



MEMORANDO

PROPOSTA DE LEI Nº 187/X (3ª)

**(APROVA A LEI DE ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DOS TRIBUNAIS
JUDICIAIS)**

QUESTÕES DE CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO



Julho de 2008

A Assembleia da República aprovou, com algumas alterações, a *Proposta de Lei n.º 187/X (GOV)* relativa a uma nova **Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ)** e, entre outras, a alterações ao **Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ)**.

Na sequência de anteriores pareceres, elaborados por este gabinete (GEOT/ASJP), acessíveis em www.asjp.pt, sintetizamos agora alguns pontos do diploma legislativo que nos parecem menos conformes à Constituição da República Portuguesa (CRP):

1. Colocação dos juizes

1.1. A proposta da nova figura de “afecção” e “reafecção” de juizes de direito

No artigo 42.º da proposta de alteração ao EMJ prevê-se um novo mecanismo para a colocação dos juizes nos órgãos jurisdicionais de 1.ª instância.

Hoje, em regra, os juizes são colocados num tribunal determinado ou, no caso de tribunal com mais de um juízo ou lugar, num juízo ou lugar determinado. Mediante concurso prévio (“movimentos judiciais”), para o qual contam as regras objectivas de preferência/qualificação previstas na lei e as garantias gerais de procedimento administrativo.

No diploma aprovado pela AR, os juizes passam a ser colocados, mediante concurso, para o tribunal de comarca (que agora terá necessariamente mais de um juízo e secções), e, num segundo plano, são “afectos” a um dos juízos do tribunal.

O artigo 217.º n.º 1 da CRP apenas admite a colocação pelo CSM num lugar jurisdicional determinado, o que se compagina com a operacionalização da regra da inamovibilidade imposta pelo artigo 216.º n.º 1.

O diploma aprovado prevê a criação de juízos e de secções desses juízos. Refere a afecção dos juizes a um juízo, mas não regula sequer, em lugar algum, como se fará a colocação de um juiz numa secção (colocação necessária, como se retira directamente do art.º 76.º n.º 2) do juízo ou que entidade o fará (CSM? Presidente?).

Se associarmos esse mecanismo de “afecção” ao que vem previsto no artigo 88.º n.º 4 al. f) da LOFTJ proposta, no que toca ao poder do juiz presidente para propor ao CSM a *reafecção* dos

juizes no âmbito da comarca, tudo indica que o objectivo é permitir uma mobilidade dos juizes, para além daquela que agora é activada mediante procedimento concursório (movimento judicial).

A instituição de uma “reafecção” de juizes, assim concebida, não está subordinada a regras gerais, abstractas e objectivadas, nem a garantias procedimentais vinculadas. O critério estabelecido na norma apontada (artº 88º da LOFTJ) é apenas o da subordinação a um objectivo (“*tendo em vista uma distribuição racional e eficiente do serviço*”) e, por essa via, introduz uma discricionariedade gestonária insuficientemente balizada para respeitar as garantias estatutárias da independência e imparcialidade dos juizes, previstas na Constituição.

Podemos concluir que não respeita os princípios do juiz natural e da inamovibilidade dos juizes (este garantido no artº 216º nº 1 da CRP).

Ou seja, por um lado, **o princípio da inamovibilidade**, como componente necessária do princípio da independência dos tribunais e dos juizes e que visa, para além do mais, “*pôr os juizes a coberto não apenas de ordens ou instruções de outras autoridades, mas também da instabilidade e dependência causadas pelo receio de atentados à sua segurança profissional e pessoal*” (como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, na sua *CRP Anotada*), não é respeitado. Este princípio, como referem Jorge Miranda/Rui Medeiros (*CRP Anotada*), em anotação ao artigo 216º da CRP, encontra a sua justificação material no receio “*de que um juiz pudesse sofrer consequências negativas (ou receber favores imerecidos) pelo exercício da função de julgar e pela sua decisão neste ou naquele sentido e, ao mesmo tempo, pelo temor de que, através do exercício de qualquer poder se pudessem vir a transferir juizes, ou a colocar juizes em posição de decidir casos que, por princípio, não lhes caberiam*”.

Por efeito dessa garantia estatutária um juiz colocado (ou *afecto*, para utilizar terminologia do diploma aprovado na AR) num determinado juízo (ou secção) dum tribunal de comarca, não pode ser reafectado a outro lugar sem seu consentimento e/ou, em qualquer caso, mediante a aplicação de critérios **legais objectivos e predeterminados**.

Mesmo que tal reafecção seja apenas para lugar situado no mesmo local e no mesmo juízo (se para secção diversa).

