

1. Com a solenidade das cerimónias protocolares da República, assinalamos neste espaço simbólico da Justiça a Abertura do Ano Judicial de 2015-2016.

Celebramos num outro contexto e em nova data, em consequência do reordenamento do calendário judicial – com a Lei de Organização do Sistema Judiciário (LOSJ), o Ano Judicial inicia-se no dia 1 de Setembro.

Mas celebramos mantendo a mesma razão o mesmo sentido, do ritual e da substância, de um acto que só pode ser de encontro entre as instituições e o Povo.

Sempre interpretei a cerimónia de Abertura do Ano Judicial como um momento de encontro: nesta circunstância, os representantes institucionais da Justiça partilham com os titulares de outros órgãos de soberania reflexões sobre o desempenho das instituições judiciais, pensando também o futuro.

A presença de Vossas Excelências, Senhor Presidente da República, Senhora Presidente da Assembleia da República, e Senhora Ministra da Justiça em representação do Senhor Primeiro Ministro, constitui a maior garantia do cumprimento do significado desta cerimónia.

2. O Ano Judicial 2014-2015 foi um tempo de transição, com mudanças acentuadas da organização do sistema judiciário, exclusivamente dominado pelo início da vigência da LOSJ e pelo começo da sua execução.

Os tempos de mudança são propícios a sobressaltos no pensamento e na acção, permitindo recolher e trabalhar sobre os ensinamentos da experiência.

Neste acto temos o momento e o lugar para uma primeira síntese de reflexão sobre o novo modelo, tanto no teste da prática, como na prognose sobre as consequências e os efeitos, e na identificação de dúvidas que devam merecer atenção.

O tempo, o modo e as circunstâncias do início da execução não tiveram uma boa relação entre a urgência e a disponibilidade de meios.

O tempo para preparar a execução foi muito escasso – Maio a Agosto – impondo uma tensão quotidiana, de gestão muito difícil dos procedimentos e das acções, para tornar possível a instalação das comarcas na nova formação na data estabelecida na lei.

O modo foi uma acção permanente – a missão impossível de gerir a urgência - que viveu do espírito de serviço dos presidentes das comarcas, magistrados, administradores judiciais e oficiais de justiça envolvidos, e da orientação sempre presente do Conselho Superior da Magistratura (CSM), cumprindo salientar a acção do Vice-Presidente, dos Vogais permanentes, do Juiz Secretário e do Gabinete de Apoio.

A todos é devido um agradecimento muito sentido, que quero manifestar e deixar bem sublinhado.

Nesse tempo tão concentrado, foram sendo agregadas as condições mínimas para que fosse possível começar a trabalhar, na data fixada na lei, com a nova estrutura material e territorial da justiça comum.

Mas as circunstâncias foram bem adversas, como é de todos conhecido, desde as dificuldades no reordenamento e disponibilidade de instalações físicas, até ao incidente da falha tecnológica na plataforma informática.

O Ano Judicial que terminou foi, por todas estes motivos, um ano muito complexo para a justiça.

3. A gestão do judiciário foi inteiramente condicionada por uma finalidade – dar execução e fazer funcionar a nova organização dos tribunais.

Mas esta finalidade não pode ser obra de um ano; vai ser necessária a prova do tempo e o acompanhamento da execução.

O CSM fez e continua a fazer este acompanhamento, tanto no contacto directo com os presidentes das comarcas, como em sessões de trabalho com os juízes que tiveram lugar em todas as 23 comarcas.

Em finais de Maio passado, em comunicação pública, o CSM cumpriu o seu dever de *accountability* pelo exercício das suas atribuições, que foi fundamental na execução da reorganização judiciária, e deu conta das informações que considerou relevantes sobre os aspectos conseguidos e as dificuldades encontradas, para ponderação no futuro da execução.

