas.

#### **4.2 O perfil do juiz e sua conexão com o superencarceramento no Brasil**

Os indicadores socioeconômicos supramencionados são um indefetível reforço à teoria de Amartya Sen, e demonstram que os índices sociais, como classe, cor e renda se tornam premissas básicas que podem definir a sorte ou oportunidade para que um brasileiro possa ter definido o acesso à universidade (e daí portas abertas à magistratura e outras carreiras) ou, em vez disso, a exclusão social e até o cárcere.

Finalmente, uma última análise impõe a avaliação, ainda que superficial, se o perfil do juiz brasileiro identificado através das pesquisas supracitadas tem alguma convergência com o contexto do “superencarceramento” brasileiro.

Com esse perfil de elite brasileira, com facilidade de acesso, via de regra, a oportunidades e, conseqüentemente, maior possibilidade de desenvolver seus talentos e habilidades, questiona-se a capacidade de empatia que teria o juiz brasileiro de se identificar com a maioria da sociedade brasileira da qual foi, como regra, alijado no seu processo de formação como agente político.

Sem ter vivido num contexto de miséria humana, de injustiças sociais e de minorias, o juiz brasileiro não representa a sociedade onde vive.

Da mesma forma, como regra, a magistratura brasileira, especialmente os juízes das novas gerações, não frequentaram escolas públicas em sua formação de base (eventualmente nas Universidades, ainda consideradas acessíveis às elites em sua maioria), são cada dia menos, estudantes trabalhadores, porque o nível de exigência e excelência que se busca nos concursos para ingresso na Magistratura exige que o indivíduo, para ser aprovado, se dedique exclusivamente aos estudos por um significativo período de tempo e isso somente a elite pode fazer.

Neste contexto, tem-se questionado quais seriam as bases ideológicas da magistratura brasileira e o quanto está vinculada às mesmas bases conservadoras e capitalistas que, como já foi dito anteriormente, trouxeram o embasamento teórico que suportou o fundamentalismo americano de endurecimento das medidas penais que levaram ao “superencarceramento” naquele país desde a década de 70 e foi exportado com sucesso para a América Latina.



Isso porque, originariamente, por parte do Estado, parecem ser as mesmas bases ideológicas e teóricas que, em tese, sustentam a atual conjuntura política econômica e social que permeia o Brasil ao cerceamento de políticas sociais e endurecimento de resposta estatal, e é importante questionar o “superencarceramento”, que hoje é uma drástica realidade de difícil enfrentamento no Brasil.

No entanto, apesar da resistência inicial pela Magistratura ao instituto da Audiência de Custódia, com fundamento não na ideologia e sim na absoluta ausência de condições estruturais para o desenvolvimento das atividades, as pesquisas indicam que, no primeiro ano de audiências, o índice de uma certa proporcionalidade entre o número de prisões e solturas durante as audiências, ou seja, do total de 19472 audiências realizadas em São Paulo, segundo dados do IDDD, no período entre fevereiro de 2015 e março de 2016, houve um total de 53% de decretações de prisão preventiva e 47% das pessoas foram postas em liberdade, seja pela concessão de liberdade provisória, seja pelo relaxamento de flagrantes.

E mais, avaliou ainda o referido instituto, que se observou um gradual aumento no número de decisões de relaxamento do flagrante, que passou de 2,4% no primeiro mês do projeto para 4,8% nos seis primeiros meses e 6,3% no primeiro ano do projeto, indicando, uma tendência a uma redução no número de prisões cautelares após a implementação do instituto e consequente sensibilização da Magistratura brasileira com relação a necessidade de se ter a prisão cautelar como medida de facto excepcional.

Essas circunstâncias, indicam que, se por um lado a estrutura do perfil da magistratura brasileira, conforme dados analisados da pesquisa indicam reflexo direto da própria estrutura das desigualdades reexaminadas à luz da teoria de Amartya Sen, por outro lado, não existem elementos concretos a indicar nem as bases ideológicas da magistratura, nem tão pouco que, eventual origem na elite social, afaste o conteúdo de sensibilização e empatia do juiz brasileiro em relação a sociedade em que vive.

Neste contexto, torna-se necessário um estudo mais profundo para buscar os fundamentos e causas reais do “superencarceramento” no Brasil e procurar mais dados que possam orientar em que medida o perfil da Magistratura brasileira poderia contribuir para este cenário.

Finalmente, importante anotar que em matéria de desigualdades o cenário no Brasil é um quadro em evolução. Isso porque, o país vem, em reflexo do empoderamento dos movimentos sociais, trabalhando com a política pública de inclusão social de categorias historicamente desrespeitadas como mulheres, portadores de necessidades especiais, negros, LGBT, entre outros.

Especialmente com a população negra, esse resgate vem, desde agosto de 2012, sendo mais efetivo, tendo-se iniciado, com a criação de quotas nas Universidades Públicas brasileiras com a pretensão de combater a discriminação racial e conceder oportunidades que sempre foram negadas às pessoas negras, através da reserva legal de quotas de vagas na educação superior pública como meio de corrigir as desigualdades históricas de acesso destas estas categorias no ensino superior.

Cita-se, como exemplo, um conjunto de leis através das quais, segundo a própria introdução, se pretende uma reparação histórica das desigualdades da população negra. A primeira delas é a Lei 12.228 de 2010, conhecida por Lei de igualdade racial, iniciando, assim, o longo caminho na meta da política pública de combate a discriminação e de inclusão dos negros. Na mesma linha, a Lei 12.711 de agosto de 2012, onde foram reservadas 50% das vagas das universidades públicas e de ensino técnico aos pretos, pardos e indígenas e, posteriormente, com a Lei 12.990/2014 que passou a reservar aos negros 20% das vagas oferecidas nos cargos de concursos públicos para provimento dos cargos efetivos e de empregos públicos.

A novidade veio com as decisões do CNJ e STF que, com base na evidência da pesquisa demonstrada, e entendendo que o mero fixar de quotas de acesso ao ensino superior, não elimina a desigualdade e não assegura o acesso das categorias historicamente cerceadas em suas capacidades, baixaram a Resolução 203 CNJ, determinando que todos os tribunais passem a reservar, todas as vagas de todos os concursos públicos do Judiciário, inclusive no de ingresso na carreira da magistratura, uma percentagem mínima de 20% para os negros, sendo que cada tribunal poderá elevar o número mínimo e criar outras políticas afirmativas, passando a ser a magistratura a primeira carreira a estabelecer este tipo de política que visa a pacificação social.



É um facto que a Resolução foi aprovada pelo CNJ em maio de 2015 e ainda não implementada pela maior parte dos tribunais e também que, em pesquisa interna nas entidades associativas, foi objeto de forte repúdio pela maioria de seus integrantes que entendem que o acesso a categoria deve dar-se somente por critério de meritocracia, demonstrando uma vez mais um distanciamento da realidade social, na medida em que, os próprios negros da categoria, entendem que a fixação de quotas, não legitimam os anseios da diversidade.

Vale a pena dizer, ainda, que o único juiz negro no Supremo Tribunal Brasileiro foi o Ministro Joaquim Barbosa (2003/2014) e que esta não é uma peculiaridade do Judiciário brasileiro. Thurgood Marshall foi o primeiro da Suprema Corte americana nos Estados Unidos (outubro de 1967/outubro de 1991). De igual sorte, na atualidade, existe uma grande demanda por maior representatividade na Suprema Corte do Reino Unido, uma vez que existe uma única mulher e nenhuma outra categoria, sendo todos os demais componentes, homens brancos e heterossexuais. Na Inglaterra o primeiro juiz gay assumido chegou a cúpula do Judiciário, com ampla divulgação na imprensa local, exatamente porque atende aos anseios da população por maior expressividade dos diversos seguimentos das categorias que integram a sociedade local.

A despeito de claramente não refletir a imagem da sociedade, o Judiciário brasileiro e, de certa forma, o mundo, indica uma necessária mudança de rumos nos últimos tempos. Interessante, portanto, analisar, qual o pano de fundo em que estas mudanças se baseiam. Um Judiciário que não tem a “cara” da sociedade, está mudando o curso da história e mudando a sua “cara”, porquê? Responde aos anseios da sociedade? Decorre de imposição legal?

De certa forma todas essas questões estão indissociavelmente ligadas. Isso porque a Constituição Federal de 1988 reflete historicamente um momento brasileiro de maior respaldo popular, sendo certo que a previsão dos princípios de igualdade e legalidade ali inseridos não o foram de forma esvaziada e sim, após movimentos populares e de empoderamento de novas classes sociais.

Nesse contexto, a previsão expressa na Constituição de normas que visam meios para inclusão de classes historicamente desiguais como negros e mulheres refletem os anseios da própria sociedade convulsionada no momento da promulgação da Constituição, bem como a força política ampliada dessas classes que ascenderam, de certa forma, ao poder.

Outro aspeto relevante a ser observado é que, tratando-se de uma sociedade capitalista, o contexto mercadológico é imperativo. Com a ampliação do número de mulheres no mercado de trabalho, a ampliação da qualificação profissional e, conseqüentemente, maior ascensão no espaço político, financeiro e social, as pressões legais e sociais por implementação dos dispositivos constitucionais afiguram-se um processo natural.

De igual sorte, os últimos séculos foram marcados pelo crescimento e empoderamento dos movimentos negros no Brasil e no mundo, refletindo, na mesma via, a ampliação da força motivacional que levaram a implementação no Brasil da Lei de igualdade racial, seguida das políticas

## 5. Referencial teórico

ENGELMAN, Fabiano, Elites judiciais e independência do poder Judiciário na América Latina: uma proposta de análise. Disponível em: [http://www.academia.edu/13510587/Elites\\_judiciais\\_e\\_independ%C3%Aancia\\_do\\_poder\\_Judici%C3%A1rio\\_na\\_Am%C3%A9rica\\_Latina\\_uma\\_proposta\\_de\\_an%C3%A1lise](http://www.academia.edu/13510587/Elites_judiciais_e_independ%C3%Aancia_do_poder_Judici%C3%A1rio_na_Am%C3%A9rica_Latina_uma_proposta_de_an%C3%A1lise). Acesso em 29/ de maio de 2016

KILDUDD, Fernanda, O controle da pobreza operado através do sistema penal, disponível em file:///C:/Users/sandra/Documents/palestra%20em%20timor/o%20controle%20da%20pobreza%20operado%20atraves%20do%20sistema%20penal.pdf

SEN, Amartya (1980). “Equality of What?”. In The Tanner Lecture on Human Values, I, 197-220. Cambridge: Cambridge University Press, Development as Freedom. New York: Knopf, 1999.

TAYRA, Flávio. Ribeiro Helena. Além das Questões Técnicas e Econômicas: Uma Revisão de Valores Para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: file:///C:/Users/205763/Downloads/8427-20572-1-SM.pdf. último acesso 29 de maio de 2016.

WACQUANT, L. Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial, 1999.

A ascensão do Estado penal nos EUA. Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, n. 11, p. 15-22, jan./jun. 2002.

Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, R. E. O inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007  
file:///C:/Users/sandra/Documents/palestra%20orio/Relatorio-AC-SP.pdf

BRASIL. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm) . Acesso em 29 de maio de 2016

<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> . Acesso em 27 de maio de 2016

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/negros-aumentam-participacao-entre-os-1-mais-ricos-no-brasil>. Acesso em 29 de maio de 2016

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm). Acesso em 29 de maio de 2016.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm). Acesso em 29 de maio de 2016.

<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2203>. Acesso em 29 de maio de 2016.

<https://www.tjro.jus.br/images/CCOM/Vozes%20em%20contralto.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2016.

<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em 29 de maio de 2016

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61806-pesquisa-do-cnj-aponta-perfil-dos-magistrados-brasileiros> último acesso em 29/05/2016. Acesso em 28 de maio

<http://www.amb.com.br/novo/wp-content/uploads/2015/12/Pesquisa-PDF.pdf> último acesso em 29/05/2016. Acesso em 29 de maio de 2016.

# 3º PAINEL

## ESTADO DE DIREITO, POLÍTICAS CRIMINAIS E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

### *ix. A tutela criminal e as garantias procedimentais. O juiz e o tribunal no processo penal.*

Elisa Samuel, Juíza de Direito no Tribunal Judicial do Distrito da Machava, atuando na 2ª Secção Jurisdição Cível, Família e Menores; Mestre em Direitos Humanos; Membro do Conselho Superior da Magistratura Judicial e da respetiva, Comissão Permanente; Secretária-Executiva da Associação Moçambicana de Juízes (Brasil)

**Resumo:** O presente ensaio é uma breve análise da tutela criminal e das garantias procedimentais, do sistema processual penal vigente em Moçambique. Especificamente analisa-se a atuação do juiz dentro do processo penal, em especial, o dever de garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais dos acusados mediante a observância das garantias procedimentais constitucionais. E porque só um juiz independente e imparcial está em condições de oferecer uma tutela criminal que garanta ao acusado as respetivas garantias procedimentais o trabalho irá, também, analisar a relação entre os sistemas processuais penais e a Constituição de modo a percebermos o papel do juiz em cada um dos sistemas em estudo. No final, concluímos que o juiz deve garantir ao acusado todos os direitos processuais constitucionalmente consagrados, em especial, o direito de ampla defesa, o exercício do contraditório, presunção da inocência e do devido processo mantendo-se imparcial pois só assim poderá desempenhar o papel de garante do processo penal. Para efeito, enfatizamos que, a sua atuação deve estar em consonância com as leis e estas, por sua vez, devem estar correlacionadas com o sistema processual penal consagrado na Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela Criminal. Garantias Procedimentais. Tribunal. Juiz. Processo Penal.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Tutela Criminal e as Garantias Procedimentais 2.1 Sistemas processuais penais. 2.2 O Juiz e o sistema inquisitório. 2.3 O Juiz e o sistema acusatório. 2.4 O Juiz e o sistema misto. 3. As garantias procedimentais. 3.1 Na Constituição 3.1.1 Garantias procedimentais relacionadas com a jurisdição. 3.1.2 Garantias procedimentais relacionadas com as partes. 3.1.3 Garantias procedimentais relacionadas com a prova. 3.2 No Código de Processo Penal. 3.2.1 Garantias procedimentais relacionadas com o processo. 4. O Juiz e o Tribunal no Processo Penal. 6. Considerações finais 7. Referências.

## 1. Introdução

Num Estado de direito democrático a preservação das garantias fundamentais do acusado no processo penal deve se revelar como uma grande preocupação, e interesse, principalmente para os prestadores dos serviços jurisdicionais *máxime*, do juiz. A atuação do juiz dentro do processo penal, em especial, o dever de garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais do acusado deve pautar-se pela observância das garantias procedimentais constantes da Constituição. Esta aceção nos tempos que correm reveste-se de extrema importância pois que em tempos anteriores, ao estabelecimento do Estado de direito democrático, a tutela criminal estava mais voltada à proteção de direitos da coletividade ou da sociedade. Nesta altura o acusado era visto como mero objeto de estudo do processo penal e não parte dele; o acusado não tinha direito de se defender pois vigorava o princípio *in dubio pro societate* cuja finalidade seria, sempre, a de proferir uma sentença em favor da sociedade.<sup>103</sup> Portanto, nesta época as garantias ao indivíduo não eram sequer cogitadas pelo juiz, estávamos num período da história onde, a relação entre o legislativo e o judiciário estavam integralmente ligados ao Estado e ao regime do governo, de tal sorte que os juízes eram nomeados pelo executivo. Os métodos aplicados para a investigação da verdade no processo penal eram implacáveis, graves e penosos e compunham o processo penal de então. Com efeito, foi com o advento do Estado social e suas novas funções que começaram a surgir, inseridos nas constituições social democráticas, os direitos e garantias individuais do acusado perante o Estado.<sup>104</sup>

<sup>103</sup> Baldissera, Rafaela dos Reis. "O Juiz como garantidor do processo penal" in Revista online Conteúdo Jurídico publicada em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-juiz-como-garantidor-do-processo-penal,49131.html> consultado no dia 23.07.2016.

<sup>104</sup> Pozzebon, Fabrício Dreyer de Avila. "A efectividade dos direitos fundamentais no processo penal", Revista Direito e Justiça, Vol. 37, n.º 1, p.5-11, janeiro/junho. 2011 Publicado em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/9550/6593> consultado no dia 23.07.2016.

Aqui, começa a haver, para o acusado, a liberdade de defesa e o exercício do contraditório e nota-se uma preocupação do juiz com a efetivação dos direitos individuais e da coletividade elevando-se, deste modo, a Constituição como a maior das Leis que vão reger o processo. Não obstante, atualmente, deparamo-nos, frequentemente, com violações às regras e princípios garantidos na Constituição, que visam proteger o acusado dos excessos do poder judiciário e punitivo, que levam a outras violações de direitos e garantias do acusado no processo penal. Basta, no caso moçambicano, olharmos para os números que fazem as estatísticas dos nossos centros prisionais. A este propósito, e segundo dados disponíveis no Serviço Nacional Penitenciário (SERNAP), até Junho de 2016 havia, nos estabelecimentos penitenciários moçambicanos, 17 Mil presos, dos quais 11.728, portanto 77% do total da população prisional, eram condenados e 7 Mil em prisão preventiva a aguardar julgamento.<sup>105</sup> No presente ensaio pretendemos demonstrar que o processo penal deve ser visto, especialmente pelo juiz, como fonte de manutenção das garantias do acusado, garantias estas que, por sua vez, têm a sua fonte natural na Constituição, de tal sorte que em todas as fases processuais sejam as mesmas levadas em conta e, com isso, se evitar os ditos excessos do poder punitivo do Estado.

## 2. A tutela criminal e as garantias procedimentais

A tutela criminal, bem como, as garantias processuais, num Estado de direito democrático, devem pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição, de cunho nitidamente garantística pois nenhuma regra processual pode estar em desacordo com a Constituição que é a Lei Fundamental.<sup>106</sup> Aliás, é sabido que o ordenamento processual penal é o verdadeiro “direito constitucional aplicado”. É por força desta máxima que o Conselho Constitucional moçambicano declarou, recentemente, a inconstitucionalidade de algumas normas processuais penais no Código de Processo Penal de 1929, diploma ainda em vigor no ordenamento jurídico-penal moçambicano. Trata-se dos Acórdãos do CC n.º 08/CC/2007 de 27 de dezembro e Acórdão n.º 04 /CC/2013 de 17 de setembro.<sup>107</sup> Daqui se conclui que as soluções normativas acolhidas no código de processo penal devem visar, primordialmente, consolidar e regulamentar o que em matéria de garantias de processo penal e demais direitos pessoais a Constituição salvaguarda. Ou seja, as normas processuais penais, no que se refere as garantias do acusado no processo, devem estar em consonância com os princípios e normas constitucionais, sob pena de, não estando, violarem a Lei Fundamental. Dai que a adoção das respetivas normas procedimentais deverá limitar-se as atividades inovadoras do legislador de forma a garantir que a extensão e o alcance do conteúdo essencial das garantias constitucionais de cunho processual penal não sejam diminuídos. Foi este, aliás, o entendimento vertido pelos Venerandos Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional, no acórdão n.º 08/CC/2007, aqui em alusão, quando destacaram que *“para proceder à leitura dos preceitos [processuais penais] em causa pela ótica constitucional, e responder à pergunta assim formulada [no pedido de declaração de inconstitucionalidade] ... impõe-se, hoje, uma interpretação mais dinâmica de acordo com a norma constitucional, porquanto, o próprio legislador, dotado de poder constituinte, deve submeter-se, em sede interpretativa, à lógica dos princípios legitimadores de que se reclama, sob pena de perversão da própria ordem jurídica e conseqüente abalo do sentimento jurídico da comunidade. Não se trata de uma mera interpretação literal do artigo 236 da Constituição, como pretende demonstrar a Assembleia, mas de uma busca de harmonia e concordância com a Lei Fundamental.”* Portanto, o processo penal moderno ou garantista, inserido num modelo de Estado de direito democrático, caracteriza-se por institucionalizar e positivar amplas garantias e direitos individuais, encarados como direitos fundamentais. É nesta perspetiva que encontramos a diferença entre este processo penal democrático, e o processo penal de outros tempos, conforme referimos na introdução.

