

O PODER JUDICIAL NUM MUNDO DE QUESTIONAMENTO DE FRONTEIRAS THE JUDICIARY IN A WORLD OF QUESTIONING OF BORDERS

José Igreja Matos¹

Recebido em: 11/10/2017
Aceito em: 30/10/2017

igrejamatos@gmail.com

Sumário: 1.1. Enquadramento: o pós-Estado. 1.2 A mundialização dos juízes. 1.3. Desafios e conclusões.

“Quando uma ordem mundial se desmorona, começa-se a pensar sobre ela”

Ulrich Beck

Tornou-se hoje um lugar comum, ainda que pesadamente sustentado em factos, a afirmação segundo a qual vivemos num mundo em acelerada mudança, de ruptura de paradigmas. No que ao nosso tema releva, parece evidente assistirmos a um tempo que muitos designam como pós-estadual em que a fragmentação das fronteiras perante uma globalizada sociedade de “risco” (na expressão feliz de Beck) torna-se irreversível.

Uma ação desencadeada num dado país por uma empresa, pelo Estado ou por uma qualquer entidade, nacional ou internacional, afeta, económica, ambientalmente ou em termos de segurança – hoje e cada vez um valor decisivo na sociedade que vivemos – todos os demais.

Para atender a estas novas inquietudes, o Nacionalismo Metodológico vê-se imerso numa encruzilhada sem horizontes perante um Estado crescentemente desafiado, e enfraquecido, por uma sociedade “desterritorializada” e “desnacionalizada”.

A globalização, por sua vez, subjuga o nosso dia-a-dia e intromete-se, cada vez mais, no quotidiano dos cidadãos, qualquer que seja a sua pertença geográfica.

Tal constatação traz, a mais das vezes, uma desconfiança, um medo perante o “outro”, o imigrante, o refugiado, o estrangeiro. Sendo hoje inevitável a heterogeneidade cultural, em particular nas cidades para onde conflui, mais e mais, a população planetária, surge associada a essa diversidade uma reação impulsiva de rejeição. Como sugere Umberto Eco num dos seus ensaios, “a intolerância possui uma raiz biológica” e baseia-se em reações emocionais, primárias e superficiais. E será justamente a partir dessa intolerância emocional que se desenvolvem crenças fundamentalistas, etnicamente chauvinistas ou mesmo racistas, exacerbando este fenómeno nascido do medo injustificado perante tudo o que se desconhece.

No contexto empresarial, há muito se afirmou a denominada globalização económica na qual as empresas, em particular as multinacionais, assumem um poder que ultrapassa o controlo dos Estados e ameaça a lógica da repartição estadual de regulação económica. A soberania económica como base da soberania nacional torna-se irrelevante o que vem acicatando igualmente uma tendência para a emergência de ideologias assentes num etnonacionalismo de raiz populista.

¹ Presidente da Associação Europeia de Juízes – Coimbra - Portugal

Assoma ainda uma globalização digital que, por exemplo, através das redes sociais, transfigura o quadro das relações humanas, permitindo que, no universo virtual, a distância física deixe de obstar à assunção das cumplicidades mais diversas, também afectivas.

Ainda uma globalização cultural com exemplos que, embora caricaturais, muito impressionam. A este nível, aponte-se o caso simbolicamente significativo da seleção nacional de andebol do Qatar que, numa competição mundial recente, se apresentou com onze jogadores estrangeiros num plantel de catorze jogadores, pertencendo aqueles a nove países de quatro continentes. Mesmo a necessidade do apoio à equipa foi assegurada através da contratação de sessenta fãs de nacionalidade espanhola, devidamente recrutados para propiciar o entusiasmado entorno nacionalista no decurso dos vários jogos. Modalidades tradicionalmente ligadas a uma longa tradição de despique entre nações, como é o caso do Torneio das 6 Nações de Rugby apresentou, na edição mais recente, um total de 53 estrangeiros num universo de 210 competidores.

Estas manifestações, no âmbito da realidade cultural desportiva, remetem-nos para uma recorrente dúvida: será que, afinal, a nacionalidade, tradicionalmente entendida, existe ainda ou também ela desaparecerá neste mundo novo?

No que concerne às pessoas colectivas, afirma-se uma dúvida similar induzida, nomeadamente, por aquilo que constituía o domicílio fiscal. Como se sabe, alicerçadas em vantagens competitivas sufragadas por instrumentos de engenharia ou planeamento fiscal, as multinacionais sediam-se atualmente em países que pouco ou nada têm a ver com a sua identidade histórica. Assim, do universo empresarial dos Estados Unidos, constatamos que a Adobe, a Apple, a Google, a Microsoft ou a Oracle se encontram sediadas na Irlanda, a Amazon no Luxemburgo, a Starbucks – ou a “portuguesa” Jerónimo Martins – na Holanda ou ainda a E-Bay na Suíça ou a Cisco em Inglaterra.