E fere, noutro passo, o **princípio do juiz natural ou legal** (ínsito nos artigos 20º nº 4 e 32º nº 9 da CRP, nomeadamente). Quanto a este princípio, também designado de predeterminação legal do juiz, a formulação da doutrina e do Tribunal Constitucional salienta que não se limita à predeterminação do tribunal (que poderia ser o do grande “tribunal de comarca” que agora se desenha), mas também à do juiz ou à da formação judiciária que se ocupe de um caso concreto (v. Ac. do Tribunal Constitucional 614/03, in <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos03/601-700/61403.htm>). A admitir-se a possibilidade de o CSM reafectar “ao instante” um juiz, sem fixação prévia de critérios objectivos e para um conjunto alargado de situações (de impedimentos e de casos), fere-se aquele princípio e a aparência de um julgamento justo e imparcial, o que pode ser o mesmo que violar o direito ao processo equitativo e o princípio da administração da justiça ínsito do princípio do Estado de direito democrático¹. Não podemos esquecer que em situação similar nos tribunais superiores (e é

¹ Como refere o Ac. TC referido, “o princípio do “juiz natural”, ou do “juiz legal”, para além da sua ligação ao princípio da legalidade em matéria penal, encontra ainda o seu fundamento na garantia dos direitos das pessoas perante a justiça penal e no princípio do Estado de direito no domínio da administração da justiça. É, assim, uma garantia da independência e da imparcialidade dos tribunais (artigo 203º da Constituição). Designadamente, a exigência de determinabilidade do tribunal a partir de regras legais (juiz legal, juiz predeterminado por lei, gesetzlicher Richter) visa evitar a intervenção de terceiros, não legitimados para tal, na administração da justiça, através da escolha individual, ou para um certo caso, do tribunal ou do(s) juizes chamados a dizer o Direito. Isto, quer tais influências provenham do poder executivo – em nome da *raison d’État* – quer provenham de outras pessoas (incluindo de dentro da organização judiciária). Tal exigência é vista como condição para a criação e manutenção da confiança da comunidade na administração dessa justiça, “em nome do povo” (artigo 202º, n.º 1, da Constituição), sendo certo que esta confiança não poderia deixar de ser abalada se o cidadão que recorre à justiça não pudesse ter a certeza de não ser confrontado com um tribunal designado em função das partes ou do caso concreto. (...) E, independentemente da distinção no princípio do juiz legal de um verdadeiro direito fundamental subjectivo de dimensões objectivas de garantia, pode reconhecer-se nesse princípio, desde logo, uma dimensão positiva, consistente no dever de criação de regras, suficientemente determinadas, que permitam a definição do tribunal competente segundo características gerais e abstractas. Logo pela própria ratio do princípio, tais regras não podem, assim, limitar-se à determinação do órgão judiciário competente, mas estendem-se igualmente à definição, seja da formação judiciária interveniente (secção, juizo, etc.), seja dos concretos juizes que a compõem. (...) Assim, as regras de determinação do juiz, relevantes para efeitos da garantia do “juiz natural”, terão de incluir, não apenas regras constantes de diplomas legais, mas também outras

solução mantida no diploma), podendo o juiz presidente distribuir os juizes pelas secções, a mudança de secção só pode ocorrer a pedido do juiz e, mudando este, mantém-se até a sua competência de relator (e a da formação judiciária fixada, ou seja, também a dos seus adjuntos) para os processos que lhe tenham sido anteriormente distribuídos, em aplicação do princípio do juiz natural.

Deste modo, o assinalado poder de reafecção, fora do âmbito do concurso judicial (movimento judicial) regulado na lei actual e com garantias da necessária transparência, **afigura-se inconstitucional**, na nossa firme opinião.

Estão em causa os artigos 42º nº 2 da alteração ao EMJ e 88º nº 4 al. f) da alteração à LOFTJ.

1.2. Da mesma forma o artigo 76º (“Substituição dos juizes de direito”) contém no seu nº 1 uma norma que pode violar, se aplicada casuisticamente, o princípio da predeterminação legal do juiz, ao permitir ao presidente do tribunal substituir, sem determinação de regras, um juiz impedido por outro juiz (neste caso, de um juiz de juízo com apenas um juiz). A admitir-se a possibilidade de atribuir ao presidente (e não ao CSM, que tem em princípio a “reserva de colocação” dos juizes) a substituição de juizes com impedimento, ela só é compatível com tal princípio se for fixada previamente e para um conjunto alargado de situações (de impedimentos e de casos) de acordo com critérios objectivos. O juiz substituto tem de ser (previamente) determinável, não pode ser escolhido de forma a parecer que o é para um caso ou conjunto de casos.