<sup>105</sup> Cfr. Jornal notícia do dia 02.06.2016 disponível online em <http://www.jornalnoticias.co.mz/index.php/main/56657-nas-cadeias-do-pais-ha-dez-mil-reclusos-a-mais> consultado no dia 23.07.2016.

<sup>106</sup> Prudêncio, Simone Silva. 2010, “Garantias Constitucionais e o Processo Penal: Uma visão pelo prisma do devido processo legal”, Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n.º 57, pág. 297-320, jul/ez. 2010, pág. 300 disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/134/125> consultado no dia 21.07.2016.

<sup>107</sup> Em ambos os acórdãos o Conselho Constitucional moçambicano declarou a inconstitucionalidade de algumas normas processuais penais que atribuíam competências a um Juiz de direito para proceder a instrução preparatória de processos-crime onde se encontravam envolvidas algumas entidades com direito a foro especial, em detrimento da norma constitucional que atribuiu ao Ministério Público, a título exclusivo, essa tarefa (art.º 595 a 599, 603 e 607 a 612, todos do Código de Processo Penal, e do artigo 16 da Lei n.º 3/2004, de 21 de Janeiro). Por outro lado, o Acórdão 4/CC/2013 de 17 de Setembro, mais uma vez, veio o CC declarar a inconstitucionalidade de alguns, vários, preceitos do CPP, nomeadamente, a alínea a) do § 2º do artigo 291º, 1º, 2º e 3º do § único do artigo 293º, 3º do artigo 308º, §1º do artigo 311º preceitos que violavam as garantias constitucionais de presunção de inocência, direito ao devido processo, princípio da separação de poderes e liberdade, proibição do excesso, regra da exclusividade da competência da autoridade judicial, proibição de fixar prazos de prisão preventiva de duração indefinida. (Acórdãos disponíveis em file:///C:/Users/iv-nel/Downloads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%2004-CC-2013%20(4).pdf e file:///C:/Users/iv-nel/Downloads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20n.%C2%BA%2008CC2007.pdf consultado em 23.07.2016 pelas 19:57.

Antes, o processo penal pressupunha uma garantia a eventuais abusos estatais, para concebê-lo como um instrumento apto à tutela dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva estatal (proteção de direitos coletivos e potenciais) quanto na do sujeito de direito (proteção das liberdades individuais).<sup>108</sup> E o papel do juiz, neste processo penal, estava voltado para a proteção dos direitos da sociedade, estes direitos que eram efetivados a custa e, em violação dos direitos do sujeito acusado. Analisar a tutela criminal e as garantias procedimentais implica, também, analisar a infração pois esta é encarada como um problema afeto a um contexto geral que envolve questões históricas, políticas, económicas e sociais, como veremos a seguir quando tratarmos da evolução dos sistemas processuais penais.

## 2.1 Sistemas processuais penais

O estudo concreto do processo penal implica necessariamente que se analisem os sistemas processuais penais que vigoram, em determinado país, tendo em conta a evolução dos sistemas de governo e dos regimes políticos em causa. Os sistemas processuais surgiram em decorrência de uma íntegra relação entre o Estado e indivíduo, em que o Estado, de acordo com o seu regime político, atende ou não as necessidades da sociedade.<sup>109</sup> PAULO RANGEL define *sistema processual penal como sendo o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto*.<sup>110</sup> A partir de uma análise histórica do sistema processual penal observa-se a existência de três principais sistemas processuais penais: o inquisitório, o acusatório e misto. Cada sistema pode apresentar algumas diferenças devido à situação fática em que fora implantado. Todavia, em regra, apresentam traços essenciais que os definem quanto aos princípios e características fundamentais e quanto a posição e o papel desempenhado pelo juiz penal, em cada um deles.

## 2.2 O juiz e o sistema inquisitório

O sistema inquisitório tem como base um sistema linear, pelo qual o juiz acumula as três funções processuais podendo acusar e defender. Neste sistema o acusado se apresenta apenas como um objeto no processo. Visando encontrar elementos para acusação o juiz inquisidor procede a uma acusação de ofício, sem a iniciativa de qualquer das partes, buscando os elementos de prova para formar a sua convicção.<sup>111</sup> Este sistema é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, este que exerce, também, a função de acusador, a confissão do réu é considerada a rainha das provas, não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos, o procedimento é sigiloso e há total ausência do contraditório e a defesa é meramente decorativa.<sup>112</sup> Este sistema vigorou em Moçambique desde o período colonial até um pouco depois da independência. Assim, no CPP aprovado pelo Decreto n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929 e posto em vigor nas colónias por força do artigo 1 do Decreto n.º 19 271, de 24 de janeiro de 1931, a direção da instrução estava a cargo do juiz (artigo 159). De acordo com o disposto no artigo 158, a instrução tinha por fim “averiguar a existência das infrações, fazer a investigação dos seus agentes e determinar a sua responsabilidade...” e o Ministério Público limitava-se a promover as diligências de instrução (artigo 159). A par “do corpo de delito”, ou seja, o conjunto de diligências destinadas à instrução do processo, podia haver, em todos os processos criminais, a instrução contraditória, a requerimento dos arguidos, salvo no processo sumário e no de transgressões (artigos 170 e 326). O juiz executava uma atividade preparatória da ação penal antagónica com a função judicial, e ao Ministério Público cabia a promoção do exercício da ação penal dependente de decisão do próprio julgador. Atendendo a estas características, no domínio puro e simples do CPP de 1929, o processo penal em Moçambique era predominantemente de tipo inquisitório conforme defendia, na altura, Cavaleiro de Ferreira ao analisar os traços essenciais do processo penal conforme aquele Código.<sup>113</sup>

<sup>108</sup> Santos, Fernanda Barbosa; Duarte, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. “O Juiz e o processo penal no pós-positivismo jurídico”, Revista electrónica Âmbito Jurídico.com.br (o seu portal jurídico na Internet), publicado no portal [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10198](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10198) consultado no dia 23.07.2016 pelas 18:35

<sup>109</sup> Baldissera, Rafaela dos Reis. “O Juiz como garantidor do processo penal”. Obra citada em 3.

<sup>110</sup> Rangel, Paulo. 2012, *Direito Processual Penal*. 20ª Edição actualizada. Ed. Atlas. SP. Pag. 46 e 47.

<sup>111</sup> Monteiro, Artur Alves Pessoa. “Sistemas processuais penais e a sua evolução”. Revista electrónica Âmbito Jurídico.com.br (o seu portal jurídico na Internet), publicado no portal [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17137](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17137)

<sup>112</sup> Nucci, Guilherme de Souza. 2010, “Manual de Processo Penal e Execução Penal”. 6ª Edição Revista e Ampliada. SP: Edição Revista dos Tribunais. P.116 e 117.

<sup>113</sup> “No Código de Processo Penal, embora formalmente coubesse, não ao tribunal, mas ao Ministério Público o exercício normal da acção penal, a averiguação prévia do seu fundamento estava a cargo do juiz, e a este cabia igualmente decidir sobre o exercício da acção penal. Desta sorte, não só o juiz executava uma actividade preparatória da acção penal, que por antagónica com a função judicial poderia desvirtuar a sua posição no processo, como em relação à própria acusação, poderia sobre a opinião contrária do Ministério Público, determinar a instauração do processo. Na realidade das coisas, ao Ministério Público, menos do que o exercício da acção penal, cabia somente a promoção desse exercício, substancialmente dependente de decisão do próprio julgador. Não obstante, portanto, a separação efectiva do Ministério Público e do juiz, não poderia dizer-se em vigor o princípio acusatório. Dele não resultavam as vantagens que essencialmente o justificam: a objectividade do tribunal, não comprometida pela intervenção directa na instrução preparatória, e a manutenção da independência do julgamento, no debate contraditório destinado à valoração das provas, neste, produzidas pela acusação e pela defesa, bem como na averiguação directa da verdade material. A instrução preparatória ou corpo de delito poderia constituir como que a base de facto e o fundamento da sentença, que não já apenas da acusação.” (Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, vol. 1, pag. 43).



Como se pode ver, nesta época as garantias ao acusado nem se quer eram cogitadas, pois que, o mesmo era tratado como objeto do processo e não como sujeito processual. Não existia o contraditório, e, por isso mesmo, inexistiam as regras da igualdade e da liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontravam-se concentradas na pessoa do juiz. Era ele quem iniciava, *ex officio*, o processo, quem recolhia as provas e quem, afinal, proferia a decisão. Durante o curso do processo, podia submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. Este sistema, como é bom de notar, não encontra respaldo nos sistemas processuais penais em vigor nos modernos Estados de direito, em que o direito é usado como instrumento fundamental para garantir valores como a liberdade, democracia, igualdade, tal como se encontra universalmente consagrado nas Constituições democráticas.

### 2.3 O juiz e o sistema acusatório

Comparando o sistema inquisitório com o do tipo acusatório verificamos que aquele é a antítese deste. Ou seja, enquanto no primeiro não há separação entre o órgão acusador e julgador o sistema acusatório visa a separação dos sujeitos processuais, como princípio basilar. ARTUR MONTEIRO<sup>114</sup> defende que o sistema acusatório tem como características, desenvolver um processo triangular, com uma nítida divisão das funções de julgar, acusar e defender, devendo-se manter um juiz inicialmente inerte e imparcial, para assegurar a igualdade de partes velando pelos princípios correlatos da inércia, imparcialidade e isonomia. No sistema processual do tipo acusatório, que num Estado de direito democrático significa a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado, a ação penal vai caber em regra ao Ministério Público que é o detentor do monopólio da titularidade da ação penal nos crimes públicos e é a ele quem incumbe proceder a recolha de provas capazes de incriminar o réu. O sistema acusatório, por não permitir ao juiz iniciar *ex officio* a ação penal protege a inércia jurisdicional e a imparcialidade do juiz que poderá decidir livre de pré-julgamentos e arbitrariedades que poderiam ocorrer caso tivesse o poder de acusar e julgar nas mãos de uma só pessoa, resguardando, por conseguinte, a dignidade do réu e defendendo de forma efetiva os direitos do cidadão e do acusado constantes da Constituição.

No caso de Moçambique colonial, pode-se dizer que o sistema acusatório vigorou com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de outubro de 1945, tornado extensivo às colónias pela Portaria n.º 17076, de 20 de março de 1956. Este diploma remodelou alguns princípios básicos do processo penal de 1929 precisamente no domínio da instrução, facto que determinou a passagem, ou melhor, a aproximação do processo penal do tipo inquisitório para o processo do tipo acusatório. Com efeito, por força do parágrafo 2 do artigo 12 do Decreto-Lei n.º 35007, passaram a ser “exercidos pelo Ministério Público todos os poderes e funções que no Código se atribuíam ao juiz na fase da instrução”, ressaltando-se o disposto no artigo 21 do mesmo Decreto-Lei, disposição que tratava dos casos em que houvesse réus presos.

Contudo, após a independência e já com o texto primitivo da Constituição moçambicana de 1975 nota-se um pequeno retrocesso para um processo penal que mantinha algumas características do inquisitório pois que, ao contrario do que se alcançava do citado Decreto-Lei n.º 35007, a Constituição mantinha apenas uma referência ao Ministério Público, ao dispor, no artigo 66, que “Junto dos tribunais existirão magistrados do Ministério Público a quem caberá a representação do Estado.” Esta estatuição constitucional fazia resultar alguma interpretação no sentido de se manter os poderes instrutórios a um juiz. Todavia, com a revisão constitucional efetuada pela Lei n.º 11/78, de 15 de agosto, introduzem-se inovações nesta matéria, passando-se a definir o Ministério Público como “uma magistratura hierarquicamente organizada e subordinada ao Procurador-Geral da República (artigo 74 da Constituição), competindo-lhe, além da representação do Estado, a “defesa da legalidade e a fiscalização do cumprimento das leis e demais normas legais”. (artigo 75 da Constituição).

O sistema acusatório voltaria a estar refletido na Constituição moçambicana a partir de 1990. Esta Constituição, além de ter mantido o modelo constitucional de um Ministério Público introduzido em 1978 (n.º 1 do artigo 178 da Constituição), constitucionalizou algumas das soluções que o legislador ordinário havia consagrado no âmbito da concretização do mesmo modelo, nomeadamente, quanto à autonomia do Ministério Público (n.º 2 do artigo 178 da Constituição) e quanto à direção da instrução preparatória e ao exercício da ação penal pelo mesmo órgão (artigo 179 da Constituição).

<sup>114</sup> Monteiro, Artur Alves Pessoa. “Sistemas processuais penais e a sua evolução”.

Revista electrónica Âmbito Jurídico.com.br (o seu portal jurídico na Internet), publicado no portal [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17137](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17137)

Ficando deste modo clara a não interferência de um juiz na fase preparatória do processo. Portanto, foi na vigência da Constituição de 1990 que viria a ser aprovada legislação que alterou certas regras do processo penal vigentes em moçambique e a introdução de um juiz das garantias. Portanto, este passaria a intervir na fase preliminar da investigação apenas para garantir os direitos e garantias constitucionalmente outorgados ao acusado o que se fez com a aprovação da Lei n.º 2/93, de 24 de junho, que introduz a figura de juiz da instrução criminal para exercer as funções jurisdicionais que devam ter lugar no decurso da instrução preparatória dos processos-crime, designadamente as medidas limitativas dos direitos do acusado.

Não obstante esta evolução do processo penal moçambicano temos que, por se ter mantido em vigor o CPP de 1929 até hoje, não se pode falar, no caso de Moçambique da existência de um sistema processual penal puramente acusatório. Ou seja, aquele em que vigora, sem restrições, os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, onde se aplica o princípio da igualdade de armas e liberdade dos meios de prova, devendo ter cada prova valores iguais, presunção da inocência, publicidade e oralidade dos atos processuais desde do desencadeamento do processo conforme se encontra refletido na Constituição.

É que, como nos referimos, não obstante a constitucionalização da separação de poderes e de órgãos processuais penais no que se refere ao processo penal moçambicano, a verdade é que alguns direitos e garantias constitucionais como a presunção de inocência, publicidade e oralidade dos atos processuais acabam sendo postos em causa porque essa Constitucionalização não foi acompanhada da evolução de todas as normas processuais penais que vigoraram e vigoram desde da época colonial, como é o caso do próprio CPP de 1929, diploma que ainda congrega muitas normas contrárias ao texto constitucional cuja apreciação da sua inconstitucionalidade ainda não teve lugar junto do órgão competente. Daí se falar, na doutrina e jurisprudência nacional, da existência do sistema processual misto, como iremos ver a seguir.

#### **2.4 O juiz e o sistema misto**

Neste sistema o processo tem duas fases, sendo uma inquisitória e outra acusatória. Segundo MARTINS<sup>115</sup>, o sistema misto ou francês pretendeu estabelecer uma solução intermediária entre os sistemas, inquisitório e acusatório, mediante a junção da eficácia inquisitória na apuração dos delitos e o modelo acusatório, percebido pelos iluministas como mais compatível com a defesa dos direitos humanos. Desse modo, para o autor, o sistema misto tem como característica fundamental a existência de duas fases, a primeira investigatória, em que predominam as práticas admissíveis do sistema inquisitório - resguardando-se, todavia, a dignidade da pessoa perseguida - tais como o procedimento sigiloso, escrito, sem possibilidade de contraditório ou ampla defesa. Na segunda fase, julgamento propriamente dito, vigoram todos os princípios do sistema acusatório supramencionados, como a separação nítida das figuras do acusador, julgador e defensor, as oportunidades de ampla defesa, contraditório, etc.

Ora, no caso moçambicano, o Ministério Público detém poderes instrutórios que outrora eram foro privativo do poder judicial, da judicialização instrutória, que é uma atividade investigativa em que, finda a instrução, se “existirem indícios suficientes da existência do facto punível, de quem foram os seus agentes e da sua responsabilidade”, é deduzida acusação pelo Ministério Público (artigo 349 do CPP). Nesta perspetiva, atualmente, no processo penal pátrio encontram-se traços que denotam ter sido intenção do legislador conferir ao Ministério Público a exclusividade do exercício da ação penal pública, a direção da instrução preparatória dos processos-crime, consagrando o devido processo legal, a imparcialidade do órgão julgador, a ampla defesa e o contraditório, de entre outras garantias constitucionais. Daí que a adoção do sistema acusatório pela Constituição provoca uma redefinição dos papéis de cada órgão no processo penal, designadamente, do Ministério Público, dos tribunais judiciais e da Polícia de investigação criminal, de modo a extirpar do nosso ordenamento quaisquer resquícios do sistema inquisitório. Claramente, a história do direito processual penal aqui traçada revela que a evolução que ele sofreu foi reafirmada e acolhida pelo Direito Constitucional Moçambicano impondo-se ao juiz contemporâneo uma maior intervenção e responsabilidade de efetivar as amplas garantias individuais previstas na Constituição.

<sup>115</sup> Martins, Charles Emil Machado. 2009, “A reforma e o ‘poder instrutório do juiz’ será que somos medievais?”. Disponível em <http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf> consultado no dia 23.07.2016 pelas 23:12.

### 3. As garantias procedimentais

É comum encontrarmos patentes nos textos das Constituições por um lado, a expressão direitos e por outro, garantias. No caso da CRM, por exemplo, se prevê como Título III- direitos, deveres e liberdades fundamentais e, no Capítulo III do Título III, para além da referência a direitos e liberdades, a expressão garantias individuais (art.º 56 e seguintes). Com efeito, alguma doutrina internacional estabelece uma diferença entre os termos direitos e garantias. Desde logo, tem-se entendido, como VARGAS, que (...) *ao contrário do que acontece com os direitos, que são anteriores ao Estado, e por isso mesmo, apenas reconhecidos e, jamais, outorgados, as garantias decorrem de verdadeiras normas jurídicas, de leis positivas, de preceitos constitucionais que asseguram o gozo dos direitos e preservam o indivíduo contra o extravasamento do legislador ordinário, do juiz e dos órgãos executivos.*<sup>116</sup>

Para MOURAZ LOPES, falar de garantia procedimental ou judiciária em sentido amplo é essencialmente falar de tutela de direitos individuais por mecanismos formais e normativos. Diz ainda o magistrado judicial, autor do referido livro, citando LUIGI FERRAJOLI, que no domínio das garantias processuais que juntamente com as penas “são essencialmente garantias negativas, dirigidas a limitar o poder punitivo em defesa das liberdades individuais, encontra-se um conjunto de princípios absolutamente indiscutíveis como a aquisição constitucional de um Estado de Direito.”<sup>117</sup> Ou seja, as garantias constitucionais consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais.

De uma forma geral podemos definir as garantias procedimentais ou constitucionais de cariz especial como sendo os remédios constitucionais que funcionam como instrumentos de proteção processual dos direitos fundamentais que serão usados, pelo juiz penal, quando são violados ou estão na iminência de serem violados direitos individuais estatuídos para preservar a dignidade da pessoa humana. Aqui se incluem, por exemplo, as garantias do princípio do contraditório, a paridade entre a acusação e a defesa, a separação rígida entre o juiz e a acusação, a presunção de inocência, o ónus da prova do acusador, a oralidade e publicidade da audiência, a independência interna e externa da magistratura e o princípio do juiz natural, que são tidas como garantias absolutas.<sup>119</sup>

#### 3.1 Garantias procedimentais relacionadas com a jurisdição

As garantias procedimentais relacionadas com a jurisdição estão previstas na Constituição e nas leis e visam imprimir validade à prestação jurisdicional. E em relação a jurisdição podemos encontrar refletidas na Constituição a garantia do *juiz natural* (art.º 65.º n.º 4 da CRM), garantia do juiz independente, imparcial, a fundamentação e motivação das decisões judiciais, o duplo grau de jurisdição, a proibição da *reformatio in pejus* quando o recurso é proposto pelo réu ou pela defesa, a garantia do *ne bis in idem*. Portanto, o juiz penal para além de observar e concretizar estas garantias no decurso do processo deve obstar a que terceiros ponham em causa as referidas garantias.