As críticas a esta disseminação asséptica e artificial são conhecidas: radicam numa questionada ética social que permite a utilização de recursos económicos, laborais ou até ambientais obtidos à custa da riqueza de um dado país mas em que os lucros gerados são tributados num outro, sem qualquer retorno, através dos impostos utilizado em despesas de cariz social, para aquele país diretamente envolvido.

No particular domínio constitucional que relevará referenciar, também se assiste, como referem vários autores, designadamente o Prof. Gomes Canotilho, a partir do pensamento de Konrad Hesse, a uma mudança radical de paradigmas na compreensão do próprio constitucionalismo. De tal modo que a alternativa já se baliza entre uma rigidificação da ideia constitucional que corre o risco de lançar o constitucionalismo para um mundo desaparecido e a necessidade de apelar decisivamente “a uma ideia dinâmica capaz de emprestar a agilidade indispensável para compreender os desafios constitucionais da internacionalização, da globalização e da regionalização”; coerentemente o Professor Joaquim Gomes Canotilho apela à substituição de um esquema hierárquico-normativo do direito constitucional por um sistema multipolar de “governance” constitucional (desenvolvidamente, “Brançosos” e Interconstitucionalidade” – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional”, J.J. Gomes Canotilho, Editora Almedina, Julho 2017, páginas 282/283). Neste conspecto, como ensina Garcia-Pelayo, as Constituições devem assumir-se como “formas abertas” o

que acarreta, como diz Canotilho, necessariamente uma nova Constituição que se saiba alargar a outros espaços, a outras pessoas e a outras normas, assente no princípio estruturante do multilevel constitutionalism (op. cit., p.333).

1.2. Neste contexto desafiador, assiste-se à contraposição, em especial na Europa, entre um modelo de democracia liberal que pratica e aprende com a cooperação internacional, numa lógica cosmopolita, e o enquistamento promovido por caminhos de cariz autoritário.

Naturalmente que o judiciário também está envolvido neste questionamento e desenvolve-se, em muito, a partir dos adquiridos conceptuais acima descritos.

Desde logo, iremos percorrer as respostas assentes no denominado diálogo internacional de Juízes.

O associativismo internacional dos juízes encontra nesta nova realidade um cenário de intervenção privilegiado. Donde, a emergência, na Europa, de organizações internacionais do judiciário como a Associação Europeia de Juízes, (AEJ) que alberga no seu seio 44 associações representativas de praticamente todos os países da Europa, a Associação Europeia de Juízes Administrativos (AEAJ), a MEDEL ou a Judges for Judges. Noutros espaços que envolvem igualmente a lusofonia encontramos na região Ibero-americana a Federação Latino-americana de Magistrados (FLAM) ou o Grupo Ibero-americano da União Internacional de Magistrados (IBA). Justamente a União Internacional de Magistrados (UIM) aglutina 86 países dos cinco continentes nela participando as associações de magistrados mais representativas de Portugal, Brasil, São Tomé e Moçambique decorrendo o processo de adesão das associações de Timor-Leste e da Guiné Bissau. Neste último caso, a Associação Sindical dos Magistrados da Guiné-Bissau que conta já 25 anos de existência e que se tem destacado mais recentemente por um labor intenso em especial na área da luta contra a corrupção num contexto de afirmação do Estado de Direito. Finalmente uma referência à União Internacional dos Juízes de Língua Portuguesa (UIJLP) que veio dar corpo a uma antiga aspiração de cooperação entre os juízes dos países e territórios espalhados pelos vários continentes onde se fala o português.

A continuada proliferação das jurisdições internacionais, os tribunais penais, de direitos do Homem ou outros, ou a adesão de muitos países a tratados internacionais de complexidade crescente é uma realidade incontornável mais vincada, por exemplo, no campo da ética judiciária ou da cooperação penal.

Temos, pois, que em síntese, vivemos tempos de mundialização do Direito em que a intensificação das interdependências à escala mundial desterritorializa as relações sociais e provoca uma multiplicação – positiva – de reivindicações por direitos de natureza supranacional; acompanhando esta evolução surge a similarmente chamada mundialização dos juízes.