regras que servem para determinar essa definição da concreta formação judiciária que julgará um processo – por exemplo, as relativas ao preenchimento de turnos de férias –, mesmo quando não constam da lei e antes de determinações internas aos tribunais (por exemplo, regulamentos ou outro tipo de normas internas). Trata-se, aqui, das referidas “determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna (distribuição de processos)”, apontando, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, “para a fixação de um plano de distribuição de processos”, pois, “embora esta distribuição seja uma actividade materialmente administrativa, ela conecta-se com o princípio da administração judicial”. É, pois, ao conjunto das regras, gerais e abstractas mas suficientemente precisas (embora possivelmente com emprego de conceitos indeterminados), que permitem a identificação da concreta formação judiciária que vai apreciar o processo (embora não necessariamente a do relator, a não ser que, como acontece entre nós, da sua determinação possa depender a composição da formação judiciária em causa), que se refere a garantia do “juiz natural”, pois é esse o alcance que é requerido pela sua razão de ser, de evitar a arbitrariedade ou discricionariedade na atribuição de um concreto processo a determinado juiz ou a determinados juizes.”

Ora, sucede que não está prevista, nem a competência, nem a necessidade de previamente se estabelecerem regras gerais e objectivas para a determinabilidade do juiz substituto.

2. A “avaliação externa” do juiz presidente dos tribunais de comarca

Diversamente da proposta de LOFTJ apresentada pelo governo, que previa a avaliação do juiz presidente pelo CSM, a AR aprovou uma alteração a essa proposta que impõe uma avaliação/auditoria externa (artigo 86º nº1). O sentido da alteração não pode ser outro do que a de retirar ao CSM a avaliação e entregá-la ao governo.

Essa avaliação externa parece ferir, em primeiro lugar, o **princípio da unidade de estatuto** (215º nº 1 da CRP), na medida em que os presidentes exercerão em qualquer caso funções judiciais e, como tal, só deveriam ser avaliados, como os demais juizes, pelo CSM.

Tal como se consagra numa das conclusões do relatório final da Primeira Comissão de Estudos da 44ª Reunião Anual da União Internacional de Magistrados (U.I.M.), realizada em Madrid em Setembro de 2001, “a *independência de um presidente de tribunal no exercício das suas funções administrativas deve gozar da mesma protecção que a que têm os juizes no exercício das suas funções jurisdicionais*”.

Na verdade, o presidente do tribunal passa a ter importantes poderes que não se reconduzem apenas às tarefas administrativas na função secundária da organização tribunal (aquela que suporta a função primária que é, evidentemente, a jurisdicional). Terá também poderes de gestão processual que se dirigem à organização/conformação das próprias tarefas jurisdicionais.

Já é duvidoso que a independência do presidente do tribunal possa ser garantida com a possibilidade de cessação a todo o tempo do seu mandato por determinação do CSM (86º nº2 da LOFTJ aprovada) e com o afastamento da audição dos seus pares para a nomeação (por eleição, consulta electiva ou outro meio).

Mas avaliar a sua actividade por entidade estranha ao CSM (garante da independência dos tribunais – consignada no artigo 203º da CRP), não resguarda seguramente a independência do presidente, nem a do tribunal no seu conjunto (como organização complexa) na medida em que poderá, com isso, tender a conformar a sua actividade a parâmetros de avaliação comandados por

entidade estranha aos tribunais (que encomendará a auditoria) e dos quais depende a renovação da sua comissão de serviço.

Parece-nos impensável que o EMJ, no quadro da CRP, preveja a competência do CSM para avaliar os tribunais como organização horizontal (149º al. a) e 161º) e uma norma como a que se agora se comenta permita que uma entidade externa contratada pelo Ministério da Justiça possa avaliar a desempenho de um juiz presidente, fazendo depender da avaliação positiva a renovação do mandato do presidente.

Estarão, assim, também feridos os princípios de separação de poderes (111º da CRP) e de autogoverno (ou administração autónoma – Jorge Miranda/Rui Medeiros, *CRP Anotada*) ínsitos nos artigos 215º a 218º da CRP e densificados no EMJ.

3. As questões do território

Mantemos as dúvidas enunciadas em anteriores pareceres, no que toca ao redimensionamento das comarcas a partir de divisão decalcada em NUT's II, em lugar dum ajustamento mais aproximado ao mapa dos concelhos.