#### 3.2 Garantias procedimentais relacionadas com as partes

As garantias procedimentais referentes às partes encontram o seu expoente máximo no direito de defesa no plano acusatório e devem ser observadas sobretudo, sob uma ótica de garantia fundamental ao acusado no processo penal, perseguindo assim, aos princípios basilares de um Estado de direito democrático. A garantia do direito a defesa se encontra, entre nós, patente no art.º 62.º e 65.º da Constituição e no art.º 7 da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e deve manifestar-se, no processo penal, por via da *garantia da paridade de armas ou do tratamento paritário*, o que significa que o acusado, e outras partes, e o acusador MP, devem merecer tratamento igualitário para que tenham as mesmas armas (igualdade processual). Da *garantia da ampla defesa* decorre que ao acusado deve, durante o processo penal contra si instaurado, ser informado pessoalmente da acusação (art.º 64.º da CRM); *ser ouvido, direito a ter intérprete e tradutor, direito de participação no contraditório, comunicação com o seu defensor* (art.º 62.º e 63.º e 64.º n.º 4), *garantia de habeas corpus* (art.º 66.º) e *direito de revisão da sentença, garantia da defesa técnica, garantia do não cerceamento da defesa* (consiste em não dificultar o réu a produzir a sua prova), *garantia da não autoincriminação, garantia do contraditório* que se traduz no mecanismo que possibilita ao réu a ser informado de todos os atos do processo com o fim de permitir a sua defesa plena e efetiva.

<sup>116</sup> VARGAS, José Cirilo de. 1992, *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey.

<sup>117</sup> Lopes, José Mouraz. 2000, *Garantia Judiciária no Processo Penal. Do Juiz e da Instrução*. Coimbra Editores, pág. 20.

<sup>118</sup> Silva, José Afonso da. 1994, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª Edição, SP: Malheiros, Pag. 171.

<sup>119</sup> Lopes, José Mouraz. *idem*.

### 3.3 Garantias procedimentais relacionadas com a prova

Consistem na legalidade dos meios de obtenção de prova que vão fundamentar a acusação e a condenação do acusado na medida em que garantem ao acusado que as provas serão, ou devem ser, obtidas por meios lícitos. Basicamente assentam na garantia do ónus da prova versus princípio da presunção de inocência. A CRM, por exemplo, estabelece no n.º 3, do art.º 65, que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensas da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na sua vida privada e familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

### 3.4 Garantias procedimentais relacionadas com o processo

As garantias procedimentais relacionadas com o processo estão, intimamente, ligadas ao modelo processual vigente e tem em conta os princípios e normas estabelecidas na Constituição. No caso do sistema processual acusatório, que é o único que garante a ampla observância e efetivação das garantias patentes na Constituição, o processo penal, respetivo, terá em conta as garantias do contraditório, a publicidade dos atos, imparcialidade do juiz e a ampla defesa. É garantia fundamental que o juiz não participe da colheita preliminar da prova e nem da sua produção na instrução processual, sem prejuízo de poder complementar a prova para melhor formar a sua convicção sobre os factos em julgamento. A questão do segredo de justiça não encontra respaldo, como regra geral, neste tipo de sistema podendo, contudo, existir em determinadas situações concretas que têm a ver com os meios operacionais para a prevenção do crime organizado. Não obstante, e porque o nosso sistema processual penal guarda a característica de misto, nele continua a imperar, na fase da instrução preparatória, e no plano interno do processo, o segredo de justiça, violando por esta via a CRM que prevê garantias de defesa ao acusado que se coadunam com elementos do sistema acusatório.<sup>120</sup>

## 4. O juiz e o tribunal no processo penal

Após olharmos para os sistemas processuais penais, suas características e princípios estruturantes, bem como para as garantias que melhor tutelam o processo e os direitos fundamentais do acusado, fácil é de concluir que outro tipo de responsabilidade é imposto ao juiz hodierno, classificado como sendo o garante dos direitos do acusado (individuais) e da coletividade (potenciais). Este “novo juiz” desempenha um papel de extrema relevância no que toca a sua atividade, que deve incidir na permanente afirmação dos direitos fundamentais abarcados na Constituição. Esta tarefa há-de ser feita em observância aos princípios fundamentais que implicam a efetivação da procura da verdade material, de igualdade de armas, fazendo prevalecer o devido processo legal, uma ampla defesa e o contraditório. Mais ainda, a responsabilidade do juiz criminal, atualmente, passa pela garantia dos direitos do acusado e da coletividade, tendo como norte a nova perceção da Constituição e do seu papel na interpretação jurídica em geral tutelando os direitos fundamentais, de forma a obter um processo legítimo e eficaz<sup>121</sup>. Para o efeito, o juiz dispõe de mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional penal que se materializam durante a condução do processo e no respeito do princípio constitucional *in dubio pro reu* que se contrapõe a problemática da iniciativa do juiz no campo probatório.

No primeiro caso, temos que durante a condução do processo o juiz deve-se guiar por princípio da independência. A independência é *conditio sine qua non* da autonomia do direito: juízes forçadamente submissos a um centro irradiador de influência – um governo, um partido, os interesses do capital, um movimento social etc. – aplicam não o direito posto, mas a vontade do poder que se sub-roga na linguagem jurídica. Assim agindo, põem a perder uma das mais importantes características do direito que é a de servir de limitação do poder político e de uma garantia da democracia.<sup>122</sup>

Outro elemento, bastante, importante a ser levado em conta por um juiz, especificamente, penal na condução do processo é a imparcialidade.

<sup>120</sup> Já o segredo de justiça no plano externo, como entende Germano Marques da Silva, deve ser acautelado por todos os meios, dados os valores que visa proteger, nomeadamente a protecção do bom nome dos inocentes (...). Cfr. Curso de Processo Penal II, 3ª Edição Revista e Atualizada, Verbo 2002, pág. 29.

<sup>121</sup> Ver Santos, Fernanda Barbosa, Duarte, Hugo Garcez, Marques, Leonardo Augusto Marinho. *O Juiz e o processo penal no pós-positivismo jurídico*; ob. cit. em (8). Analisando os fundamentos do Juiz Guilherme no Acórdão Castelo Branco nota-se o esforço, deste Meritíssimo Juiz, de compatibilizar o processo penal com os princípios do Estado de direito democrático na medida em que o mesmo rompe com os paradigmas da estrita formalidade e tenta buscar o “justo processo”.

<sup>122</sup> Ramires, Maurício. 2012, “Aspectos da relação entre a independência judicial e a responsabilidade disciplinar dos juízes por suas decisões – os casos português e brasileiro”, RIDB, Ano 1, n.º 9, pág. 5442.



Neste aspeto é importante notar que a independência judicial deve ser compreendida em sua íntima e indissociável relação com a imparcialidade do julgador: trata-se de uma fiança do sistema, estabelecida *a priori* para que a *ordem democrática constitucionalizada* se aplique de forma isenta das forças que tendem a fazer pender as decisões dos juízes para o lado de sua conveniência.<sup>123</sup> É, também, importante referir que a imparcialidade, em primeiro lugar, decorre do sistema legal do processo, sendo que no sistema acusatório, há-de manifestar-se por serem distintos o órgão acusador e o órgão julgador. Nesse sentido a imparcialidade decorre da equidistância do juiz em face das partes.

Já quanto a problemática da iniciativa do juiz no campo probatório, um traço característico do processo inquisitório, manda que o juiz, inserido no sistema processual acusatório, deixa a cargo do Ministério Público e da defesa (detentores constitucionais da iniciativa probatória) a vontade ou não de ir em busca de mais provas, devendo aquele apenas se manifestar na hora da decisão.

O juiz, como garante do processo penal, tem, portanto, o dever de manter a paz processual, deixando para cada interveniente processual, a sua função, devendo se preocupar com a efetivação das garantias constitucionais do acusado, as quais sejam a ampla defesa e o contraditório.

## 5. Considerações finais

A tutela criminal e a efetivação das garantias procedimentais pelo juiz no processo penal passa por este fazer incidir a sua atividade numa permanente afirmação dos direitos fundamentais plasmados na Constituição e nos instrumentos de direitos humanos, internacionalmente, assumidos pelo país. Para isso o juiz deve sempre efetivar a sua atuação jurisdicional com imparcialidade, dando as partes as mesmas oportunidades no desenrolar do processo, respeitar o direito a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência. Diante disso, e tendo em conta que, hoje, moçambique adota um sistema misto, em decorrência da divergência de normas entre o CPP e a CRM, e acarreta em inúmeras consequências de violação das garantias procedimentais, ao “juiz novo”, em última análise, implica uma atitude mais ativa no que respeita ao uso da força normativa da Constituição que não deve deixar-se decair sobre as demais normas inferiores. Portanto, é fundamental, e este é o papel do juiz num processo penal inserido num Estado de direito democrático, promover a máxima adequação e coerência entre as normas processuais infraconstitucionais e a própria Constituição pois, só assim, o processo penal poderá ser tido como instrumento de realização das garantias constitucionais do acusado.

## Referências

Baldissera, Rafaela dos Reis. “O Juiz como garantidor do processo penal”. Revista online Conteúdo Jurídico publicada em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-juiz-como-garantidor-do-processo-penal,49131.html> consultado no dia 23.07.2016 pelas 12:25PM.

Lopes, José Mouraz; 2000, *Garantia Judiciária no Processo Penal. Do Juiz e da Instrução*. Coimbra Editores, p. 20.

Monteiro, Artur Alves Pessoa. “Sistemas processuais penais e a sua evolução”. Revista eletrónica Âmbito Jurídico.com.br (o seu portal jurídico na Internet), publicado no portal [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17137](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17137)

MARTINS, Charles Emil Machado. 2009, “A reforma e o ‘poder instrutório do juiz’ será que somos medievais?”. Disponível em <http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf> consultado no dia 23.07.2016.

Nucci, Guilherme de Souza. 2010, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6ª Edição Revista e Ampliada. SP: Edição Revista dos Tribunais, P.116 e 117.

<sup>123</sup> *Idem*

Pozzebon, Fabrício Dreyer de Avila. 2011, “A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal”, Revista Direito e Justiça, Vol. 37, n.º 1, p.5-11, janeiro/junho, publicado em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/9550/6593> consultado no dia 23.07.2016.

Prudêncio, Simone Silva. 2010, “Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal”, Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n.º 57, pág. 297-320, jul/dez., pág. 300 disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/134/125> consultado no dia 21.07.2016.

Rangel, Paulo.2012, *Direito Processual Penal*. 20ª Edição atualizada. Ed. Atlas. SP. Pág. 46 e 47.

Ramires; Maurício. 2012, “Aspectos da relação entre a independência judicial e a responsabilidade disciplinar dos juízes por suas decisões – os casos português e brasileiro”, RIDB, Ano 1, nº 9, pág. 5442.

Santos, Fernanda Barbosa; Duarte, Hugo Garcez; Marques, Leonardo Augusto Marinho. “O Juiz e o processo penal no pós-positivismo jurídico”, Revista eletrônica Âmbito Jurídico.com.br (o seu portal jurídico na Internet), publicado no portal [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10198](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10198)

Silva, José Afonso da. 1994, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª Edição, SP: Malheiros. Pág. 171.

Silva, Germano Marques da. 2002, *Curso de Processo Penal II*, 3ª Edição Revista e Atualizada, Verbo 2002, pág. 29.

Vargas, José Cirilo de. 1992, *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey.

Jornal noticia do dia 02.06.2016 disponível online em <http://www.jornalnoticias.co.mz/index.php/main/56657-nas-cadeias-do-pais-ha-dez-mil-reclusos-a-mais> consultado no dia 23.07.2016.

Acórdãos disponíveis em file:///C:/Users/iv-nel/Downloads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%2004-CC-2013%20(4).pdf e file:///C:/Users/iv-nel/Downloads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20on.%C2%BA%2008CC2007.pdf consultado em 23.07.2016 pelas 19:57.



# 3º PAINEL

## ESTADO DE DIREITO, POLÍTICAS CRIMINAIS E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

*x. A justiça e a comunicação social.*

*Análise das boas práticas nos documentos internacionais.*

Flávia Viana, Juíza, Presidente da União Internacional de Juízes de Língua Portuguesa  
e Diretora de relações Internacionais da Associação de Magistrados do Brasil (Brasil)

Em minha exposição abordarei, primeiramente, de uma perspectiva mais teórica e conceitual, aspectos da relação entre o Poder Judiciário e os órgãos de comunicação social.

Em seguida, analisarei algumas das boas práticas que vêm sendo desenvolvidas nos países da Comunidade Europeia, com base em informações extraídas do relatório da Rede de Conselhos da Justiça dos países europeus, datado de 2011/2012, e também farei algumas referências às práticas adotadas no Brasil, até para que possamos estabelecer uma espécie de comparativo.

E concluirei falando a respeito da postura que, em tese, deveria ser adotada pelos juízes quando de seus contatos com a imprensa, fazendo referência a algumas situações vivenciadas no Brasil (como o caso Sergio Moro/operação lava-jato e o caso referente à ação dos juízes do Paraná contra o jornal local) e que vêm suscitando no nosso país uma discussão relativamente aos limites que devem orientar a relação do Poder Judiciário com os media.

A ideia é deixar, ao final, um convite à reflexão sobre as peculiaridades das relações dos Judiciários de cada um de nossos países com seus órgãos de comunicação social e sobre o que podemos fazer no sentido de aprimorar tal relacionamento - com o objetivo de resgatar e/ou fortalecer a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

Eu inicio ressaltando que, como sabemos, a liberdade de informação é um dos pilares das sociedades democráticas e os órgãos de comunicação possuem a estrutura de mediação da formação da opinião pública.

Neste sentido, os órgãos de comunicação social desempenham um importante papel no que se refere à legitimação do Poder Judiciário, na medida em que podem lhe conferir transparência, trazendo a confiança dos cidadãos no exercício da atividade jurisdicional, ainda que por meio de posicionamentos críticos.

Afirma-se que o Judiciário não tem voz no debate público e talvez isso ocorra por se acreditar fortemente que as manifestações dos juízes devem se dar única e exclusivamente por meio de decisões. A verdade é que essa ideia de comunicação com os jurisdicionados unicamente por meio de decisões judiciais está ultrapassada, como falaremos adiante.

Há uma crescente exigência da sociedade no que diz respeito a uma comunicação social de qualidade e eficiência, que facilite o acesso e o conhecimento dos cidadãos em relação às funções e aos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

Não há dúvida de que, para atingir esses objetivos, é necessário o estabelecimento de políticas de comunicação social, com a definição de estratégias e de procedimentos tanto para comunicação interna quanto para divulgação externa.

Vale lembrar que, para a comunicação eficiente, a linguagem deve ser clara e acessível. Esse, inclusive, é um dos objetivos estratégicos do Judiciário brasileiro, traçados por nosso Conselho Nacional de Justiça: “a disponibilização, com transparência, de informações sobre o papel, as ações e as iniciativas do Poder Judiciário, o andamento processual, os atos judiciais e administrativos, os dados orçamentários e de desempenho operacional”.

Hoje se vê como necessário, portanto, que o Judiciário estabeleça uma espécie de ponte com os órgãos de comunicação social com o objetivo de levar à sociedade informações mais precisas sobre o sistema judicial e seu funcionamento, sobre processos judiciais de maior repercussão e também sobre questões orçamentárias e de gestão administrativa.

A utilização dos canais de comunicação social pelo PJ pode ser vista, então, sob dois enfoques:

Por um lado, o Poder Judiciário pode utilizar-se dos canais de comunicação social para promover o acesso à informação inerente à sua atividade-fim. Refiro-me à divulgação e ao acesso dos jurisdicionados a decisões judiciais, à construção das orientações jurisprudenciais relevantes, à definição dos *leading cases*, às informações processuais, ao sistema judicial, etc.

Por outro lado, o Poder Judiciário pode também valer-se dos canais de comunicação social para divulgar informações e prestar contas sobre suas atividades-meio, sempre com o fim de dar transparência, como a gestão de seu orçamento e de seu desempenho operacional, como já referido.

Esse é um importante caminho para a credibilidade do Judiciário junto à opinião pública.

A Rede Europeia de Conselhos da Justiça, na introdução do relatório referido, propõe medidas a serem adotadas pelos Judiciários dos países europeus para, por meio do aprimoramento do relacionamento com os órgãos de comunicação, conferir mais transparência e também aproximar o Judiciário do cidadão. A intenção da pesquisa por eles realizada é de igual forma assegurar que a informação seja transmitida corretamente pelos *media*.

O relatório da Rede Europeia de Conselhos da Justiça foi baseado nas respostas a um questionário e também em discussões de trabalho realizadas em Barcelona, em Haia e em Roma entre os anos de 2011 e 2012.

Esse relatório trata de cinco pontos:

1. Gravação audiovisual nas cortes e o uso da *media* social;
2. Publicação de julgados na internet;
3. Diretrizes relacionadas à imprensa (*press guidelines*);
4. Aproximação proativa do Judiciário em relação à imprensa;
5. Porta-vozes do Judiciário: juízes com atribuição de tratar com a imprensa (*press judges*) e especialistas em comunicação;

A intenção aqui é trazer uma noção geral acerca das boas práticas e das recomendações da Rede dos Conselhos da Justiça da Europa para pensarmos na possibilidade de adaptá-las à realidade dos nossos Judiciários.

### **1 - Gravação audiovisual nas cortes e o uso das redes sociais:**

Pelo que pude extrair do relatório mencionado, na Europa a questão das gravações audiovisuais nas cortes varia muito de país para país, mas o que é certo é que o segredo de justiça deve sempre ser respeitado. No Brasil, a autorização para gravação audiovisual de audiências fica a critério do juiz do processo, sempre ouvidos os advogados das partes interessadas.

Vale comentar que a Corte Suprema brasileira tem seus julgamentos transmitidos ao vivo em rede de televisão.

A título de ilustração, destaco que nosso Supremo Tribunal Federal, que não julga apenas questões constitucionais, é bastante sobrecarregado. São 11 ministros, mas mais de 80 mil julgamentos por ano. E há muitas divergências internas.

Diz-se que a alta taxa de votos divergentes entre os ministros da nossa Suprema Corte seria decorrente não somente da ausência de debates prévios, mas principalmente pelo fato de a votação ser aberta e televisada, gerando uma tradição de autoria e independência entre os ministros. Esse é um importante aspecto a ser levado em consideração quando da decisão acerca gravação audiovisual de sessões colegiadas (ou coletivas) e julgamento.

Quanto às redes sociais, é certo que estas oferecem ao poder judicial uma boa oportunidade de interação com o público, pois se abre espaço para o cidadão dar sua opinião. Os Tribunais podem, e devem utilizar as redes sociais não apenas como instrumento de publicidade, mas principalmente como forma de aproximação a seu público-alvo.

Em alguns países europeus, como Dinamarca e Noruega, alguns Tribunais passaram a fazer uso do Facebook e do Twitter. Conselhos da Justiça também começaram a utilizar as redes sociais, na Noruega e na Espanha, por exemplo.

No Brasil, o CNJ tem uma página no Facebook bastante ativa, assim como o STF e o STJ e alguns tribunais regionais e estaduais estão presentes em redes sociais.

Mas é sempre bom lembrar que, ainda que a comunicação dos Tribunais por meio de redes sociais promova um certo grau de transparência e interação com os jurisdicionados, é preciso ter muito cuidado com o conteúdo das postagens, sob pena de o efeito ser negativo em relação à imagem do Judiciário.

É necessário, portanto, que se desenvolva uma estratégia de comunicação tanto em relação ao público quanto em relação aos objetivos das informações divulgadas. E isso é o que prega a Rede Europeia de Conselhos de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça no Brasil editou um Manual de Redes Sociais do Poder Judiciário, voltado principalmente a postagens no Facebook e no Twitter com o objetivo de exatamente de mostrar como (o CNJ) vem trabalhando nas redes sociais e como essa experiência pode servir de modelo à gestão de outros canais digitais do Judiciário. Neste Manual são apresentadas as estratégias utilizadas, as regras de manuseio, os métodos de prevenção e fluxo de publicações diárias, além de técnicas para atrair o interesse do público pelas mensagens publicadas, inclusive nos fins de semana, e práticas necessárias à gestão e segurança das redes sociais.

## **2 - Publicação de julgados na internet**

As recomendações da Rede Europeia de Conselhos, em seu relatório, são no sentido de que cada país tenha um website sob a responsabilidade do Conselho da Justiça ou da Administração dos Tribunais – e não sob a administração do Executivo, pois é importante que a independência do Judiciário fique bastante clara para o cidadão. Significa dizer que os julgamentos devem ser publicados no site do Judiciário e não, como em alguns países europeus, no site do governo ou de empresas particulares.