Os pontos mais problemáticos foram identificados:

- a carência de oficiais de justiça, transversal a todas as comarcas em maior ou menor grau: o concurso que recentemente terminou foi um primeiro passo para atenuar as dificuldades;

- a garantia do direito ao acesso ao tribunal em matérias especialmente sensíveis – e refiro as questões de família e menores, em que as finalidades da especialização colidem com a efectiva proximidade da justiça, aconselhando a extensão a outras comarcas da solução da atribuição de competência às instâncias locais já prevista na lei;

- a complexidade que resultou da imediata concentração nas secções das instâncias centrais de execução e comércio das pendências repartidas por todos os anteriores tribunais da área territorial abrangida, e que gerou pendências de muito difícil gestão;

-a necessidade de dados fiáveis e de estudos de campo sobre a eficácia da acção executiva, apontando alguns dados empíricos para níveis preocupantes;

-a conveniência na reponderação de algumas competências territoriais das secções de instâncias centrais de instrução criminal.

Foi um ano de reequilíbrios e reorganização.

As circunstâncias não permitem ainda formular juízos elaborados; os anos que seguem serão decisivos.

Em trabalho muito participado, e interpretando o sentido da lei de acordo com a natureza da missão de administrar justiça, as comarcas fixaram objectivos para este Ano Judicial, cuja execução será em devido tempo verificada.

Devemos, no entanto, fazer uma prevenção para esclarecer equívocos de leituras menos finas: os objectivos referem-se ao conjunto da organização agregada de meios; não são dirigidos a avaliações individuais.

As avaliações individuais sempre tiveram lugar, e são mais intensas e exigentes do que em qualquer outra função do Estado.

Por fim, não posso deixar de salientar que a nova organização judiciária dificilmente pode passar sem a adaptação e modernização do Estatuto dos magistrados, que tem 30 anos; mas a oportunidade foi perdida sem glória, desvalorizando o trabalho dedicado, tanto do CSM como de muitos magistrados.

Não foi positivo para a justiça o naufrágio do Estatuto no fim da viagem.

E os juízes não compreendem as razões deste acidente.

4. Nos anos mais recentes, as questões de organização do sistema tomaram a tempo inteiro o debate sobre a justiça, estreitando a reflexão, e não ficou espaço para uma abordagem crítica sobre a conjugação democrática – diria mesmo a concorrência – de modelos de justiça, que hoje estão em confronto, com complexas implicações políticas e ideológicas.

Não temos feito reflexão teórica sobre o sentido da justiça: as profundas transformações, a ideia e o ideal.

Mas pensar os tribunais nas sociedades contemporâneas interpela-nos a esta reflexão, comprometida com princípios, sobre a justiça que temos, a justiça que queremos e devemos ter; e a justiça que podemos ter.

Este debate é necessário; deve ser mesmo um imperativo democrático neste tempo de contingências no caminho crítico do Estado de direito.

Não deve ser deixado ao sabor do calendário das conjunturas políticas, por vezes voláteis; exige a participação política e das gentes da justiça, mas não pode dispensar o exercício de cidadania, que deverá ser o contributo, teoricamente amadurecido, da *intelligentsia* e dos meios académicos.

No século XXI vivemos a aceleração da história, transformações inesperadas, e a dissolução das certezas em reordenamentos políticos e culturais.

Na justiça, com a perda do domínio do espaço e do tempo, afastamo-nos do modelo de compreensão de quase dois séculos, num mundo que de repente ficou desmaterializado e desterritorializado.

Na era pós-territorial interagimos com outros conceitos e com outras realidades: a internormatividade, a interjurisdicionalidade, a inundação pela complexidade social e política, e, em consequência, a redefinição dos círculos, das esferas e das instâncias da justiça.

A concorrência de modelos culturais em sociedades desassossegadas, a perda da capacidade reguladora da lei para reduzir o antagonismo de posições em situações de tensão, a multiplicidade, diversidade e os níveis de intensidade de conflitos, e as dinâmicas sociais e económicas, tornam urgente o exercício de pensamento sobre as formas e as instâncias da jurisdição.

Este debate sobre as instâncias de jurisdição é ideológico, mas tem de ser um debate aberto, aprofundado e livre.

5. Os tribunais constituem ainda, é certo, as instituições de referência na resolução de conflitos e na garantia das expectativas de validade das normas.