A opção política tomada deveria ser confrontada com os limites impostos pela Constituição da República Portuguesa, na medida em que o seu artigo 210º nº3 refere com bastante clareza que os tribunais de primeira instância são, em regra, os tribunais de comarca, sendo que a realidade “comarca” conhecida pelo legislador constituinte se reconduzia, em regra, à divisão municipal. A eliminação desta divisão matriz, ainda que assumindo a nova divisão a mesma designação de “comarca” (para a adaptar plasticamente à terminologia da CRP), pode ir contra a regra constitucional expressa. Estará em causa a violação dos artigos 210º nº 3 e 110º nº 2 da CRP.

Embora, ainda não tenha sido dada a “chave de leitura” do mapa dos tribunais, na medida em que se desconhece (mesmo por aproximação) qual será a localização e as competências dos juízos das novas comarcas, poderá vir a perder-se o ajustamento desse mapa ao acesso de proximidade à justiça, materialmente imposto pelo artigo 20º da CRP, conjugado com as citadas normas, importando saber se essa restrição de um direito fundamental respeita a ideia de

proporcionalidade (necessidade, adequação e racionalidade) em face dos ganhos com a reforma para o direito de acesso efectivo à justiça.

4. A autorização legislativa ao governo e a definição de regras de recrutamento de juizes para instâncias especializadas por decreto-lei

4.1. O artigo 110º nº2 da CRP estabelece que a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania (incluindo aqui, evidentemente, os Tribunais) são os definidos na Constituição. A CRP não veda, no entanto, ao legislador ordinário a regulação da organização e competências dos tribunais judiciais ou outros. Antes pelo contrário, atribui à Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, a competência para legislar sobre as matérias de organização e competência dos tribunais (artº 165º nº 1, al. p)). Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (*CRP Anotada*), o artº 110º contém um princípio de precedência da lei constitucional, relativa a eventuais competências ou atribuições dos órgãos de soberania conferidas pela lei ordinária, o qual se traduz na necessidade de uma autorização constitucional expressa das leis que alargam ou completam o círculo de funções dos órgãos de soberania constitucionalmente definidos. Ora, a CRP, como dissemos, através do artigo 165º nº 1, al. p), contém a autorização constitucional para o legislador ordinário definir a organização e competência dos tribunais.

Tal matéria é da reserva relativa de competência da AR.

4.2. As inúmeras referências na LOFTJ aprovada à criação de tribunais, juízos - especializados ou não - estruturas e complementos normativos por decreto-lei, assumem a natureza de autorização legislativa ao governo, conforme bem se define no artigo 184º nº 2.

Temos, contudo, dúvidas que a autorização contenha um objecto bem delimitado, no seu sentido e extensão, e não revista em alguns casos uma autorização de tal modo genérica que não permita, por exemplo, confrontar a questão que suscitámos no ponto **3** deste parecer (pela assinalada falta da “chave de leitura” do mapa dos tribunais). O que, assim sucedendo, viola o artigo 165º nº 2 da CRP.

Tal parece ser o caso, das matérias a regular por decreto-lei previstas nos artigos 22º, 29º nº 2, 30º nºs 1 e 7, 74º e 110º.

3.3. Também nos parece que o prazo para o uso da autorização legislativa concedido pelo artigo 184º nº 4 do diploma em análise (até 31 de Agosto de 2010, para aprovação do mapa de divisão territorial para todo o território nacional) contende com o disposto no artigo 165º nº 4 da CRP, na medida em que vai para além do prazo da actual legislatura (caducando necessariamente com o termo desta).

3.5. O que não nos parece oferecer dúvidas de inconstitucionalidade é a norma que altera o artigo 45º nº 3 do EMJ (sob a epígrafe “*nomeação para instâncias especializadas*” ao referir que “*quando se proceda à criação de novas instâncias de especialização, pode ser alargado o âmbito do número anterior, ouvidos o Conselho Superior de Magistratura e a Procuradoria-Geral da República, por decreto-lei*” – sublinhado nosso).

Estamos perante norma de recrutamento de juizes e, portanto, de norma pertinente ao estatuto dos juizes, a nosso ver matéria da reserva absoluta de competência da AR (164º al. m) da CRP) e, portanto, insusceptível de aprovação por decreto-lei.

Mas, mesmo para quem entenda que pode ser considerada na reserva relativa de competência, no âmbito do artigo 165º al. p), não está configurada no diploma uma verdadeira autorização legislativa que, pelo seu objecto (sentido e extensão) e pelo prazo de utilização (não existe), permita considerar o decreto-lei como forma adequada à Constituição.

Julho de 2008 – GEOT/ASJP