Há também recomendações no sentido de que tais informações sejam acessíveis ao público – e de forma gratuita, com uma ferramenta de busca com a utilização de palavras-chave.

É importante destacar aqui que o Conselho Nacional de Justiça brasileiro acaba de publicar a Resolução 235/2016, por meio da qual criou um Banco Nacional de Dados com informações da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência dos tribunais superiores, regionais federais e estaduais. Isso com o objetivo de dar maior publicidade a temas cujos entendimentos judiciais já foram consolidados pelos tribunais respetivos.

Não foi dispensada, porém, a obrigação de todos os tribunais superiores, regionais federais e estaduais de manterem em suas páginas na internet um banco pesquisável com os registos eletrônicos dos temas para consulta pública (vide Resolução 235/2016 do CNJ). A alimentação de todos esses dados tem início previsto para o dia 1/09/2016.

### **3 - Diretrizes para a imprensa (*Press Guidelines*)**

Em alguns países europeus como Bélgica, Holanda, Áustria, Hungria, Bulgária, Lituânia, Noruega, Romênia, Espanha e Turquia, há uma regulação (na forma de diretrizes para a imprensa ou protocolos de comunicação) para as relações entre o Judiciário e os órgãos de comunicação social. Em outros países, a regulação é feita por lei, como na Dinamarca.

A regulação, seja por lei ou por protocolos, é relevante na medida em que esclarece e formaliza os diferentes objetivos e interesses tanto do Judiciário quanto da imprensa.

Sua importância reside no fato de que as diretrizes para a imprensa permitem que os magistrados saibam os limites de sua comunicação e que os jornalistas saibam o que podem requerer e esperar do Judiciário.

Mais: as diretrizes de imprensa podem ser um relevante instrumento para assegurar que os *media* divulguem de forma mais completa e correta informações relevantes sobre processos e questões jurídicas em geral e também sobre suas atividades-meio, relativas a questões orçamentárias e operacionais.

### **4 - Aproximação proativa do Judiciário em relação aos órgãos de comunicação social**

A ideia por detrás da dita aproximação proativa em relação à imprensa é a possível melhora da imagem do Judiciário perante os olhos da opinião pública, pois, como se sabe, ainda que hoje existam as redes sociais, a opinião pública sobre o Judiciário é influenciada predominantemente pela imprensa escrita, rádio e TV.

A Rede Europeia de Conselhos de Justiça, em seu relatório, recomenda que todos os países desenvolvam uma aproximação proativa em relação aos órgãos de comunicação social, devendo essa aproximação focar tanto em casos individuais quanto no sistema judicial e nos princípios da lei.

No Brasil, em setembro de 2009, foi editada pelo Conselho Nacional da Justiça a Resolução de nº 85, com a criação, portanto, de uma política nacional com o objetivo de disciplinar e padronizar as ações de comunicação social do Judiciário em todo o país. Foi então criado o Sistema de Comunicação do Poder Judiciário, integrado por todos os Tribunais brasileiros.

No Brasil, alguns tribunais vêm trabalhando no sentido de divulgar suas boas práticas por meio de órgãos de comunicação. No meu Estado, por exemplo, temos o “Justiça nos Bairros”, destinado a beneficiar a população mais carente, e também o programa Justiça se Aprende na Escola, que trabalha com uma cartilha produzida e distribuída a todo o Brasil pela AMB.

### **5 - Porta-vozes do Judiciário**

A ideia proposta pela Rede Europeia de Conselhos da Justiça é no sentido de que os porta-vozes sejam pessoas treinadas para se comunicar com a imprensa, as quais deveriam ter um profundo conhecimento sobre o sistema judicial e também saber como se comunicar com o público em uma linguagem acessível.

Sugere, de modo geral, que juízes não se comuniquem individualmente com a imprensa se não forem *press judges* e que, se o fizerem, sejam por estes preparados e treinados antes de se manifestarem.

No Brasil, não há a figura do porta-voz nos tribunais, mas diante de algumas situações que temos vivido, acredito que a manifestação por meio de um porta-voz fosse interessante, mas nos casos em que é necessária uma espécie de prestação de contas à opinião pública e/ou explicação sobre as atividades-meio do Judiciário, por exemplo, gestão orçamentária, administrativa e questões de repercussão mais abrangente (exemplo: caso Gazeta Povo X Juízes do Estado do Paraná).

Quanto a casos concretos, as cortes e os magistrados se manifestam da forma que entendem pertinente, como farei referência a seguir.

É importante aqui dizer que a Magistratura Brasileira é regida pela Lei Complementar 35, de 1979, a chamada Lei Orgânica da Magistratura Nacional ou, simplesmente, Loman, cujo artigo 36, inciso III, veda ao magistrado a manifestação de opinião, nos seguintes termos: “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

É importante que se diga, porém, que nossa Lei Orgânica foi promulgada durante o período de exceção vivido pelo Brasil, no qual havia censura e repressão às liberdades de expressão e de imprensa.

Nossa Constituição Federal, de 1988, democrática e republicana, estabelece, em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; e, em seu inciso IV, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Mais adiante, no inciso IX, dispõe que é livre a expressão da atividade intelectual, independentemente de censura ou licença.

Pode-se concluir, a partir daí, que a regra de proibição prevista no artigo 36, III, da Loman é incompatível com o regime de liberdades e garantias previsto na atual ordem constitucional.

No meu modo de ver, portanto, deve ser garantido o direito de manifestar-se fora dos autos, por qualquer meio de comunicação, e não apenas por meio de decisões judiciais, conforme referido no início dessa apresentação.

No entanto, a pergunta que se tem colocado no Brasil, dentro do regime de liberdade garantido pela Constituição, é até que ponto o juiz deve se manifestar sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outro magistrado, ou emitir juízo depreciativo sobre qualquer decisão.

Embora o entendimento seja no sentido de que o juiz tem o direito (garantido constitucionalmente) de emitir opinião e manifestar livremente seu pensamento, é evidente que não deverá fazê-lo em situações que possam configurar prejulgamento ou suspeição.

Isto porque o que se espera do magistrado é uma conduta imparcial. Se ele se manifesta acerca de processo que está por julgar, poderá emitir opinião que indique o rumo decisório que irá seguir ou fazer algum juízo depreciativo em relação a qualquer das partes, de modo a macular aquela imparcialidade. Isso poderá levar à sua suspeição ou, eventualmente, no âmbito criminal, a alguma nulidade.

Trata-se, na realidade, de aspeto ético, de conduta, e não de regra de proibição.

E percebam que há uma significativa diferença. Uma coisa é proibir a manifestação do pensamento, outra é estabelecer que o magistrado se comporte eticamente na sua livre manifestação do pensamento.

É importante dizer que a má compreensão desses aspetos pode prejudicar a relação dos magistrados com a imprensa, que é justamente o que se pretende evitar.



Alguns magistrados brasileiros muitas vezes se negam a conversar com jornalistas, citando simplesmente a proibição da Loman (Lei Orgânica da Magistratura Brasileira). Porém, em algumas situações, o que se percebe é um equívoco na compreensão dos papéis do juiz e do jornalista.

Nós, juízes, devemos ter em mente que existem processos que são fontes de notícias e que a imprensa tem o papel fundamental de fazer a interface entre essa fonte e a sociedade, que tem o direito à informação.

Os jornalistas, por sua vez, devem ter a compreensão de que os juízes têm limites sobre o que podem declarar, daí a importância da recomendação da Rede Europeia de Conselhos de Justiça no sentido de que haja uma regulação no que diz respeito às diretrizes para imprensa.

Dependendo da repercussão do caso, é natural que o juiz seja procurado para dar informações. Sem antecipar posicionamento, o juiz pode informar os jornalistas sobre os rumos do procedimento (por exemplo: quem já foi ouvido ou o tempo de duração provável do processo), para que o caso seja corretamente contado ao público. Não há, aí, violação a qualquer regra de conduta do magistrado.

A má compreensão desses aspectos dificulta, por vezes, o relacionamento entre os juízes e a imprensa.

É certo que a relação de juízes com a imprensa é algo extremamente delicado, que demanda experiência, preparo e também treinamento. Toda iniciativa nesse sentido é válida, cabendo aqui destacar que cada magistrado, no exercício de suas funções e também fora delas, principalmente quando há exposição pelos *media*, pode levar ao crédito ou ao descrédito, à admiração ou à reprovação da magistratura como um todo.

Já finalizando, ressalto que, como pudemos ver, existem vários procedimentos e várias ferramentas que nós juízes podemos utilizar para, com a devida adequação à realidade de nossos países, melhorar a complexa relação entre a Justiça e os órgãos de comunicação e, a partir daí, transmitir informações mais precisas e construtivas acerca das nossas atribuições e da relevância de nossas funções.

E devemos ter sempre em mente que essa aproximação entre o Judiciário e os órgãos de comunicação social é indispensável para o saudável exercício da democracia.

# 4º PAINEL

## A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL, A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E OS SISTEMAS JUDICIAIS: ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA, ESTATUTOS PROFISSION- NAIS E GESTÃO PROCESSUAL

*xi. Para uma reforma legislativa e do setor da justiça  
em Timor-Leste: os tribunais judiciais*

Jorge Graça, Presidente da Comissão para a Reforma Legislativa e do Setor da Justiça

## **1. A Comissão para a Reforma Legislativa e do Setor da Justiça: missão, mandato e método de trabalho**

A Comissão para a Reforma Legislativa e do Setor da Justiça é de formação recente, criada por Resolução do Governo nº 30/2015, de 26 de agosto. iniciou as suas atividades em 16 de dezembro de 2015 com a tomada de posse de quatro Comissários, três permanentes e um não-permanente, que são assistidos por seis juristas, dos quais três estagiários, um técnico de design e comunicação e uma secretária.

A sua missão é promover, catalisar, dinamizar e monitorizar reformas legislativas, incluindo relativamente ao setor da justiça, assim como apoiar a modernização, simplificação, harmonização e adequação do quadro normativo em vigor à realidade nacional.

A Comissão tem um papel catalisador e um papel dinamizador, no sentido de levantar questões, partir da sua identificação, promover o seu debate, suscitar iniciativas, gerar propostas novas e, apoiar onde elas já existam. Ela dá enquadramento para que caminhemos para uma legislação moderna, simplificada, mais harmonizada, não só entre si, mas com a própria realidade do país, com o objetivo de que o quadro legal timorense esteja em linha com a Constituição da República e as convenções e os tratados internacionais de que o Estado de Timor-Leste seja signatário. Portanto, a sua missão é de aconselhamento, de persuasão, de promoção e enquadramento.

A Comissão não intervém nas questões concretas, por exemplo que ocorram nas instituições do Governo ou do setor da Justiça, embora as analise numa perspetiva normativa, ou seja, a de estudar se têm relevância para a verificação das normas, quadros normativos e leis, nomeadamente com o sentido de contribuir para uma maior qualidade e efetividade da legislação no país.

O mandato da Comissão é duplo e tem, pela sua transversalidade, um carácter multidisciplinar e multissetorial. Primeiro, é a análise legislativa, pelo que tem de pesquisar, identificar desafios e recomendar opções de reforma legislativa. Segundo, é a avaliação da implementação de leis ou disposições legais de maior pertinência, o que implica promover a verificação da aplicação de leis, não por mero interesse de controlo, mas com o sentido de melhorar as leis, reforçar condutas certas, certificar capacidades institucionais e de capital humano, ampliar conhecimentos e fortalecer capacidades.

É preciso que as leis, as normas sejam acessíveis, mais entendíveis e adequadas no seu texto e forma, e por responderem bem à realidade do país ajudarem ao seu desenvolvimento. Mas elas também devem ser complementadas por iniciativas que apoiem a sua execução, assim tornando-as efetivas. Pois, sem isso, o Direito, as suas normas e os seus princípios não serão verdadeiramente eficazes, nem elemento de efetiva transformação da nossa sociedade.

O método que a Comissão utiliza no seu trabalho diário abarca a consulta participativa, com ampla inclusão dos vários setores da sociedade civil e do público, académicos, membros do Governo e deputados do Parlamento Nacional. O trabalho da Comissão contempla o contacto em rede de instituições e peritos, aceitando-se submissões internas e externas, tendo já recebido colaborações muito interessantes por parte de peritos e organizações interessadas.

É dever da Comissão elaborar relatórios semestrais e relatórios específicos por forma a assegurar uma transparência de carácter público da atividade da reforma, que se fará também através do portal da Comissão ([www.crl.gov.tl](http://www.crl.gov.tl)) e das redes sociais (como o Facebook: Crlsj Timor-Leste e o LinkedIn: LRC Timor-Leste); o que permite ao público acompanhar as nossas atividades.

Como resultado das muitas auscultações e consultas que a Comissão tem realizado, assim como das várias pesquisas feitas em paralelo, a Comissão identificou os objetivos gerais e objetivos específicos a realizar no âmbito do seu mandato reformador.

O primeiro objetivo geral é analisar o estado da legislação por setor. Ainda não existe um estudo de base do estado da legislação em Timor-Leste a partir do qual a reforma possa ter identificado o seu ponto de partida, desenvolver-se e ser medida. Para que esse estudo possa ser realizado, foram preparados um questionário e um modelo de relatório dirigidos aos setores. Estes deverão analisar aspetos técnicos concretos da legislação em vigor, segundo o questionário a ser distribuído. A informação recolhida no questionário será objeto de relatório do setor respetivo e a seguir de globalização e análise num relatório nacional, pela Comissão, que identificará as áreas de mudança e uma possível agenda legislativa para o Governo. Este relatório será também facultado ao Parlamento Nacional, através da sua Comissão “A”.

O segundo objetivo geral consiste em analisar o processo legislativo, identificando o que possa estar a tornar difícil o andamento do processo de elaboração e aprovação das leis para propor modos de uma sua melhor elaboração e de aprovação mais célere a nível nacional.

Os objetivos específicos identificados pela Comissão abrangem temas dos âmbitos penal, processual penal, civil, comercial e da resolução de conflitos num sentido amplo, incluindo os tribunais e os meios de justiça costumeira.

No âmbito do tema Direito Penal, a Comissão tem por objetivo específico identificar e analisar normas específicas do Código Penal atual e da legislação penal especializada (lei penal substantiva) que careçam de ajuste e harmonização, assim como identificar condutas por criminalizar e recomendar revisões e/ou iniciativas por falta de lei (por exemplo, de entre os crimes transnacionais e do crime organizado, a criminalização do tráfico e consumo de estupefacientes, do tráfico de seres humanos e da pirataria, bem como do uso de meios cibernéticos para cometer crime e de proteção dos cabos submarinos contra danos).

No tema Direito Processual Penal, a Comissão pretende analisar a instrução preparatória e o processo penal em si, bem como a distribuição e exercício dos poderes de investigação criminal (geral e especial). Hoje em dia têm-se colocado no nosso país, não só a questão da proteção dos direitos e liberdades dos cidadãos no processo de investigação criminal na determinação das evidências (provas) suficientes para que um cidadão seja acusado, mas também a questão de repensar a figura do juiz de instrução, antes incluída nas regras provisórias de processo penal, aprovado pela UNTAET, mas que não foi incluída no Código de Processo Penal de Timor-Leste, adotado em 2005. Há também outras reflexões sobre este Código tais como a de que apenas adota um tipo de processo comum, não estando preparado para o julgamento de crimes de maior gravidade e perigosidade – a exemplo, os crimes de tráfico de seres humanos e de tráfico e consumo de estupefacientes – que emergirão a partir da nova legislação que atualmente está a ser processada para aprovação e subsequente aplicação no país.

Naturalmente, tal suscita também reflexões sobre a investigação criminal, colocando igualmente a necessidade de reexaminar a presente distribuição do exercício dos poderes de investigação criminal, em que a especial está localizada em várias unidades administrativas e a geral é da responsabilidade direta do Ministério Público, sendo, todavia, de ter em consideração, que os procedimentos de investigação criminal já constam de estão uma proposta legislativa específica a nível governamental.

No âmbito do Código Civil, a Comissão analisou a proposta de lei de alteração do Código Civil em matéria do regime de casamento, em elaboração pelo Ministério da Justiça. A análise da Comissão é feita numa perspetiva formal de legiferação, no sentido da admissibilidade de uma lei avulsa sobre o casamento, tendo em atenção as adequações nacionais propostas quanto ao regime. Isto é, a consagração no Código Civil de Timor-Leste do casamento católico como única modalidade de casamento religioso exclui as outras modalidades de casamento religioso, o que, em termos do critério da conformidade constitucional, suscita a questão da falta de igualdade de tratamento, tornando necessária a sua alteração. Além deste ponto de substância ou de alteração material, numa sociedade em que o casamento monogâmico é afirmado pela normatividade

formal, mas que na realidade social costumeira se tem como prática o casamento poligâmico, parece tornar-se necessário promover o regime de casamento monogâmico. Uma lei avulsa sobre o casamento pode vir a contribuir para uma maior acessibilidade da lei, pois trata-se de um texto direto quanto à matéria que regula (o casamento unicamente), separado, não implicando busca de entre um conjunto mais amplo e complexo de normas, de menor dimensão, mais compreensível, de mais fácil divulgação pela população ao invés de uma mera alteração técnica dos artigos do Código Civil sobre o casamento e as regras do seu registo. Ou seja, pretendemos repensar se deve, ou não, alterar-se o regime do casamento no Código Civil, através de normas revogatórias que nele acabam por vir a inserir-se, ou, diferentemente, através de uma lei própria, avulsa, que permanecerá como tal e não se diluirá no Código Civil, embora deva com este ser consistente. O Código é de difícil acesso aos cidadãos, por conter múltiplas normas ordenadas por várias áreas jurídicas e ter um articulado extenso, mesmo que se possa tentar destacar dele a parte do regime casamento para efeitos de divulgação. Uma lei avulsa dedicada apenas ao casamento, enquanto instituto constitutivo da família (numa conceção monogâmica que em si própria ainda tem um percurso social a realizar), parece ser um instrumento mais apropriado para uma melhor compreensão dos direitos e deveres no casamento, sua melhor divulgação e para um maior enraizamento do casamento no sentido de que as suas características enquanto fenómeno social e como conceito jurídico estejam harmonizados. Certamente que, ao tratar esta matéria em lei avulsa, haveria que assegurar a devida consistência jurídica entre a lei avulsa e o que dispõe o do Código Civil.

No quadro da legislação comercial, a Comissão tem acompanhado as iniciativas de elaboração legislativa do âmbito da reforma económica em curso, participando nomeadamente na análise da proposta de um Código Comercial para Timor-Leste, assim como de leis específicas tais como a da arbitragem comercial. O facto é que Timor-Leste não tem um Código Comercial aprovado após a restauração da sua independência e entrada em vigor da Constituição da República (a 20 de maio de 2002), mas o Código Comercial Indonésio em vigor nessa data ainda se mantém em vigor, fruto da disposição da Constituição da República que estabelece que a lei anterior (Indonésia) não contrária à Constituição nem as leis que viessem a ser aprovadas a partir de 20 de maio de 2002, continuariam em vigor em Timor-Leste. O que significa que sendo a maior parte da atividade económica realizada por empresários timorenses e por estes com empresários indonésios, é natural que apliquem a lei comercial Indonésia nas suas transações, estando, portanto, familiarizados com essa mesma lei. Por isto, a elaboração legislativa, designadamente neste âmbito, em que as implicações podem ser negativas para a economia, deve partir da realidade socio-comercial do país e ter em conta a capacidade de absorção de novas normas quando se pensa nas diferentes opções em matéria da legiferação comercial.

Por último, quanto ao objetivo específico da resolução de conflitos, importa desde logo considerar que estamos numa sociedade de intensa pluralidade jurídica e que é essencial tratar o acesso à justiça nesse quadro de pluralidade, que é tanto normativa como de meios de resolução de conflitos. Assim, ganha forte relevância a questão de analisar globalmente a justiça estatal e costumeira, as suas relações e tendências.

É especificamente relevante promover o desenvolvimento dos tribunais judiciais, concretizando e fortalecendo a sua independência, imparcialidade e eficácia, pelo que é prioritária a capacitação institucional e o desenvolvimento da gestão. A introdução ou desenvolvimento de meios tecnológicos, de informação, do secretariado e relações com o público nos tribunais é fundamental para a eficácia do seu funcionamento e dos seus serviços. As ações de formação e aperfeiçoamento durante o exercício da atividade dos juizes e oficiais de justiça são cruciais.