Na obra “Os Juízes na Mundialização”, Antoine Garapon e Julie Allard, Editora Piaget, 2006, explicam como cada vez mais os juízes dos países mais diversos se citam mutuamente nas respetivas decisões e se inspiram em homólogos estrangeiros para encontrar soluções nos seus respetivos processos. O associativismo internacional, a formação à distância, a comunicação virtual induzem a elaboração de uma linguagem comum para além das fronteiras do território jurídico nacional. Deste modo, é hoje comum que, por exemplo, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos se

baseie numa decisão do Tribunal Europeu para os Direitos do Homem para se pronunciar sobre as leis texanas relativas à interdição da sodomia ou que este último se apoie em jurisprudência canadiana para decidir em matéria de eutanásia.

Temos, pois, que este diálogo mundial dos juízes pode tomar as formas mais diversas que vão da relação vertical – no caso da já referida criação de tribunais supranacionais – à relação horizontal pensada a partir de uma coordenação operacional entre judiciários, talvez a vertente que mais nos interessa no presente contexto.

Por sua vez, em termos normativos, no mundo das leis, presencia-se uma impressionante proliferação de regras que emanam de fontes não apenas nacionais mas também, em crescendo, transnacionais que competem entre si, numa relação por vezes contraditória, para desembocar numa gigantesca amálgama de normas. Todavia, esta abundância não implica um o reforço do poder da lei; pelo contrário, assiste-se a uma fragilização da lei decorrente da perda da sua harmonia sistémica sobretudo no panorama internacional em que a sua aplicação é, amiúde, contornada, evitada ou simplesmente ignorada.

Perante este paradoxo deste século XXI – a proliferação de regras que coexiste com a fraqueza das Leis, na expressão de Ana Palácio – alertas sucessivos remetem-nos para a clássica advertência de Rudolph Von Ihering, muitas décadas atrás, segundo a qual a afirmação do império da Lei no concreto das sociedades implica sempre um combate, resulta de uma luta, por vezes tenaz e difícil.

Ou seja, a obediência à Lei e o seu cumprimento não surgem por geração espontânea ou sequer como resultado inevitável de uma evolução histórica; exigem um vigoroso esforço em especial no que concerne à aplicação de regras de dimensão internacional que transcendam as fronteiras físicas (ou outras) que os países insistam em promover.

Do mesmo modo, o Estado de Direito, com a correspondente inglesa da “Rule of Law”, implica a rejeição da ‘rule of man’ com a noção essencial que a lei se deve aplicar a todas as pessoas por igual, protegendo os cidadãos contra a arbitrariedade ou a imposição “orwelliana” de inevitabilidades.

A pulverização do poder estatal, o crescimento dos rácios de desigualdade à escala global e o crescente pessimismo perante uma globalização implacável e desregulada impõem que, para problemas internacionais, as soluções não sejam encontradas pela via do isolamento, numa deriva demagógica e populista de afirmação de nacionalismos serôdios, ou, num outro prisma, recorrendo a respostas fragmentadas ou locais, necessariamente incompletas ou ineficazes.

O pensador, entretanto infelizmente desaparecido, Zygmunt Bauman sublinha, aliás, em obra recente, citando a reflexão de Umberto Eco, a importância conceptual da distinção entre o fenómeno emigrações/imigrações (de/para) e o fenómeno das migrações (de/mas para onde?) no que constitui um desafio novo para todos aqueles, judiciário incluído, a quem incumbe regular o tráfico migratório transfronteiriço.

A ideia de progresso, no sentido de uma evolução positiva da humanidade, é por ele questionada: “Se ainda acreditarmos no «progresso» (uma conclusão que está longe de ser óbvia), temos agora a propensão de o encarar como uma mescla de bênção e maldição – as maldições a

aumentarem cada vez mais à medida que as bênçãos vão sendo em menor número e com maiores intervalos entre si.”

1.3. Perante este cenário desafiador, o que significa ser juiz de um tribunal nacional que opera num mundo globalizado?

Em primeira linha estrutural, implica necessariamente que se continue a afirmar a independência dos tribunais que terá de ser ferozmente protegida enquanto princípio basilar constitutivo do Estado de Direito. Mantém-se operante o clássico aforismo de Montesquieu no “Espírito da Leis”: “Não há liberdade se o poder judicial não estiver separado dos poderes legislativo e executivo.”

Mas, assente este pressuposto ôntico, importa repensar o poder judicial o qual deve assumir um esforço de eficácia perante desafios que a sociedade coloca face à defesa de valores que não têm fronteiras.