No entanto, sem nos darmos conta e sem o conforto de uma elaboração estruturada e sistémica, assistimos a rupturas silenciosas, que são alterações radicais, reveladas na criação paulatina e sub-reptícia de múltiplas instâncias de jurisdição material fora dos tribunais.

Para além da ambiguidade da desjudicialização, e da ausência de teste do efeito útil das diversas mediações, somos confrontados de várias fontes por insistente indução ideológica à fuga do contencioso para formas de justiça privada.

Numa palavra, um caminho para a privatização da justiça, que quer realizar a utopia neoliberal de dispensar o juiz, ficando os tribunais da República numa função residual.

Função limitada à dimensão criminal de controlo social, à decisão sobre – cada vez menos – direitos não transaccionáveis, a matéria civil de cada dia quando seja menor a competência de acção, ao contencioso nascido de manifestações de desesperança sentida nos estratos mais frágeis da sociedade, à verificação da legalidade de actos administrativos de baixa e média densidade, e à função executiva singular ou universal.

Nestas circunstâncias, os riscos da perda de identidade e de fragmentação da justiça estão muito presentes.

Devemos reconhecer que as formas privadas de justiça, de antiga tradição, constituem meios jurisdicionais de resolução de litígios muito relevantes, complementares da justiça estadual, sempre que a natureza específica e a complexidade das matérias, e a escolha do foro ou da lei aplicável, exijam dos árbitros especiais qualificações e experiência, e sobretudo o domínio do tempo.

Mas não podem deixar de ter por fundamento a relativa igualdade na aceitação livre do compromisso na escolha da jurisdição.

Não pode constituir função de Estado promover a escolha de formas privadas de justiça, e nem sempre são compreendidos os critérios e a tendência para a instituição de tribunais arbitrais necessários, a que se aplica, por regra, o regime da arbitragem voluntária.

De qualquer modo, toda a jurisdição, para verdadeiramente o ser, deve assegurar as garantias da jurisdição – contraditório, alteridade, independência, imparcialidade, até momentos de publicidade se estiver em causa o interesse público, e não pode dispensar condições que permitam tornar compatíveis a autonomia, a garantia do direito constitucional de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efectiva e a protecção da parte mais fraca.

Para tanto, deve ser assegurada, a começar na lei, a intervenção razoável dos tribunais do Estado.

6. Nos tempos mais recentes, outras formas vêm ocupando o espaço da jurisdição, sob o manto do exercício de uma actividade administrativa.

Refiro-me à secessão do grande contencioso económico e financeiro, entregue à competência de diversas regulações, com redefinição dos poderes e do sentido da jurisdição.

Nesta confusão de papéis, o risco de questionamento da legitimidade constitucional parece evidente, se as competências não forem adequadamente compreendidas e delimitadas, prevenindo a captura do direito e dos seus princípios constitutivos pela opressão subtil do tecnocentrismo.

É essencial que as competências de autoridades administrativas na resolução de conflitos sejam compreendidas nos limites impostos pelos princípios constitucionais da separação de poderes e da reserva material da jurisdição, que impõem o exercício exclusivo de funções materialmente jurisdicionais por tribunais, sejam estaduais, ou arbitrais nos limites da arbitrabilidade.

Nesta perspectiva de análise, podemos identificar algumas aporias.

No desenho de novos círculos e esferas de justiça, os poderes sancionatórios das autoridades administrativas obrigam-nos especialmente a uma ponderação crítica.

As formas sensíveis de infracção às obrigações e deveres, praticadas no âmbito de actividades sujeitas a regulação – os grandes interesses da finança e da economia, a concorrência, as comunicações ou a energia – foram entregues ao direito das contra-ordenações, que tem sofrido acentuadamente uma deriva na razão da sua natureza e dos seus fundamentos dogmáticos.

As sanções aplicáveis atingem valores elevadíssimos, e são previstas medidas cautelares ou acessórias que podem afectar intensamente direitos fundamentais.

Mas se a natureza se afere pela gravidade das sanções, estas infracções, ou algumas delas, foram, então, materialmente subtraídas ao campo axiológico do direito penal.

O legislador parece não querer o direito penal a interferir nestas matérias, não criando tipos legais para enquadrar e responder a situações reveladas nas crises no seu esplendor de devastação.