Complementarmente, é relevante e merece uma atenção especial na atualidade, formular uma política e um enquadramento legal que valorizem as normas e justiça costumeira, em conformidade com o que já dispõe a Constituição da República nesse âmbito.

A Comissão propõe-se a analisar os meios de resolução de conflitos num sentido amplo, tendo já iniciado discussões preliminares com o Centro de Estudos Sociais (CES) e o Observatório de Justiça da Universidade de Coimbra, com o propósito e na perspetiva de analisar esta realidade em conjunto com as várias instituições do setor da Justiça (entre elas, os tribunais, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os advogados) e da Administração Pública, os Sucos.

## 2. Os tribunais judiciais em Timor-Leste, situação e desafios

O contexto atual é revelador de que Timor-Leste tem uma adesão ancestral ao costume, cujas regras são praticadas pela grande maioria da população. A população timorense compreende e confia na resolução de conflitos com recurso ao costume, no qual há usos cuja prática é mesmo tida como *lisan* ou *lulik*, ou seja, têm por base a percepção arraigada de que essas práticas têm um carácter sagrado. A prática social é, portanto, reveladora de que é forte a intensidade do recurso ao costume para a resolução de conflitos.

Por outra parte, os tribunais judiciais são de formação recente e são únicos historicamente, ou seja, são os primeiros com função jurisdicional estadual exclusiva, enquanto instâncias do Estado de direito democrático de Timor-Leste. Os tribunais estão a ser implementados segundo um modelo geral assente na Constituição da República, mas que emerge da aplicação dos Regulamentos da UNTAET, que ainda são a base da organização e administração dos tribunais judiciais. Neste contexto histórico, atual e tradicional, com uma intensa adesão ancestral ao costume por parte da sociedade timorense, precisamos de chegar a uma política de enquadramento das instâncias de resolução de conflitos. Os tribunais judiciais têm centralidade na resolução de conflitos regulados pela lei formal, porque são eles o verdadeiro pilar do Estado de direito democrático, da certeza da lei, da igualdade perante a lei, da imparcialidade, da independência dos juízes. Eles conferem, segundo a norma, primazia à Constituição, e o juiz julga segundo a Constituição e a lei estadual, mas também a sua própria consciência – uma consciência informada com base na Constituição, na lei e nos valores da sociedade que elas expressam, nelas se reflete ou por elas sejam protegidos.

Há que ver como é que os tribunais judiciais, que são uma formação recente em comparação com a nossa tradição, podem-se fortalecer, desenvolver, alargando a sua influência e alterando provavelmente para o futuro a relação atual com a sociedade, também num sentido em que o próprio costume tenha o lugar importante na sociedade que resulta da sua intensidade, da vontade das populações e da legitimidade vinda diretamente dos cidadãos, e ainda do reconhecimento pela Constituição, que também determina a sua valorização. A identificação e o desenvolvimento de complementaridades entre estas instâncias de resolução de conflitos podem vir a contribuir fortemente para o acesso universal à justiça e ao direito, segundo parâmetros determinados pela Constituição e o direito internacional, bem como as concretizações que se verificarem através da lei ordinária com elas conforme. Essa complementaridade implica inter-relações com base na lei.

Um dos desafios importantes dentro da matéria dos tribunais judiciais é a efetividade da norma. Dos nossos encontros e auscultações tivemos acesso a uma proposta de lei da organização judiciária. E, na verdade, deduzimos que esta seja necessária, pois a referência à orgânica dos tribunais consta do Estatuto dos Magistrados Judiciais no que se refere à legislação aprovada após a restauração da independência. É neste Estatuto que constam as normas sobre o Supremo Tribunal da Justiça, incluindo as de natureza transitória quanto às competências a serem exercidas até à sua constituição. Também constam deste Estatuto as normas sobre o Tribunal de Recurso no que se refere ao Conselho Superior da Magistratura Judicial. É importante pensar no quê, para quê, como, que recursos, que fins e que impactos se busca com a elaboração de uma lei de organização judiciária ou de governação, organização e administração dos tribunais, antes de partir para a elaboração do articulado da lei. Ou seja, importa pensar quais os problemas e os que queremos ou podemos resolver; pensar na política de organização e desenvolvimento dos tribunais e sua capacitação institucional e recursos a afetar, bem como no programa de suporte para que se possa partir para a lei e assegurar a sua efetividade, quando aprovada.

No processo de preparação dessa lei, é de todo aconselhável que também nos dediquemos a resolver problemas que ainda hoje persistem, como são o recrutamento, o perfil, a avaliação, a carreira e a formação contínua dos magistrados judiciais.



É preciso criar as condições para que a imparcialidade e a independência dos magistrados judiciais se possam verificar na realidade. Para que tal se verifique há que assegurar uma carreira correta, exigente, justa, mas é sobretudo necessário assegurar que haja capacidade para executar as normas sobre essa carreira e sejam efetivamente executadas ou, se as normas adotadas são um obstáculo à carreira, que sejamos capazes de analisar normas de adaptação e transitórias para que não estejamos em situações de impasse sério e grave para o desenvolvimento duma profissão. A viabilidade de uma carreira é fundamental para que sirva de suporte à motivação, qualificação e profissionalização. De notar que a avaliação é indispensável numa carreira e a sua falta ou irregularidade têm um impacto negativo não só no impedimento da progressão dos magistrados judiciais, mas também no desenvolvimento da própria função judicial, uma vez que a formação e o desenvolvimento do sistema dos tribunais implicam a colocação dos magistrados judiciais nas posições de carreira exigidas para que tais instâncias possam funcionar devidamente.

Crucial é também a formação do Supremo Tribunal de Justiça e o desenvolvimento do sistema dos tribunais judiciais, vistos de modo global e conjugado. Ao analisar a questão do Supremo há que olhar para o desenvolvimento do sistema dos tribunais no seu conjunto assim como à questão do mapa judiciário, num sentido realista e a pensar no desenvolvimento com qualidade da função judicial. A constituição do Supremo implica uma preparação prévia que faça dele a diferença geralmente reconhecida como de elevada qualidade, justificada pelo crescimento do sistema dos tribunais e do Tribunal de Recurso.

Há, pois, que refletir também sobre o modelo de desenvolvimento dos tribunais judiciais, de modo a que seja na base de uma prioridade à especialização no seio dos tribunais distritais ou numa distribuição física territorial dos tribunais. Ou seja, como tratar a necessidade do exercício da função judicial aos níveis abaixo dos atuais tribunais distritais: manter os quatro tribunais distritais atuais e desenvolver, em cada um, secções especializadas, especializando juízes - o que implica também garantir uma formação contínua especializada e seus aprofundamentos posteriores; ou criar tribunais em cada município. Parece-nos que se trata de conceber, segundo um processo que tenha em conta a capacidade real de hoje e a sua ampliação, com uma qualidade que assegure serviços judiciais de proximidade aos cidadãos – ter operadores judiciários nos locais onde as pessoas vivem, para prestar um serviço de qualidade e com celeridade. A especialização dos tribunais de modo a capacitá-los deve ser vista não só em si próprio, mas sim na dinâmica do alargamento dos serviços judiciais e da sua aproximação ao cidadão, com cada vez mais elevada qualidade, nisso devendo assentar a expansão no território, para o que se devem considerar critérios tais como volume de casos, natureza dos casos, número da população, juízes em número qualificado, serviços judiciários de suporte e outros pilares da justiça. Esta é uma questão que requer sobretudo capacitação e desenvolvimento institucional e humano.

Outros desafios respeitam à governação do sistema dos tribunais e em especial ao Conselho Superior da Magistratura Judicial, assim como a gestão processual e a publicação de acórdãos e sentenças. A matéria relativa ao Conselho Superior da Magistratura Judicial implica identificarmos relações entre o definido na Constituição e o que poderá ser estabelecido na lei ordinária quanto às suas competências e composição. Na gestão dos processos é um dado reconhecido nos levantamentos de que, em geral, não há atrasos significativos na gestão dos casos penais, já não se passando o mesmo nos casos civis. Relativamente à publicação, os problemas a resolver parecem ser o da morosidade na publicação de acórdãos do Tribunal de Recurso e o da falta de publicação das sentenças dos tribunais distritais.

No relativo à gestão dos tribunais judiciais, existem vários desafios. Um deles é a necessidade de profissionalizar e modernizar os serviços técnicos e instrumentais. Parece fundamental que os magistrados judiciais se dediquem sobretudo à função judicial, seu exercício e desenvolvimento, o que implica a própria organização e desenvolvimento do tribunal. As funções administrativas e financeiras, no que diz respeito à gestão e em especial a gestão corrente, precisam de organização e desenvolvimento a níveis que requerem profissionais especialmente qualificados para a gestão nos tribunais.

Também foi colocada à Comissão a preocupação de que os tribunais devem ter orçamento próprio gerido no sistema dos tribunais, pelo que seria de caminhar no sentido de assegurar um orçamento autónomo para os tribunais. É verdade que da autonomia orçamental e gestão orçamental própria depende em larga medida uma verdadeira independência do judicial.

Por último, de considerar o desafio que diz respeito ao regime legal aplicável aos serviços e oficiais dos serviços judiciais, que na atualidade têm o mesmo tratamento jurídico que os funcionários públicos do Estado (Administração Pública), sendo que estes são parte dos mecanismos de exercício do poder executivo (Governo) e aqueles dos tribunais, órgãos de soberania distintos. Rege-os o princípio da separação de poderes. Aos oficiais dos serviços judiciais importa reconhecer a especificidade de estarem ao serviço dos tribunais e a característica geral de também serem funcionários públicos. Importa um estudo próprio desta matéria que também considere as melhores práticas internacionais nesse domínio e as suas razões, de modo a que se possam emitir recomendações com relação ao regime legal dos funcionários judiciais.

### **3. A Reforma - Resultados**

São muitos e relevantes os aspetos a considerar numa agenda para a reforma legislativa com enfoque nos tribunais judiciais. A Comissão já iniciou a análise da reforma com os tribunais, embora esta ainda se encontre numa fase muito inicial. Ela irá propor uma agenda de debate com os magistrados judiciais, segundo o sistema dos próprios tribunais, a Associação dos Magistrados Judiciais de Timor-Leste, o Ministério Público e o Ministério da Justiça para que se venha a dotar uma agenda da reforma, cujo enfoque sejam os tribunais judiciais. Analisaremos a agenda também com a Defensoria Pública e advogados.

A adesão e participação são essenciais para que, no período de um ano (agosto 2017, que marca o fim do seu mandato), se tenham implementadas as metodologias de recolha de dados e analisados os dados obtidos, assim como proposta uma primeira estratégia e programa para a reforma que não seja meramente jurídico-normativa, mas que tenha os complementos necessários, que assegurem a sua efetividade, isto é, que seja uma estratégia de desenvolvimento institucional com recomendação sobre a legislação de suporte.

O que a Comissão pretende nesse ano de trabalho é chegar a um resultado global, que consista numa proposta de estratégia e programa integrado de reforma legislativa e do setor da justiça; numa proposta de modelo institucional da reforma, com suporte legal que permita completar e coordenar a implementação da estratégia e programa da reforma.

A reforma legislativa e do setor da justiça tem como vetor o acesso efetivo à lei e à justiça numa abordagem voltada à sociedade.

Timor-Leste pertence à Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) e quer assegurar a sua adesão à Associação dos Países do Sudeste Asiático (ASEAN), pelo que também temos de considerar na reforma do nosso ordenamento jurídico o que possa resultar do nosso relacionamento com estas organizações multilaterais.

Terminei, a todos as mais cordiais saudações! OBRIGADO BARAK!

# 4º PAINEL

## A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL, A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E OS SISTEMAS JUDICIAIS: ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA, ESTATUTOS PROFISSIONAIS E GESTÃO PROCESSUAL

*xii. O estatuto das magistraturas: independência, autonomia  
e prestação de contas. A ética judiciária.*

José Igreja Matos, Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto, Presidente da Associação Europeia de Juízes. Vice-Presidente da União Internacional de Magistrados (Portugal)

A independência do poder judicial constitui um fator decisivo para a consolidação do Estado de direito. Tendo sido tratado este tema, com detalhe e profundidade, ao longo destes dias na sua vertente conceptual, resulta, a nosso ver, útil e necessária a perspetivação do mesmo tema a partir de exemplos concretos que ocorrem, nos dias de hoje, por esse mundo fora.

A explicitação concreta dos perigos estruturais que afetam a independência do poder judicial pode ser fundamental quer para uma melhor apreensão da importância decisiva deste pilar do judiciário no concreto da realidade vivenciada em diferentes partes do globo quer para o aprofundamento dos mecanismos de reação e combate a tais fenómenos que existem sempre, em maior ou menor grau, nas sociedades modernas, mas que têm vindo a recrudescer nos anos recentes.

Desde logo, como exemplo maior do que constitui um ataque à independência do poder judicial, temos o caso daqueles sistemas do judiciário que se apresentam atualmente completamente descaracterizados, podendo qualificar-se, prosaicamente, como de mera fachada.

Nestas situações limite, encontramos situações como a “captura” dos sistemas judiciais em algumas regiões da América Latina pelo crime organizado – como vem acontecendo na província de Limón na Costa Rica ou em alguns Estados Federais ou cidades do México (Chihuahua, Ciudad Juarez) – ou a completa degradação do que constitui um judiciário digno desse nome como ocorre na Turquia ou na Venezuela.

O caso turco merece, até por ocorrer neste mesmo momento em que aqui nos reunimos, uma atenção particular. Na Turquia, ocorre uma verdadeira purga nos tribunais com a demissão compulsiva e detenção de cerca de 3000 Juizes e Procuradores Turcos; este número astronómico pecará seguramente mais por defeito.

Resultará para muitos incompreensível que o poder político do país em causa tenha recorrido a uma purga desta dimensão. Como foi possível encontrar um tão avassalador número de magistrados tidos como “terroristas”, despojados hoje dos mais elementares direitos concedidos a qualquer cidadão?

A resposta não será fácil e terá, seguramente, múltiplas vertentes que só o tempo e uma análise mais cuidadas poderão descodificar. No entanto, atrevo-me, desde já, a lançar algumas pistas de reflexão.

Vivemos hoje na denominada sociedade da informação a qual é rapidamente disseminada, via internet e, cada vez mais, como recurso às denominada redes sociais.

Ora, tal velocidade de circulação da informação torna-se nefasta para regimes autoritários especialmente quando se procede à “perigosa” divulgação do quotidiano dos tribunais, em especial quando estes aplicam a lei de modo indiferenciado, sem proteger interesses ou corporações instaladas no poder. Por outra via, na medida em que existe, necessariamente, uma disparidade entre as leis e as práticas públicas dos Estados em deriva totalitária, o juiz ou o procurador acabam, ao assumir o primado da lei, por serem inevitavelmente colocados no “olho do furacão”, à mercê do poder punitivo do poder político.

Um segundo segmento onde podemos descortinar falhas estruturais na afirmação de um poder judicial independente caracteriza-se pela circunstância de um dado judiciário nacional viver de “costas voltadas” para o cidadão, muito distante deste.

Este “divórcio” entre os tribunais e os cidadãos existe quando o cidadão não procura o tribunal porque nele não encontra respostas, porque desconhece ou simplesmente porque descrê na resposta que nele possa existir.

Essa desencantada apatia induz, por sua vez, uma ineficácia generalizada sobretudo daqueles que trabalham no sistema judicial.

Aqui podem elencar-se fatores como as da celeridade e da decisão em tempo razoável (já em 1921, Rui Barbosa anunciava que “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”) ou ainda, num patamar mais “silencioso”, a substituição dos tribunais públicos pela arbitragem privada ou ainda o enfoque dos tribunais apenas na tramitação da denominada “litigância de massa” (cobrança de pequenos créditos sobretudo de grandes empresas prestadoras de serviços, execuções, etc.) em detrimento da “litigância nuclear”, pondo em causa a própria função que, geneticamente, deveria caber aos tribunais.

Finalmente, em terceiro lugar, temos os casos em que o sistema judicial se encontra, pura e simplesmente, despojado de recursos, em particular os financeiros.

Como decorrência desta realidade, podemos sinalizar, no âmbito do acesso ao direito, a reforma do sistema judiciário no Reino Unido reduzindo drasticamente o orçamento para o apoio judiciário em £220 milhões, pondo em causa para as pessoas de menor poderio económico o acesso ao aconselhamento e assistência prévios e ainda as restrições orçamentais na Bélgica com um anunciado corte previsto de 10% para o judiciário no período global de quatro anos.

Este fenómeno distingue-se claramente do anterior na medida em que o sistema judicial resulta eficaz, mas sente-se crescentemente inoperante por falta de meios.

Ora, no quadro de imensas dificuldades como as descritas, emerge imperiosa a necessidade de afirmação de um Estatuto das Magistraturas plasmado em lei, dotado de força autoritária, conferida pela imposição normativa, e constitucionalmente protegido.

As exigências normativas, a importância da autoridade da lei, assumem, neste contexto, portanto, uma especial influência. “*Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.*” (Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta) – era já esta a máxima proferida nos idos de 1848 por Henri Lacordaire.

Por isso, constituem eixos fundamentais no desenho legal de qualquer sistema judicial a consagração dos Princípios Básicos da Independência do Judiciário aprovados pelas Nações Unidas e que, em síntese pessoal, explanaríamos deste modo: a Independência do judiciário - “deve ser respeitada e observada”; a Liberdade de expressão e associação exige a “liberdade para formar ou aderir a associações de juizes”; o processo de qualificação, seleção e formação destina-se a escolher “indivíduos íntegros e dotados de mérito”; as condições para o exercício da função impõe a vitaliciedade, ou seja, o “exercício até a à idade de jubilação (reforma)”; a outorga de Imunidade Profissional (irresponsabilidade) determina a “imunidade relativamente a ações cíveis por danos causados por atos ou omissões no exercício da função judicial”.

A independência do poder judicial pressupõe, e exige, igualmente uma devida Prestação de Contas (*accountability*), como se tratasse de duas faces da mesma moeda.

Por sua vez, a *accountability* assenta na transparência e na integridade; hoje, os sistemas de justiça, independentemente da família jurídica a que pertençam, só podem ser certificados qualitativamente se assumirem uma total transparência de procedimentos e conteúdos.

Precisamente neste contexto, vigora um conjunto de princípios internacionais que afirma e concretiza essa imposição.

Assim, por exemplo, no que respeita às carreiras judiciais, a Carta Universal dos Juizes, explica que a seleção e a nomeação de um juiz deve ser efetuada de acordo com critérios objetivos e transparentes, baseados em adequada qualificação profissional, ao passo que a Carta Europeia relativa a magistrados esclarece, a propósito das promoções judiciais, no seu artigo 5º, que estas devem assentar nos princípios da objetividade, preparação profissional e independência constituindo recomendação recorrente do Conselho da Europa que a seleção e a carreira dos juizes deve fundar-se no respetivo mérito.

A prestação de contas não tem como destinatário último os demais poderes do Estado, mas sim, os cidadãos a quem os magistrados representam. A estes pertence o direito de usufruírem de um judiciário íntegro, imparcial, eficaz e eficiente, ao serviço da melhoria dos indicadores de cada país, em especial na afirmação dos direitos humanos e como protagonistas de uma luta, pertinaz e implacável, contra a corrupção.

Ou seja, em todas as circunstâncias, o juiz deve afirmar-se como um referencial da integridade e honorabilidade profissional.

Permitam-me agora algumas notas sobre o tema da ética judicial.

Nos dias de hoje, como evidencia C. Perelman, qualquer sistema jurídico comporta muitos elementos de incerteza agravados pela própria crise da lei o que confere ao juiz acrescida liberdade, fazendo depender de tal modo da íntima convicção do juiz o que concerne ao estabelecimento dos factos que a personalidade do juiz pode, por vezes, resultar decisiva no desenvolvimento do processo e no seu fim. Regular essa “íntima convicção”, procurar delimitar, muito através de um conjunto de compromissos com regras éticas, a discricionariedade de quem julga, reduzindo a possibilidade de manter imperscrutável o erro judicial, justifica amplamente a relevância desta temática e a recente proliferação de códigos de ética.

Num recenseamento breve, anotem-se, numa escala universal ou continental, em particular, os “Princípios de Bangalore de Conduta Judicial”, o “Estatuto Universal do Juiz”, da União Internacional de Magistrados, aprovado em Taipé, em 1999, e que se encontra em processo de revisão visando a densificação e reponderação de conteúdos, o “Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary” – Law Association for Asia and the Pacific” e a “Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes”, do Conselho da Europa, 1998.

No que toca especificamente à ética judicial, temos que destacar primacialmente, pela qualidade do trabalho desenvolvido, o “Código Modelo Ibero-americano de Ética Judicial”. Mas perfilam-se outros Códigos atinentes, com uma dimensão geograficamente delimitada ou jurisdicionalmente circunscrita; neste último caso, temos o “Código de Ética Judicial do Tribunal Penal Internacional” e no relativo a países específicos, temos, na Austrália, o “*Guide to Judicial Conduct*”, na Bélgica o “*Guide pour les magistrats: principes, valeurs et qualités*” emanado do Conselho Superior da Justiça, em 2012, no Brasil o “Código de Ética da Magistratura Nacional”, do Conselho Nacional de Justiça, de 2008, no Canadá, os “*Principes de Déontologie Judiciaire*” – Conseil Canadien de la Magistrature, de 2004, na China, o Código de Conduta dos Magistrados da China, de 1995, nos Estados Unidos da América, o “*Code of Conduct for United States Judges*” provindo da Judicial Conference of the United States, já de 2014, e o “*Model Code of Judicial Conduct*” da American Bar Association, de 2011.

Em França, o Conselho Superior da Magistratura publicou, em 2010, um “*Recueil des obligations déontologiques des magistrats*”, Conseil Supérieur de la Magistrature, ao passo que, em Inglaterra e no País de Gales, surgiu em 2013 um “*Guide to Judicial Conduct*” semelhante ao “*Guidelines for Judicial Conduct*” publicado no mesmo ano.

Os juízes e procuradores italianos optaram por assumir em sede associativa um “Código Ético dos Magistrados” no ano de 1995, provindo da Associazione Nazionale Magistrati, numa situação idêntica à portuguesa. Assim, em 2009, aquando do 8º Congresso, a Associação Sindical dos Juízes Portugueses aprovou o “Compromisso Ético dos Juízes Portugueses”.

Existem seguramente muitas mais semelhanças do que diferenças nestes vários documentos.

Com um olhar mais atento àquele que obedeceu, a nosso ver, a um processo mais consistente de maturação – o Código Ibero-Americano –, crucial será elucidar os princípios fundamentais neles consagrados.

A sua elaboração foi entendida, sintomaticamente, como um compromisso institucional com a excelência e como um instrumento destinado a legitimar o poder judicial.



São treze os princípios nele elencados que são vistos como núcleos concentrados da ética judicial:

Independência (reiterando que não está em causa um privilégio do juiz, mas uma garantia do cidadão; assim, exige-se nomeadamente que ao juiz lhe esteja “eticamente vedado” participar em qualquer tipo de atividade político-partidária);

Imparcialidade (de harmonia com o art.º 10.º deste Código, “o juiz imparcial é aquele que persegue, com objetividade e com apoio na prova produzida, a verdade dos factos, mantendo em todo o processo uma equivalente distância com as partes e com os seus advogados, e evita todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceitos”);

Motivação (sublinhe-se que a obrigação de motivar as decisões surge como pressuposto de legitimação da própria decisão judicial);

Conhecimento e capacitação (este um exemplo claro em como um princípio ético se relaciona com a qualidade dos sistemas judiciais na busca da excelência);

Justiça e equidade (o artigo 36º assume, sem reboço, que “a exigência de equidade deriva da necessidade de temperar, com critérios de justiça, as consequências pessoais, familiares ou sociais desfavoráveis surgidas por força da inevitável abstração e generalidade das leis);

Responsabilidade institucional (de atualidade inegável à luz das novas imposições da gestão judicial, este princípio estatui que o juiz deve assumir um compromisso ativo na busca de um melhor funcionamento do sistema judicial no seu todo);

Cortesia (corretamente associada a uma cultura de tolerância, nos termos do artigo 52.º);

Integridade (a integridade é pensada para além do estrito âmbito da atividade jurisdicional e é vista como contribuindo para uma fundamentada confiança dos cidadãos na judicatura);

Transparência (fator essencial de creditação do sistema judicial é, coerentemente, erigido igualmente como princípio ético);

Segredo profissional (o qual, exigentemente, é estendido ao próprio domínio do privado, com óbvias repercussões nomeadamente no uso das redes sociais);

Prudência (orientada, nos termos do art.º 68.º, para o autocontrolo do poder de decisão dos juízes e para o cabal cumprimento da função jurisdicional. O juiz prudente “é o que procura que os seus comportamentos, atitudes e decisões sejam o resultado de um juízo justificado racionalmente, depois de haver meditado e avaliado argumentos e contra-argumentos disponíveis no âmbito do Direito aplicável.” (art.º 69.º);

Diligência (afirma-se, no art.º 73º, que “a exigência de diligência está encaminhada para evitar a injustiça que comporta uma decisão tardia”);

Honestidade profissional (reconduzida às questões do conflito de interesses e da legitimidade absoluta do respetivo património pessoal).

O Código de Ética dos Estados Unidos de América explicita os seus Princípios essenciais do seguinte modo: “Os juízes devem manter a integridade e independência do poder judicial, devem evitar a incorreção e a aparência de incorreção nas suas atividades; devem desempenhar os deveres do cargo de forma imparcial e diligente; podem realizar atividades extrajudiciais para aperfeiçoar a lei, o regime jurídico e a administração da justiça mas devem exercê-las de modo a reduzir ao mínimo o risco de conflito com os seus deveres judiciais, devendo informar sobre a compensação eventualmente recebida por essas atividades; devem abster-se de atividades políticas”.

Ainda uma referência relativa ao “Compromisso Ético dos Juízes Portugueses” que se organiza em oito capítulos: “Independência”, “Imparcialidade”, “Integridade”, “Humanismo”, “Diligência”, “Reserva” e, pertinentemente, o “Associativismo judicial”. Com uma estrutura que convida ao debate reflexivo, os princípios descritos são alvo de comentários a propósito de cada um deles.

Este compromisso ético foi feito, segundo os autores, para promover a independência, a imparcialidade, a integridade e a competência no exercício profissional e a vinculação aos valores da Justiça e dos Direitos Humanos, numa lógica de qualificação do sistema judicial perante os cidadãos, mas assume também o propósito de aumentar o grau de confiança pública no sistema de justiça e de ajudar os juízes a encontrar respostas às questões de ética e da deontologia profissional.

Ao contrário do que alguns possam conjecturar, afirmando não lhes ser necessária a ética por se comportarem já profissionalmente de modo íntegro, um compromisso ético claro e inequívoco por parte dos magistrados é essencial e acarretará, seguramente, pelo menos uma “mão cheia” de vantagens na esteira do propugnado por Rodolfo Vigo.

A ética, desde logo, promove a Democracia porque sempre implica um debate aberto e transparente sobre as condutas profissionais dos intervenientes no sistema de justiça; por outro lado, estimula os profissionais a irem além do cumprimento estrito dos seus deveres funcionais, neste sentido, é mais abrangente que o Direito.

Mas a ética também fortalece a independência do poder judicial – justamente porque é exigente requer juízes ávidos de independência e permite a luta por direitos profissionais que, de outro modo, não seriam mais que exigências corporativas ou sindicais. Se, por exemplo, a ética exige, ao profissional, formação permanente, esta sua reivindicação entronca num argumento que atende, não ao interesse de uma dada classe profissional, mas à própria capacitação do sistema judicial.

E outros exemplos se poderiam acrescentar como os relativos às questões de segurança dos profissionais da justiça; eloquentemente, leia-se no art.º 35º do Estatuto do Juiz Ibero-Americano: “Como garantia da independência e imparcialidade subjacentes ao exercício da função judicial, o Estado proporcionará os meios necessários para a segurança pessoal e familiar dos juízes em função das circunstâncias de risco a que estejam submetidos”; pugnar pela segurança dos agentes judiciais não entronca numa perspectiva auto-legitimatória, mas obedece a uma exigência transversal à própria afirmação do poder público.

Um outro fator de proeminência diz respeito à satisfação e tranquilidade psicológica que são proporcionadas às pessoas que conduzem a sua vida em função de valores éticos – deste modo, respeitar a ética não só torna mais eficazes e confiantes aqueles que a prosseguem como lhes confere um bem-estar decorrente dessa opção fundante.

Uma última razão, sempre assente, em muito, no pensamento de Rodolfo Vigo que indica ainda algumas outras, concerne a uma constatação há muito detetada pelas grandes empresas privadas, em especial as multinacionais – a de que a promoção de comportamentos éticos suscita um clima laboral e institucional melhor, potenciando a produtividade, num círculo virtuoso que conduz a que “bons juízes” dificultam o trabalho de “maus” advogados, estimulando o trabalho de outros “bons” juízes ou oficiais de justiça.

Ou seja, no limite, poderá dizer-se que a ética judicial constitui um pressuposto importante na afirmação de uma cultura de excelência, fim último de qualquer sistema de justiça.

É tempo de terminar.

Os temas que enunciamos adquirem protagonismo incontornável em qualquer país, em qualquer sistema judicial seja ele mais afeito à *civil law* ou à *common law*. Têm igualmente uma dimensão decisiva em jovens países como Timor-Leste que trilha ainda passos iniciais neste caminho de futuro.

A afirmação democrática de Timor-Leste assente na primazia da Lei, na prossecução do Estado de Direito e no respeito intransigente por um poder judicial independente, qualificado e íntegro permitirá, seguramente, que Timor “ressurja das águas”, plagiando a expressão feliz do poeta Rui Cinatti.

São múltiplos e complexos os desafios que o Judiciário timorense enfrenta; mas o seu compromisso para com a respetiva comunidade apenas poderá ser respeitado a partir de uma irreduzível afirmação da sua independência e de um sólido compromisso ético para com os valores que corporizam a integridade e imparcialidade do juiz.

Uma palavra final: os juízes desenvolvem uma atividade que, pela sua natureza, é muitas vezes solitária. Daí que a defesa dos princípios e valores imanentes ao poder judicial tenha que recorrer, a mais das vezes, às estruturas associativas.

As associações de juízes, em particular em países como Timor-Leste que estão ainda a construir os alicerces do seu jovem Estado, assumem, portanto, uma dimensão crucial e incontornável. Neste sentido, a consagração de um associativismo empenhado e solidário em Timor deve ser aplaudida, estimulada e reforçada. Essa mensagem gostaria também que ressoasse claramente no presente seminário.

# 4º PAINEL

## A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL, A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E OS SISTEMAS JUDICIAIS: ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA, ESTATUTOS PROFISSIONAIS E GESTÃO PROCESSUAL

### *xiii. A organização judiciária e o estatuto das magistraturas em Timor-Leste*

José Manuel Gomes Guterres, Advogado, Membro do Conselho  
Superior da Magistratura Judicial de Timor-Leste

Quero antes de mais, agradecer o convite que me foi endereçado pela Associação dos Magistrados de Timor-Leste, na pessoa do Senhor Presidente Dr. Antonino Gonçalves, o Tribunal de Recurso, a Conferência dos Ministros da Justiça dos Países de Língua Oficial Portuguesa e a União Internacional de Juizes de Língua Portuguesa.

Sinto-me honrado em participar neste seminário e tentar contribuir com a minha opinião para este importante tema que é o “Estado de Direito e os Tribunais no Estado de Direito”.

É importante porque, segundo a Lei Fundamental, Timor-Leste é um Estado de direito democrático onde o poder se subordina ao Direito, o Estado se subordina à Constituição e às leis.

Não basta ter estes princípios plasmados na Constituição da República. É necessário implementar, proteger e afirmá-los porque há sempre uma tendência a eliminar ou ignorá-los por parte de outros poderes.

A apresentação do meu documento leva-me a fazer uma retrospectiva, para uma parte da história de Timor-Leste nos anos de 2000 a 2002, que corresponde aos períodos dos governos provisórios das Nações Unidas e do primeiro Governo Constitucional até a presente data que são, ao todo, dezasseis anos, de um novo país e com imensos desafios.

Timor-Leste é um país muito jovem. Como Estado soberano tem apenas 14 anos. Tudo foi construído dos escombros. Este país começou do zero.

### **Organização Judiciária**

Quando as Nações Unidas entraram em Timor, ao abrigo da Resolução do Conselho de Segurança, não havia nenhuma instituição do Estado. Nem era ainda um Estado. Era um território acabado de ser libertado depois de 24 anos de ocupação.

As Nações Unidas aprovaram uma Resolução que outorgava plenos poderes ao Representante Especial do Secretário Geral das Nações Unidas. Era a Resolução 1272, de 25 de outubro de 1999, que conferia ao Representante Especial do Secretário Geral das Nações Unidas, os poderes legislativo, executivo e incluindo a administração da justiça.

Surgem, assim, os primeiros pilares da organização judiciária durante o período da administração transitória de Timor-Leste pelas Nações Unidas.

No seguimento da referida Resolução foi criado o Regulamento 1999/1, sobre os poderes da Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste.

Na sequência do que foi referido, foi emitido pela UNTAET o Regulamento 1999/03, de 3 de dezembro que estabelece uma Comissão Transitória de Serviço Judicial a fim de recomendar ao Administrador Transitório candidatos ao serviço provisório judicial ou de procuradoria. Esta Comissão tinha também como funções dar pareceres sobre a cessação de funções de juizes ou procuradores e a preparação de um Código de ética de Juizes e Procuradores.

Surgiu, depois, o Regulamento da UNTAET nº2000/11, de 6 de março, sobre a organização dos tribunais em Timor-Leste. Assim são criados os tribunais distritais e o Tribunal de Apelação (artigo 4º, sob epígrafe “Tribunais em Timor-Leste”). Em razão de matéria os tribunais distritais tinham competência para decidir sobre todas as matérias na qualidade de tribunais de primeira instância. Em razão do lugar, havia tribunais nos distritos de Díli, Baucau, Lospalos, Viqueque, Same, Maliana, Ermera e Oecusse.

O Tribunal Distrital de Díli (conforme o artigo 10º, do Regulamento nº2000/11), tinha competência exclusiva para o processo e julgamento dos crimes graves, genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, assassinato, crimes sexuais e tortura. Relativamente aos crimes de assassinato e tortura o Tribunal Distrital de Díli tinha – e tem – competência exclusiva quando estes crimes tenham sido cometidos entre o período de 1 de janeiro de 1999 e 25 de outubro de 1999 (Artigo 10º, nº2).

O Regulamento nº2000/11, foi alterado pelo Regulamento nº2000/14, de 10 de maio, passando a haver apenas tribunais distritais em Baucau com competências para os distritos de Baucau, Lautem, Viqueque e Manatuto; o Tribunal Distrital de Suai com competências para os distritos de Cova Lima, Bobonaro, Ainaro e Manufahe; o Tribunal Distrital de Oecusse para o distrito de Oecusse e o Tribunal Distrital de Díli com competência para os distritos de Díli, Ermera, Aileu e Liquiçá.

Deixou de haver tribunais distritais de Lospalos, Viqueque, Same, Maliana e Ermera.

Mais tarde houve nova alteração e os tribunais em Timor-Leste passaram a ser compostos por tribunais distritais e Tribunal de Recurso (artigo 4º, do Regulamento 2001/25).

Em 20 de maio de 2002, entrou em vigor a Constituição da República Democrática de Timor-Leste, RDTL. A Constituição prevê algumas categorias de tribunais (no artigo 123º), nomeadamente, o Supremo Tribunal de Justiça e outros tribunais judiciais, Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas e tribunais administrativos de primeira instância, tribunais militares, tribunais marítimos e arbitrais e encontra-se também consagrado na Constituição o Conselho Superior da Magistratura Judicial.

Após a restauração da independência, foi aprovada pelo Parlamento Nacional a Lei nº8/2002, de 20 de setembro, sobre o estatuto da magistratura e criado o Conselho Superior da Magistratura Judicial.

A Constituição prevê nas normas transitórias (no artigo 163º, sobre a organização judicial transitória) que a organização judiciária existente em Timor-Leste, no momento da entrada em vigor da Constituição, deve manter-se em funcionamento até a instalação e início em funções do novo sistema judiciário.

Estatui também que, até a instalação e início de funções do Supremo Tribunal de Justiça, todos os poderes atribuídos pela Constituição a este Tribunal são exercidos pela Instância Judicial Máxima da organização Judiciária existente em Timor-Leste (artigo 164º, da Constituição).

Em 18 de Agosto de 2011, entrou em vigor a Lei nº9/2011, publicada em 17 de agosto, que cria a Câmara de Contas do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas que lhe compete controlar as finanças públicas, fiscalizando a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, apreciar a boa gestão financeira e efetivar responsabilidades por infrações financeiras.

Até a presente data, os tribunais em Timor-Leste continuam a ser o Tribunal de Recurso que é a instância judicial máxima da organização judiciária, os tribunais distritais e a Câmara de Contas.

As categorias de tribunais previstos na Constituição ainda não foram todas criadas ou ainda estão a ser criadas.

A organização dos tribunais implica também a administração e gestão.



Os serviços administrativos do Tribunal de Recurso e dos tribunais distritais, a Câmara de Contas do Tribunal Superior Administrativo e Fiscal e o Conselho Superior da Magistratura Judicial, são assegurados pelos Serviços de Apoio aos Tribunais e dependem hierárquica e funcionalmente do Tribunal de Recurso, dos tribunais distritais, da Câmara de Contas e do Conselho Superior da Magistratura Judicial<sup>124</sup>. Estes serviços asseguram a gestão dos processos e papéis que entram e correm nos tribunais. É a parte dos serviços de apoio técnico.

São também atribuições dos Serviços de Apoio aos Tribunais assegurar, na parte instrumental, a administração do pessoal e do património dos Tribunais, o recrutamento e a formação dos recursos humanos. Asseguram a assistência técnico-especializada à prossecução das atividades dos tribunais, a elaboração dos planos de ação dos tribunais, execução do orçamento afeto aos tribunais através do Orçamento Geral do Estado; exercem o controlo financeiro sobre a execução do orçamento dos tribunais, estabelecem mecanismos de colaboração e de coordenação com outros organismos do Estado.

Os serviços de apoio instrumental são atribuídos à Direção de Gestão Financeira e Patrimonial, à Direção de Recursos Humanos, ao Serviço Central de Informação e Comunicação e ao Serviço Central de Tradução e Interpretação. Estes serviços de apoio técnico e instrumental encontram-se na Direção-Geral dos Tribunais que juntamente com o Gabinete do Presidente compreendem os Serviços de Apoio dos Tribunais.<sup>125</sup>

É este o quadro geral da organização dos tribunais de Timor-Leste.

O que vou falar a seguir tem também ligação com as razões de ainda não ter existido as categorias dos tribunais previstos na Constituição.

## **Recursos Humanos**

Há necessidade de criar os tribunais que se encontram descritos na Constituição porque surgem cada vez mais demandas à medida que o país vai evoluindo. Mas não basta criá-los.

É necessário haver recursos humanos. Os tribunais só funcionam se houver juizes, oficiais de justiça, intérpretes e tradutores e outros trabalhadores que, juntamente com as infraestruturas, constituem a máquina que os faz funcionar.

A componente humana tem sido, desde a libertação de Timor-Leste, um problema que até agora o país tem de superar. Esta é uma das razões de não ter ainda criado as outras categorias de tribunais previstos na Constituição da República. É fácil de querer criar mais tribunais, mas o problema são os recursos humanos. Timor-Leste tem muitos licenciados em Direito. Todos os anos são formados dezenas de licenciados em Direito nas universidades nacionais e em universidades de outros países. No entanto, não é fácil de encontrar pessoas com perfil adequado e capazes de preencher os lugares que surgem com a criação de novas instituições.

Pese embora as dificuldades apontadas, é de registar o esforço que os sucessivos governos têm vindo a desempenhar desde os governos transitórios até os constitucionais. Registaram-se vários avanços ao longo destes anos, mas os meios humanos continuam a ser escassos em termos de qualidade e quantidade.