As classificações nominais não dominam, porém, a natureza das matérias nem a substância das qualificações.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aplicando o princípio do primado da materialidade subjacente, tem atendido, nesta matéria, não ao nome, mas ao grau, amplitude e consequências das sanções, e qualifica infracções praticadas no âmbito das regulações como sendo de natureza materialmente penal, com sujeição do procedimento sancionatório às imposições do processo equitativo.

Por isso, a aplicação de sanções tem de respeitar as exigências de tribunal independente e imparcial, do contraditório, da publicidade, e sempre com a possibilidade de recurso para os tribunais.

Mas a intervenção judicial, essencial ao direito ao recurso das decisões sancionatórias administrativas, ficou restrita ao regime de impugnação das contra-ordenações, e na competência concentrada de um único tribunal com jurisdição alargada a todo o território nacional.

É uma solução muito discutível; a unicidade comprime a apreciação, enfraquece a criação jurisprudencial, com risco de aproximação cultural aos imperativos da razão técnica, em que o princípio da proporcionalidade tem, por regra, baixa cotação.

É necessário – diria urgente - revisitar este modelo.

Por um lado, o tribunal de competência territorial alargada da concorrência e regulação tem de ser pensado com uma estrutura bem diferente, não podendo dispensar gabinetes de apoio ao juiz e à decisão, formados por técnicos e peritos, residentes ou independentes, para prevenir,

como é assinalado na doutrina, o risco de deferência em relação aos reguladores.

Por outro, as vias de recurso deverão ter outra hierarquia, abertura e concepção: nos casos de sanções além de determinada gravidade, o regime de impugnação deveria deferir a competência aos tribunais da relação, e em via de recurso ao Supremo Tribunal de Justiça, que não poderá deixar de intervir na construção da jurisprudência em matérias de tão forte densidade material.

7. A conjugação equilibrada das funções das várias formas de justiça, no respeito por direitos fundamentais, é essencial para cumprir as expectativas e transmitir confiança numa relação de conhecimento-reconhecimento com os cidadãos.

O sentimento de justiça domina e qualifica as expectativas: identificar os direitos primordiais que protegem a dignidade do ser humano; encontrar os consensos sociais como derradeiro padrão político na densificação material dos direitos; e abater o desencanto e a indiferença que se manifeste na anomia em relação ao direito.

Pressente-se, em sensação larvar, a anestesia que esconde a erosão e mesmo a auto-mutilação de direitos; e vão ficando, suavemente, manifestações de enfraquecimento do Estado de direito e espaços de não direito.

Basta pensar nas diversas burocracias que no cálculo da eficácia absoluta menorizam os cidadãos, relegando-os da condição de pessoa para um código de acesso; na dissolução de direitos de personalidade pelo ácido da tirania cibernética; ou na resignação da cidadania que pode ser um sinal de fadiga dos valores democráticos.

O juiz sabe que é o guardador das liberdades e o último recurso na garantia dos direitos dos que não têm outros recursos, mas transporta hoje consigo o sentimento amargo de que o mundo, e até a lei, não têm a magia que lhe permita cumprir no todo o projecto do seu ideal.

Sob esta reserva do possível, vamos enfrentar este Ano com coragem, a força das nossas convicções e o sentido de serviço, em favor da Justiça, dos cidadãos e de Portugal.

Senhor Presidente da República:

Cumprindo-se o princípio democrático, esta é a última cerimónia solene de Abertura do Ano Judicial em que somos honrados com a presença de Vossa Excelência.

Nos mandatos em que serviu Portugal como Supremo Magistrado, Vossa Excelência acompanhou sempre a instituição judicial e os seus representantes com atento interesse, compreensão e solidariedade.

Permita-me que manifeste, por tudo, Senhor Presidente, reconhecimento pessoal e institucional.

Agradecendo a vossa presença, desejo aos que partilham em cada dia a obrigação de justiça – magistrados; advogados; solicitadores; órgãos de polícia criminal; oficiais de justiça; funcionários – um excelente Ano Judicial.

Disse.

(António Henriques Gaspar)