Para complementar e capacitar os recursos humanos existentes foi criado o Centro de Formação Jurídica que tem vindo a desempenhar um papel importante na formação de magistrados judiciais, do Ministério Público, Defensores Públicos, advogados privados, oficiais de justiça, notários, entre outros.

<sup>124</sup> Artigos 1º e 2º, do Decreto-Lei nº34/2012, de 18 de julho

<sup>125</sup> Artigos 3º, 4º e 5º, do Decreto-Lei nº34/2012, de 18 de julho

É necessário apostar na formação e formação contínua dos operadores de Direito. Formar mais e desenvolver mais os que já existem. A aposta na formação passa também pela qualidade dos cursos de Direito nas universidades públicas e privadas. Os conhecimentos aí adquiridos permitirão a diversificação nas várias áreas do Direito e, assim, poder-se-á avançar para a criação dos tribunais previstos na Constituição da República, bem como a criação de mais tribunais nos distritos a fim de poder melhor servir as comunidades, os cidadãos, os habitantes e o Estado timorense.

No meu humilde entender, deve-se fazer mais porque a sociedade, o desenvolvimento e a globalização exigem cada vez mais do Estado em geral e dos tribunais em particular. Por isso, penso que há objetivos que devem ser alcançados a médio prazo. Esses objetivos são:

- a) Melhorar e aumentar os recursos humanos;
- b) Realizar inspeção aos magistrados judiciais e
- c) Criar mais tribunais.

#### **a) Melhorar e aumentar os recursos humanos**

Melhorar, dar qualidade e aumentar os recursos humanos deve ser um objetivo a alcançar. É um esforço que deve ser contínuo. Temos vindo a verificar que este desiderato tem sido prosseguido, mas é necessário que seja mais intensificado.

É preciso apostar na formação de formadores. Timor-Leste tem recrutado formadores estrangeiros para darem formação na área do direito. No entanto, é essencial iniciar com programas de formação de formadores para podermos ficar menos dependentes do exterior.

#### **b) Realizar inspeção aos magistrados judiciais**

Junto do Conselho Superior da Magistratura Judicial, funciona a Inspeção Judicial<sup>126</sup> constituída por inspetores judiciais, inspetores contadores e secretários de inspeção.

Os inspetores judiciais são nomeados entre os juizes de direito de 1ª classe, com classificação de “Muito Bom” enquanto que os inspetores contadores são nomeados de entre os secretários judiciais, com a classificação mínima de “Bom”<sup>127</sup>. (A competência da Inspeção Judicial encontra-se prevista no artigo 23º, da Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterada pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro). Compete-lhe (Inspeção Judicial), entre outras (competências), colher informação sobre o serviço, o mérito e a integridade profissional dos magistrados e dos funcionários de justiça. Esta tarefa não pode ser feita por inspetores de categoria ou autoridade inferiores às dos magistrados inspecionados.

#### **c) Criação de mais tribunais, o que passa por uma reforma a organização judiciária**

Tal como referi, as exigências da sociedade e da globalização impõem no dia a dia grandes esforços de adequação e de resposta as mesmas. É preciso criar mais tribunais (mesmo que sejam de competência genérica), por isso é necessário que se faça uma reforma à organização judiciária.

<sup>126</sup> Artigo 22º, nºs 3 e 4, da Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro.

<sup>127</sup> Artigo 22º, nºs 1 e 2, da Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro.

## Estatuto dos magistrados judiciais

Para criar mais tribunais no país, é necessário que haja recursos humanos, tais como magistrados judiciais, do Ministério Público, Defensores Públicos e advogados, oficiais judiciais, intérpretes e tradutores, investigadores, auditores, etc.

Estes cargos foram criados por lei. Por exemplo os magistrados judiciais e do Ministério Público têm uma carreira já definida. De igual modo têm os Defensores Públicos e os Oficiais de justiça.

No entanto, não é fácil de implementar a lei. Senão vejamos:

O estatuto dos magistrados judiciais é regulado pela Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro. Neste diploma está previsto dois importantes órgãos que são o Conselho Superior da Magistratura Judicial (CSMJ) e a Inspeção Judicial que funciona junto daquele.

É, entre outras, da competência do CSMJ em relação aos magistrados judiciais nomear, colocar, transferir, promover, exonerar e apreciar o mérito profissional, exercer a ação disciplinar e, em geral, praticar todos os atos de idêntica natureza, pronunciar-se sobre os pedidos de aposentação dos magistrados e também, em relação aos funcionários de justiça, apreciar o mérito profissional e exercer a ação disciplinar sem prejuízo da competência disciplinar atribuída aos juízes<sup>128</sup>. O CSMJ nomeia, excepcionalmente, juízes auxiliares para os tribunais, quando se verifique ausência prolongada do titular com perturbação séria dos serviços ou haja acumulação excessiva de trabalho<sup>129</sup>. Cabe ainda ao CSMJ nomear o Secretário do Conselho, inspetores judiciais, inspetores contadores e os secretários de inspeção<sup>130</sup>. Em relação aos tribunais cabe-lhe ordenar a realização de inspeções extraordinárias, sindicâncias e inquéritos aos tribunais.<sup>131</sup>

A Inspeção Judicial faculta ao CSMJ o conhecimento do estado, necessidade e deficiências dos serviços judiciais, colhe informações sobre o serviço, o mérito e a integridade profissional dos magistrados e funcionários de justiça realiza inspeções, inquéritos, sindicâncias e instrui processos disciplinares aos juízes ordenados pelo CSMJ.<sup>132</sup>

Estou a referir-me a este órgão (a Inspeção Judicial) citando a lei, mas na realidade em Timor-Leste os juízes não têm sido inspecionados, por isso, os juízes timorenses ao longo destes anos têm sido afetados na carreira. Não têm tido progressão e promoção o que constitui uma situação lamentável e desincentivadora.

Não estou aqui para promover ou falar em defesa desta classe, mas gostaria de lembrar que os juízes timorenses têm feito sacrifícios desde os governos provisórios até a presente data, facto que só quem tem responsabilidades e espírito de servir o país pode consentir mais sacrifícios. Digo mais sacrifícios porque a maioria dos magistrados foi estudante no tempo da Resistência contra a ocupação e durante aquele período fazia-se pela libertação os sacrifícios necessários para alcançar os objetivos que eram então, entre outros, a libertação e a criação do Estado timorense.

Queremos um sistema judicial forte e de qualidade de modo a podermos assegurar um Estado de direito e garantir uma justiça capaz de responder às exigências da sociedade, económicas, políticas e outras.

É importante conhecer alguns problemas nossos que têm vindo a afetar a nossa magistratura judicial porque isto, na minha humilde opinião, faz parte dos objetivos específicos deste seminário.

<sup>128</sup> Artigo 15º, nº1, alíneas a), b) e f), da Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro.

<sup>129</sup> 15º, nº2, da Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro.

<sup>130</sup> Artigo 15º, nº1, alínea c), da Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro.

<sup>131</sup> Artigo 15º, nº1, alínea d), da Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro.

<sup>132</sup> Artigo 23º, da Lei nº8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei nº11/2004 de 29 de dezembro.

Como disse, acabei de fazer referência a Inspeção Judicial, mas em Timor-Leste estamos a passar por uma situação em que não a temos. Não a tendo, são os magistrados judiciais que diretamente são afetados na sua carreira porque não há informação sobre o serviço, o mérito, a integridade profissional dos mesmos e o CSMJ não os poderá classificar. Esta situação vem-se arrastando pelo tempo. Um dos problemas deste atraso é o facto de Timor-Leste estar a aguardar pelos inspetores, de um dos países amigos, para que se possa fazer a inspeção, sendo isto só possível no âmbito da cooperação internacional.

Timor-Leste ainda não tem juízes de 1ª classe. Por essa razão, os inspetores judiciais devem ser de países amigos de modo a que possam fazer a avaliação. Porque a lei impõe que a inspeção destinada a colher informação sobre o serviço, o mérito e a integridade profissional dos magistrados judiciais não pode ser feita por inspetores de categoria ou autoridade inferiores à dos magistrados inspecionados.<sup>133</sup>

Dizia eu que Timor-Leste continua a aguardar pelos inspetores judiciais porque, em 2014, quando tudo estava preparado para se proceder à inspeção, o Estado de Timor-Leste decidiu expulsar magistrados internacionais acabando por prejudicar a inspeção que iria contribuir para a progressão e promoção na carreira dos juízes. Esta medida teve efeitos na cooperação em geral e o impacto foi o cancelamento do processo da vinda dos inspetores a Timor-Leste, visto que se tratou de uma medida que afetou as relações entre Timor-Leste e os países de onde os inspetores e os magistrados expulsos eram provenientes. Por isso, até agora, continuamos a aguardar com esperança que a situação se resolva.

Como cidadão e advogado, sinto-me à vontade para falar sobre este assunto porque não tenho nenhum interesse a não ser pela qualidade dos serviços judiciais e pela justiça. A consequência da falta de inspeção acaba, no entanto, ao meu ver, por ter consequências não só na carreira dos magistrados judiciais como também na organização judiciária no que tange a criação de mais de algumas das categorias de tribunais previstas na Constituição da República ou de estabelecer mais tribunais distritais. Isto porque os juízes não progridem nem são promovidos na carreira e, por causa disso, não vejo que a breve prazo Timor-Leste possa criar mais tribunais. Por outro lado, enquanto a lei não for alterada, o país não vai poder ter inspetores judiciais para poder inspecionar os juízes de 2ª classe, que é a classe mais alta que hoje existe.

Timor-Leste tem juízes de direito que continuam na 3ª Classe há mais de 10 anos. Nunca houve progressão e muito menos promoção na carreira por falta de inspeção.

É com as inspeções é que o CSMJ poderá ter o perfeito conhecimento do estado das necessidades e deficiência dos serviços dos tribunais e poder tomar as providências que dele dependam ou propor ao Ministro de Justiça as medidas que requeiram a intervenção do Governo.

É também através da inspeção que o CSMJ tem o conhecimento sobre o trabalho efetuado pelos juízes e seu mérito bem como os serviços de inspeção podem instruir processos disciplinares aos juízes ordenados pelo CSMJ.

Há dois tipos de inspeções: inspeção aos tribunais e ao serviço dos juízes, com vista a avaliação do respetivo mérito, que podem ser ordinárias ou extraordinárias<sup>134</sup>.

O governo tem um papel muito importante porque cabe-lhe estabelecer e promover as relações no âmbito da justiça com outros países irmãos para que Timor-Leste possa avançar e melhorar na área da justiça.

Uma nota importante ligada a cooperação é a parte financeira. Não se pode apenas demonstrar através de palavras e de assinaturas de protocolos que existe vontade política. É necessário ir um pouco mais além. Bem sabemos que uma das partes importantes da implementação com sucesso dos acordos de cooperação, e não só, está ligada ao financiamento. Por isso, para uma implementação com sucesso não se deve reduzir o orçamento da área de justiça. O orçamento geral do Estado no setor da justiça deve ser reforçado para que tudo isto possa ser concretizado. Mas isso, como referi, é da competência do governo.

<sup>133</sup> Artigo 23º, n.º 3, da Lei n.º 8/2002, de 20 de setembro, alterado pela Lei n.º 11/2004 de 29 de dezembro.

<sup>134</sup> Artigo 2º, do Regulamento das Inspeções Judiciais do CSMJ aprovado pela Resolução de 19 de março de 2009.

Concluindo nesta parte, o Estado de Timor-Leste deve promover e desenvolver a cooperação na área da justiça com os países de língua portuguesa em particular e, no geral, com os países da mesma família do Direito sem exclusão de outros com sistemas diferentes.

A cooperação, mesmo que haja muita vontade política, há-de sempre estar dependente de financiamento. Timor-Leste deve prever no Orçamento Geral do Estado um orçamento destinado a implementação dos acordos de cooperação na área da justiça. Havendo orçamento, penso que as principais questões aqui levantadas nomeadamente, a inspeção e formação poderão vir a ser resolvidas.

## **Formação**

Não posso nesta minha intervenção deixar de dirigir uma palavra de apreço ao Centro de Formação Jurídica.

O Centro de Formação Jurídica foi formalizado/criado, em 2003, pelo Decreto 3/2003, de 29 de outubro. É um estabelecimento de formação e investigação dotado de autonomia técnica, sob a tutela do Ministro da Justiça, competindo-lhe formar magistrados judiciais, do Ministério Público e de Defensores Públicos, funcionários judiciais, Conservadores e Notários, guardas prisionais, assegurar cursos de formação profissional para outros funcionários públicos na área do Direito e da Justiça, apoiar ações de formação a advogados, promover e desenvolver atividades de estudo e de investigação jurídica e publicação científica, promover o desenvolvimento e gerir a manutenção de uma biblioteca jurídica<sup>135</sup>.

Ao longo destes anos, esta instituição muito contribuiu para a formação de operadores da área do direito, por isso, é necessário continuar a apostar, criando condições, dando-lhe qualidade, para podermos enfrentar os novos desafios.

É também necessário apostar na especialização. As mudanças, a globalização, ocorridas no mundo obrigam o sistema judiciário a novos desafios. Cada vez mais surgem processos que incidem sobre áreas, tais como, direito fiscal, contencioso administrativo, laboral, comercial, bancário, etc. que são verdadeiros desafios para as nossas capacidades e que nos conduzem inevitavelmente para a especialização.

A sociedade cada vez mais vai sendo informada e o recurso aos tribunais tem vindo a aumentar. Este aumento de procura tem sido, em várias áreas, o que exige a qualificação constante dos profissionais. A especialização dos juizes contribui para a qualidade do nosso sistema judiciário e da qualidade das decisões bem como das exigências que vão surgindo dos diferentes setores da sociedade e do mundo.

Não podemos esquecer que devemos sempre contar com a cooperação internacional que é muito importante na formação dos nossos recursos humanos, principalmente com os países que também contribuíram para edificar o nosso sistema judiciário.

A formação contínua deve ser desenvolvida e é necessário que haja um programa definido e orçamentado de modo a que se possa realizar de modo regular e sustentado, fazendo isto parte da política do Governo, através do Ministério da Justiça.

Antes de terminar quero uma vez mais agradecer aos organizadores deste seminário pela oportunidade que me foi concedida para aqui, perante os presentes expressar a minha opinião.

Muito obrigado!

<sup>135</sup> Decreto de 3/2003, de 29 de outubro.

# CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

*Independência judicial e Estado de direito*

Eduardo Vera-Cruz Pinto, Professor Catedrático da Faculdade de Direito  
da Universidade de Lisboa (Portugal)



A forma de criar e de aplicar o Direito em Portugal há muito que precisa de uma reforma estrutural que tarda em começar. Sei que, os que mais se empenharam em procurar reformar as coisas na Justiça, políticos e magistrados, o fizeram com boa e reta intenção, dando o melhor de si à causa pública. Não é, no entanto, de pessoas que aqui tratamos, mas de ideias e de propostas.

A primeira ideia é afirmar a necessidade de assumir um compromisso político no sentido de abandonar modos de organização e de funcionamento que impedem as instituições judiciárias do Estado de prestar justiça às pessoas. Essa constatação tem sido ilidida por um discurso político acomodado, de mera sobrevivência, comunicado por protagonistas (jornalistas?) instalados, nos lugares que o sistema oferece.

É essa incapacidade para enfrentar os efeitos das mudanças, a falta de vontade em correr riscos, o medo de pensar e a incompetência para agir – que faz apresentar pequenas alterações legislativas como grandes reformas e movimentos de curto alcance e menor duração como ruturas sistémicas – que torna as elites governativas, entrincheiradas nos partidos políticos (dentro ou fora do “arco de governação”) incapazes de iniciar a mudança necessária para resgatar a Justiça pelo Direito no âmbito do Estado.

Se políticos no exercício de cargos, ou na titularidade de funções nos órgãos do Estado, e “jornalistas”, que comunicam as opções deles sem sentido crítico ou intenção de contraditório, deixaram de contar para o futuro da Justiça, importa saber se podem ser os magistrados judiciais e os professores de Direito os protagonistas dessa reforma estrutural profunda de que carece a Justiça portuguesa. Penso que sim.

Se seguirmos as competências fixadas na Constituição e nas leis não podem ser eles a ter qualquer protagonismo na efetivação das medidas necessárias para essa reforma. Se olharmos para o estado atual das coisas e para o bloqueio institucional a que décadas de inércia e de inação dos políticos profissionais conduziu o Direito e a Justiça, temos de chamar estes dois grupos profissionais (magistrados e professores) para esta batalha reformadora pelo futuro da Justiça.

Não é uma tarefa fácil e – face às mentalidades existentes nos titulares dos órgãos decisores, às práticas institucionais consolidadas e aos interesses conhecidos a defender pelas associações sindicais, enquanto corporações profissionais – pode tornar-se mesmo impossível de cumprir.

Numa sociedade avessa ao risco, com tendência para o paternalismo social e político, muitas vezes sob a forma mitigada de pequenos caudilhismos e onde o Estado é sobretudo o Governo e a sociedade civil organizada um conjunto de entidades subsidiadas pelo governo, a Justiça projeta o estado de coisas e reflete o sistema em que se insere.

Neste tipo de sociedades imobilistas em que o sistema político apenas avaliza o status quo vigente (em que os tribunais se esgotam em aplicar as leis que garantem a sobrevivência no poder dos seus autores), a incapacidade para mudar através de reformas provoca – quando se atinge o pico de inadaptação entre as expectativas das pessoas e os modelos institucionais vigentes – a revolução com os dramas, os excessos e as tragédias que acarreta.

Por isso, a reforma estrutural da Justiça é vital para um futuro democrático em liberdade e respeito pelos direitos das pessoas e agora, pelas circunstâncias já apontadas, as atenções voltam-se para os magistrados judiciais e os professores de Direito, que resistem à incorporação no sistema existente pelo “honroso convite” para exercer um cargo governamental ou de responsabilidade política ou de representação externa do Estado.

Digo-o porque é também próprio do modelo em que vivemos e do atraso que prolongamos com as nossas escolhas, que magistrados judiciais e professores considerem uma promoção serem convidados para cargos na área do governo e normal “prestarem serviço” em submissão hierárquica a membros de outros poderes estaduais e com níveis de conhecimento e *sapientia* diversos e deslocados.

Feita a síntese do contexto que impede a reforma da estrutura da Justiça, importa detetar os fundamentos que paralisam a ação reformadora e geram os consensos que prolongam a apatia institucional em relação à Justiça. Estes são basicamente:

- A falta de confiança para criar modelos próprios, não copiados de outros e adaptados à situação concreta do país e do momento;
- Uma educação jurídica baseada no ensino da legislação, sem história anterior às revoluções burguesas e destinada a repetir os modelos legais existentes;
- Ao culto do positivismo jurídico, máxime, ao constitucionalismo, como modelo político de governo aceitável ou mesmo desejável, confundindo o Direito com a lei, a paz com a ordem, o acesso aos tribunais com a solução justa.
- A incapacidade para renovar elites e modos de pensar e agir pelo sistema de acesso e de promoção vedado a inovadores, vistos como rebeldes, e logo afastados; e reservados para os herdeiros, obedientes e guardiões.

Resumida a situação geral, que impede e adia a reforma estrutural da Justiça, procurarei – no tempo que disponho – falar de alguns aspetos dessa reforma que entendo necessária, inadiável e imprescindível para o futuro da Justiça em Portugal.

Fazê-lo numa conferência comporta riscos de simplificação de realidades muito complexas; apresentação de propostas sem fundamento suficiente; e de ideias sem a ponderação e maturidade necessárias. Estes são riscos assumidos, impostos pela ditadura do tempo e a natureza da oralidade.

## **1. Poder judicial independente; não mera administração da justiça**

Tornar a Justiça um poder do Estado independente em todos os aspetos em que a doutrina publicista tem pensado o tema, muitas vezes numa ótica que ajuda à divisa “dividir para reinar”, complicando aquilo que é, na base, bastante simples: como qualquer poder soberano – em articulação institucional com demais poderes do Estado, mas sempre no plano horizontal – o poder judicial não pode ser, como é, uma mera administração da Justiça.

A dependência do funcionamento da Justiça (desde as condições para que funcione até à execução das sentenças) do Poder Executivo viola claramente o princípio da separação de poderes (embora as interpretações maioritárias sejam sempre favoráveis a que isto tudo se acomode). Tudo está no executivo e sempre que há problemas na Justiça com os salários, as instalações, os funcionários, os meios, há uma Direção Geral para que se escreva e depois... nada. Mais tarde, como parte da propaganda política da situação ou da oposição, alguém do Executivo ou que a ele se opõe anuncia isto e aquilo e mais milhões e medidas (ou a falta delas) e... tudo na mesma.

Este é um exemplo entre muitos outros que podiam ser referidos que contrariam, na prática quotidiana, aqueles que dizem que os três poderes do Estado são independentes (mesmo perante a constatação e a evidência das muitas formas de dependência do “poder judicial” face ao poder executivo e nem vale a pena falar aqui da falácia justificadora desta dependência com a legitimidade democrática do executivo – que até é apenas indireta, porque em Portugal os portugueses elegem os deputados e são estes que votam o governo).

Isto para não falar de uma alteração que implica uma mudança total na criação e na aplicação do Direito na nossa sociedade: os juízes, por serem de Direito, aplicam regras de direito a casos concretos (estejam ou não positivadas sob a forma de leis do Parlamento), não normas legais inscritas em legislação feita pelo Governo. Quem aplica as leis feitas pelo Executivo é a Administração Pública. Essa aplicação, se violar regras jurídicas, deve ser analisada e julgada por juízes em tribunais judiciais.

Juízes a aplicar normas legais que correspondem à positivação normativa de um programa político do governo do partido que ganha as eleições num sistema rígido de obediência dos juízes às leis governamentais com reduzido espaço para a interpretação e ainda menos para a equidade (o Direito identificado com a tradução normativa de programas políticos sufragados pelo eleitorado que podem mudar – ao abrigo do princípio democrático da alternância – consoante as maiorias sufragadas nas urnas) é um absurdo jurídico. Só é superado por se considerar ainda que a Constituição, âncora e fio de prumo deste sistema hierarquizado e hermético de normas, é o fundamento único e a base mais sólida dos direitos das pessoas. Mesmo depois das muitas catástrofes humanas que o constitucionalismo de Estado possibilitou em regimes totalitários e que não evitou em regimes democráticos (a democracia totalitária). O constitucionalismo é uma forma de organizar o poder do Estado historicamente situado e já pouco adequado à nossa Idade Digital que sepultou a Idade Contemporânea iniciada com as Revoluções burguesas.

Porque cabe às elites em cada área de intervenção na sociedade preparar o futuro estudando o passado e auscultando o presente, é da responsabilidade de juízes e de professores trabalharem juntos para que o ensino superior universitário do Direito se liberte das exigências do mercado e das modas fixadas pelas multinacionais empregadoras de juristas, mas sobretudo dos programadores educativos de governos que veem na Universidade pública uma escolinha de formação de quadros que a “sociedade necessita”. Tem de haver autonomia universitária e liberdade de cátedra para que o Direito seja ensinado e a Justiça se faça possível.

Temos de voltar a ensinar nas Faculdades de Direito as regras jurídicas, a sua fundamentação social e a exigência axiomático-principlógica; o valor dos topoi e o método jurisprudencial, as artes do *trivium* (retórica, dialética, gramática), as artes e as ciências conexas e auxiliares ao Direito, a história do pensamento jurídico, a filosofia como arte de pensar, etc. Temos de o fazer para que existam juristas diplomados pelas Universidades que sejam jurisprudentes e assim, campo de recrutamento para juízes que sejam de Direito.

Um curso de Direito não pode continuar a ter a versão pombalina de um curso de leis, nem ficar pela *vulgata* de códigos anotados em registos letivos que submetem a aprendizagem à avaliação, a criatividade à cópia e a inovação à memória. Nem a formação de magistrados pode ter a pretensão de substituir o ensino universitário do Direito. Cada um tem de fazer o que precisa de ser feito do seu lado: a universidade ensinar Direito para a Justiça; as escolas de magistratura, formar jurisprudentes titulados pelas universidades para aplicar as regras jurídicas aos casos concretos conseguindo soluções justas.

Numa sociedade justa, em que as normas legais se submetem às regras jurídicas, construindo um Estado de Direito, não seria possível o que nos está a acontecer: a “administrativização” constante da nossa vida; o controlo digital dos nossos movimentos; a limitação securitária das nossas liberdades; a queda no excesso normativo e regulatório de tudo o que fazemos; o inferno burocrático em que exercemos os direitos mais elementares; o garrote fiscal sem medida de juridicidade... e os tribunais a garantir que assim é e que está tudo bem. Não está.

Por isso, importa separar o Direito da Lei governamental e criar condições para uma Justiça de regras jurídicas aplicadas a casos concretos por juízes que sejam jurisprudentes, com exceções fundamentadas quando as regras não permitirem a solução justa. Ensinar Direito pelo método jurisprudencial nas Faculdades de Direito e criar condições para separar efetivamente o exercício da *iuris dictio* dos outros poderes do Estado, erguendo-o como um poder independente e forte.

A primeira medida a tomar seria dar aos magistrados, através dos seus órgãos de governo e de representação política, como poderia ser o Conselho Superior de Magistratura, o poder normativo próprio para estruturar o poder judicial, nomeadamente o Estatuto dos Juízes e as bases para o exercício da função judicial. O Parlamento, a quem cabe aprovar tais leis, só poderia aceitar ou recusar fundamentando. Mas não poderia alterar nada. Apenas aprovar ou recusar, obrigando ao diálogo entre poderes iguais no Estado. O poder judicial prestaria contas ao Parlamento no final de cada ano ou do mandato dos titulares de órgãos de seu governo, com a entrega de relatórios, plano e orçamentos e a respetiva discussão parlamentar.

A segunda medida seria a de aprovar, como terceiro pilar do Orçamento Geral de Estado, a verba própria para o poder judicial. A proposta seria mais uma vez dos seus órgãos de governo e a aprovação do Parlamento. A verba seria entregue ao poder judicial e este responderia, nos termos gerais, pela sua boa execução. Não faz sentido que as verbas para a Justiça, institucionalizada como poder judicial, seja entregue e gerida pelo poder executivo. Neste sistema que está, tudo é favor e dependência.

Conquistadas estas duas bases de independência do poder judicial seguir-se-iam um conjunto de medidas adaptadoras que, introduzidas paulatinamente, mudariam a face da criação e aplicação do Direito, devolvendo às instituições judiciárias o crédito social, já há muito perdido, por se insistir no modelo atual numa fuga para a frente que só tem o abismo como meta.

## **2. A unidade do sistema jurisdicional na reorganização dos tribunais**

Uma das medidas estruturantes a implantar seria a de reorganizar todo o sistema judiciário, com a harmonização da Justiça a fazer-se através da reorganização dos tribunais a partir do princípio: a aplicação de regras jurídicas para resolver conflitos cuja importância requer a intervenção de um juiz é feita em tribunais, gerais ou especializados, inseridos num sistema jurisdicional único.

A constante judicialização de todos os aspetos da conflitualidade existente numa sociedade é apenas uma forma de banalizar e descredibilizar a intervenção dos tribunais e o trabalho dos juízes.

É preciso criar mentalidades favoráveis à institucionalização de formas de justiça de proximidade, restaurativa e arbitral que sejam próprias e únicas de certos conflitos a que os tribunais não poderiam atender. Importa guardar para o labor dos juízes aquilo que requer tratamento jurisprudencial. Fixar especialidades e dotar com meios os tribunais que resolvem os conflitos mais sensíveis e que mais preocupam as pessoas e a paz social.

Isso implica reunificar as jurisdições, acabando com o esquiteamento atual do sistema jurisdicional. Se se trata de aplicar direito (regras a casos) são os tribunais judiciais e a independência dos juízes que garantem os direitos das pessoas e a justiça da sentença, independentemente da matéria ou da área em que isso é feito. Não é aqui o lugar de expor argumentos pró e contra esta solução, mas de afirmar o seu acerto face aos resultados negativos do sistema da multiplicação de jurisdições e tribunais, com cada vez mais capelinhas judiciárias e poderes pequeninos. Dividir para reinar é mais uma vez a métrica de ação política do legislador.

Um Tribunal Constitucional, outro administrativo, outro (que é o mesmo) fiscal, outro desportivo, outro para isto e outro para aquilo, consoante o grau e intensidade de reivindicação do grupo que o quer (como cada ministro a querer a sua polícia e tudo o que isso acarreta). Para que seja assim como está, temos o direito comparado selecionado a preceito e a história institucional que sufraga a opção que se pretende (e que só começa quando é favorável ao meu interesse). E todos querem ser tribunais, porque dá prestígio às pessoas e dignidade à coisa (“chame-me tribunal...”).

A organização dos tribunais – uniformemente compreendidos num sistema jurisdicional uno e forte – a fazer é outra: pela história local e o critério geográfico-comunitário; pela especialização por matérias; pela possibilidade de recurso e de apelação. Para isso é necessário vencer a suspeição dos políticos face aos juízes; a vontade de controlo político do Direito e da jurisprudência; a aceitação de formas de organização que respondam aos problemas concretos que enfrentamos, mesmo que sejam novas e ainda não experimentadas.

### 3. O papel do juiz nas sociedades atuais e a sua função de “fazer justiça”

Este é um tema complexo a requerer muita ousadia quando adentrado da forma que segue. Mas, importa arriscar um modelo capaz de recolocar o juiz no trilho da Justiça que a comunidade requer e pela qual desespera.

Um juiz que não pode ficar sujeito a modelos de gestão dos tribunais (é assim que lhe chamam) que lhe retirem a direção dos meios necessários para o desempenho da função jurisdicional e da marcha do processo.

Um juiz que não pode ficar sujeito a formas legisladas de responsabilização pessoal e patrimonial no exercício da sua função que são um meio direto de pressão sobre a sua liberdade de julgar e de abordar o caso, apreciar a prova e a justeza da solução.

Um juiz que não pode ficar sujeito a um sistema de inspeções – destinadas a uma avaliação do seu trabalho – desadequado, na forma e nos conteúdos, de uma apreciação justa do seu mérito profissional. Uma inspeção que deveria incidir sobre os serviços e as necessidades concretas de formação contínua e de atualização dos juizes, não sobre o juiz nos moldes em que está.

Um juiz que tem de ter ao seu dispor todos os meios mais avançados da tecnologia para facilitar o seu trabalho (e formação atualizada sobre o seu uso), mas que não pode ficar limitado no *iter* decisório pelo meio técnico, nem limitado no acesso à informação que considera útil por aquilo que o computador disponibiliza (servidão tecnológica do juiz).

Um juiz que não pode ficar confinado ao gabinete e ao espaço judiciário, porque lhe são asseguradas as condições de associação e de participação cívica compatíveis com os deveres deontológicos e funcionais, bem como as horas necessárias para se dedicar à família, ao lazer e a atividades de índole cultural e social. Um juiz competente no ofício de julgar, conhecedor dos contextos em que julga e das ideias que circulam no meio em que está (um modelo afastado do juiz isolado e exausto).

Um juiz com direito a formação profissional contínua, a ser formador ou docente e a ter acesso a graus académicos na área jurídica, mas que não pode ser profissionalmente prejudicado, nas avaliações e na ascensão na carreira, por não ostentar diplomas, certificados e graus académicos quando as condições para tal não são iguais para todos os juizes e dependem de convites e de outras circunstâncias que não dependem de si. A função do juiz é julgar; esse é o cerne (embora não exclusivo) de qualquer avaliação profissional que se lhe seja feita.

Um juiz que tem de ser remunerado de forma adequada e equiparada a outros titulares de órgãos de soberania, tendo em conta a exigência de exclusividade remuneratória, e prestigiado no exercício da sua função maior de “fazer justiça” pelos titulares de outros órgãos do Estado e pelos cidadãos.

Um juiz que pode exercer, em comissão de serviço, os cargos que estejam expressamente previstos na lei como podendo ser exercidos por juizes no ativo, mas que não deve exercer cargos, em comissão de serviço ou qualquer outro modo de mobilidade funcional, em subordinação hierárquica a membros do Governo, do Parlamento ou da Administração Pública ou cargos de confiança política. O prestígio da função, a titularidade de um poder soberano, a isenção e a imparcialidade de um juiz e a independência da magistratura assim o exigem.

Um juiz que não deve tirar licenças de curta duração para se candidatar como independente em listas partidárias para exercer cargos políticos (em órgãos de soberania, regionais ou locais) e depois, quando derrotado, interrompe a licença e volta à função. O exercício da magistratura judicial tem exigências de comportamento ético, social e profissional que censuram atitudes e condutas mesmo que sejam formalmente possíveis e não estejam expressamente proibidas por norma legal ou regulamentar (e deveriam estar).

Um juiz com direito a fazer valer os seus direitos em juízo sempre que os considere violados ou ameaçados, mas que deve procurar resistir ao impulso da litigância permanente, com risco de abuso, agravada com a faculdade de exercer advocacia em causa própria mesmo no tribunal em que exerce funções, com a imagem pública negativa que isso acarreta.

Um juiz que saiba intervir nos limites legais daquilo que é a sua função de dar soluções justas aos conflitos, fundadas nas leis e nas regras de Direito e com base em provas assentes restituindo o que foi tirado e recompondo o que foi destruído para que a paz volte à comunidade e o direito prevaleça sobre a violência. Um juiz que não seja justiceiro nem legalista. Um juiz que não se substitua ao legislador nem ao governante e que faça dos tribunais a “Casa da Justiça”.

Poderíamos continuar com estas pequenas reflexões sobre o juiz e a magistratura no âmbito de uma reforma estrutural da Justiça portuguesa. Podíamos recolocar as questões colocadas com novas formulações do tipo: “quem aplica o Direito?”; “como se aprende a aplicá-lo?”; “como se escolhe quem deve aprender?”; “quem deve avaliar os juízes? e como?”, mas isso levaria a outro caminho metodológico e expositivo e o meu tempo acabou. Não pretendo continuar a maçar a vossa atenção.

Renovo os agradecimentos à organização deste encontro de magistrados judiciais que se expressam em Língua Portuguesa pelo convite que tanto me honrou e pela emoção desta minha primeira visita ao território mártir de Timor-Leste e do convívio com as suas gentes. Muito Obrigado.



# Seminário Internacional “Tribunais no Estado de direito”

PROGRAMA  
Díli, Timor-Leste, 27-29 de julho de 2016

## 27 de julho

### Sessão solene de abertura

17.00H Abertura

#### **Intervenção das autoridades governamentais, judiciárias e associativas participantes**

*Presidente da República*

*Presidente do Tribunal de Recurso*

*Ministro da Justiça e Presidente da Conferência dos Ministros da Justiça dos Países de Língua Oficial Portuguesa*

*Embaixador de Portugal*

*Embaixador da União Europeia*

*Presidente da AMJTL*

*Presidente da UIJLP*

#### **Apresentação do seminário e do PACED (Projeto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito nos PALOP e em Timor-Leste)**

#### **Conferência inaugural – “Os mecanismos de consolidação do Estado de direito”**

José Mouraz Lopes, Juiz Conselheiro e Consultor Científico PACED (Portugal)

19.00H Encerramento da sessão solene

20.30H Jantar

## 28 de julho

### Sessão da manhã

9.30H **1.º Painel – Estado de direito, Constituição e Independência Judicial**

Moderação de José Teixeira, Advogado

#### **A separação de poderes no Estado de direito**

Phillip Rapoza, Juiz (Estados Unidos da América)

#### **Princípios estruturantes do poder judicial e da atividade dos juízes. Os instrumentos internacionais relativos ao Estado de direito e à independência judicial**

Campbell Watson, International Bar Association (Timor-Leste)

#### **Debate**

11.15H *Pausa para café*

**11.30H 2.º Painel – Independência judicial e jurisdição**  
Moderação de Diogo Ravara, Centro de Estudos Judiciários (Portugal)<sup>136</sup>

**A independência dos tribunais em Timor-Leste. Uma reflexão**

Antonino Gonçalves, Presidente da Associação de Magistrados Judiciais de Timor-Leste (Timor-Leste)

**Sentido da jurisdição e sua estrutura de realização**

Nuno Coelho, Juiz Desembargador, presidente da União Internacional dos Juizes de Língua Portuguesa e Consultor Científico do PACED (Portugal)

**O acesso à justiça e ao direito e a tutela jurisdicional efetiva**

Maria Ângela Carrascalão, Decana da Faculdade de Direito UNTL/Universidade Nacional Timor Lorosa'e (Timor-Leste)

**Debate**

**13.30H Intervalo para almoço**

**Sessão da tarde**

**14.30H (Continuação 2.º Painel)**

Moderação de Paulo Chan, Juiz da Região Administrativa Especial de Macau<sup>137</sup>

**O tratamento processual do crime organizado e financeiro no Brasil. Audiência de custódia e delação premiada**

Antônio Silveira Neto, Juiz e Assessor especial da presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros (Brasil)

**Nebulosas, constelações e buracos negros em torno da corrupção**

João Gil de Oliveira, Juiz Desembargador no Tribunal de Segunda Instância da RAEM (Macau)

**Debate**

**16.00H Pausa para café**

**16.15H 3.º Painel – Estado de direito, políticas criminais e independência judicial**

Moderação: Maria das Dores Gomes e Silva, Juíza Desembargadora em Cabo-Verde<sup>138</sup>

**A política criminal e as políticas sociais**

Sandra Silvestre, Juíza e responsável pela Comissão de Direitos Humanos da Associação de Magistrados Brasileiros (Brasil)

**A tutela criminal e as garantias procedimentais. O juiz e o tribunal no processo criminal**

Elisa Samuel, Juíza e representante da Associação Moçambicana de Juizes (Moçambique)

**A justiça e a comunicação social. Análise das boas práticas nos documentos internacionais**

Flávia Viana, Juíza, diretora-adjunta de Relações Internacionais da Associação de Magistrados do Brasil e presidente da União Internacional dos Juizes de Língua Portuguesa (Brasil)

<sup>136</sup> Em substituição de Sebastião Ximenes, Advogado

<sup>137</sup> Em substituição de José Cândido Pinho, Juiz desembargador Tribunal 2ª Instância RAE Macau.

<sup>138</sup> Em substituição de Duarte Tilman Soares, Juiz.

**Sessão da manhã**

**9.30H 4.º Painel - A independência judicial, administração da justiça e os sistemas judiciais: organização judiciária, estatutos profissionais e gestão processual**

Moderação: Benjamin Côrte-Real, Advogado <sup>139</sup>

**A reforma da justiça em Timor-Leste: a organização da justiça e dos tribunais**

Jorge Graça, Presidente da Comissão para a Reforma Legislativa e do Setor da Justiça (Timor-Leste)

**O estatuto das magistraturas: independência, autonomia e prestação de contas. A ética judiciária**

José Igreja Matos, Juiz Desembargador, presidente da Associação Europeia de Juízes e Vice-Presidente da União Internacional de Magistrados (Portugal)

**A organização judiciária e a gestão dos tribunais. Os limites da independência na atividade jurisdicional**

José Manuel Gomes Guterres, Advogado membro do Conselho Superior da Magistratura Judicial (Timor-Leste)

**Debate**

**11.15H Pausa para café**

**11.45H Conferência de encerramento**

**Independência judicial e estado de Direito**

Eduardo Vera-Cruz, Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Membro do Conselho Superior da Magistratura (Portugal)

**13.00H Intervalo para almoço**

**Sessão da tarde**

**14.30H Assembleia-Geral da UIJLP (União Internacional dos Juízes de Língua Portuguesa)**

**17.45H Pausa para café**

**18.00H Sessão de encerramento do Seminário Internacional**

Apresentação da proposta de conclusões do seminário.

Intervenção dos representantes das entidades organizativas e patrocinantes do seminário e ainda dos presidentes das associações nacionais de juízes participantes.

<sup>139</sup> Em substituição de Isabel da Costa Ferreira, Advogada e Primeira-Dama.



## ORGANIZAÇÃO

Associação dos Magistrados Judiciais de Timor-Leste (AMJTL)

Tribunais de Timor-Leste

Ministério da Justiça

Conferência dos Ministros da Justiça dos Países de Língua Oficial Portuguesa

União Internacional de Juizes de Língua Portuguesa (UIJLP)



## APOIOS

Parlamento Nacional

The Asia Foundation

United Nations Office on Drugs and Crime

Timor Telecom