Neste contexto, em particular na área criminal e dos Direitos Humanos, exige-se a melhoria dos instrumentos de combate ao crime organizado, à corrupção, ao tráfico de seres humanos ou aos mecanismos de acesso à justiça por imigrantes/refugiados. Estas constituem áreas nucleares em que as autoridades judiciárias assumem um papel primordial de modo a conjugar os princípios de proteção dos direitos humanos dos migrantes, com o aprofundamento dos regimes de cooperação entre os principais países de origem, trânsito e destino dos migrantes na luta contra a grande criminalidade.

Um caso recente no judiciário brasileiro – o famoso processo Lava Jato – constitui uma eloquente expressão do que pode significar a cooperação internacional. No processo em causa contabilizam-se já 4 mil pedidos de cooperação jurídica em matéria penal e em recuperação de ativos e apenas entre janeiro de 2015 e março de 2017, foram recebidos 3,7 mil pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, sendo 2.440 ativos e 1.260 passivos. A informação sobre a ciclópica dimensão do processo é constantemente atualizada online em <http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html> num sítio gerido pelo Ministério Público Federal brasileiro, refletindo igualmente não apenas a preocupação com a partilha imediata e global da informação mas também com o palco de intervenção pública que a magistratura brasileira vem entendendo dever ocupar com uma presença constante.

Apelando a conceitos provindos da gestão, é comum usar-se a denominada análise SWOT. O termo SWOT é uma sigla oriunda do idioma inglês, e é um acrónimo de Forças (Strengths), Fraquezas (Weaknesses), Oportunidades (Opportunities) e Ameaças (Threats). Esta ferramenta é usualmente utilizada, na administração de empresas, em sede de planeamento estratégico e consiste em recolher dados importantes que caracterizam o ambiente interno (forças e fraquezas) e externo (oportunidades e ameaças) de uma dada empresa.

Neste contexto, será interessante, alargar esta análise ao próprio ambiente que rodeia o Judiciário no contexto dos poderes do Estado. Assim, a título de “Fraquezas”, o poder judicial é, estruturalmente, encarado como o poder mais fraco, dependendo em muito a sua real operacionalidade autónoma de regras de exigência no recrutamento e na promoção dos seus quadros contexto da proteção da soberania dos tribunais. Alexander Hamilton, o conhecido autor de

muitos dos "Federalist Papers" que abriram caminho à aprovação da Constituição dos Estados Unidos, não teve dúvidas sobre o relativo peso dos três grandes poderes do Estado. Em "Federalist n. 78", publicado no distante ano de 1788, Hamilton escreveu, assertivamente, que o executivo comanda "o poder da espada", sendo portanto o instrumento da violência legítima. O legislativo comanda "o poder do Tesouro" e portanto faz todas as leis. Mas o judicial "não tem influência sobre a espada ou o Tesouro" o que faz dele "sem sombra de dúvida o mais fraco dos três departamentos do poder".

Será com a noção dessa fraqueza "originária" que o judiciário terá que conviver em particular nos países em vias de desenvolvimento ou nos que foram mais assolados pelas crises recentes de cariz financeiro no que concerne às denominadas dívidas soberanas.

As "Oportunidades" desembocam, também e em muito, precisamente em eventos como o que esteve na origem do presente texto, estimulando o envolvimento do judiciário em estratégias integradas de combate à criminalidade. Deste modo, permite-se o reforço dos tribunais enquanto espaço de racionalidade, de independência e de valorização do papel da comunidade e dos cidadãos. O combate à corrupção, muitas endemicamente instalada em sectores decisivos do Estado e da sociedades, assoma-se como uma oportunidade e um desafio crucial para o judiciário numa tripla dimensão: legitimação institucional, reafirmação dos pressupostos éticos que constituem o núcleo da atividade jurisdicional e liderança numa luta civilizacional fundamental para o futuro dos regimes democráticos dos diversos países lusófonos.

A dimensão global da criminalidade exige uma resposta também ela concertada e transnacional mas essa exigência plasma-se igualmente no carácter universal do exercício integro do poder judicial concretizado no Princípios de Bangalore, assumidamente de cariz mundial. Os autores destes Princípios que atuaram sob a égide das Nações Unidas, formalmente aprovados em 2002, agiram justamente a partir da necessidade de uma declaração universalmente aceite do padrão judicial que, compatível com o princípio da independência, fosse capaz de ser respeitada por todos os Judiciários nacionais, sem a intervenção quer do Executivo, quer do Legislativo.

As "Forças" do poder judicial assentam, desde logo, no Estado de Direito com a assunção da denominada "Rule of Law" apresentando-se o diálogo e a cooperação internacionais enquanto instrumentos de conhecimento e eficácia. Neste sentido, será fundamental o apetrechamento técnico numa lógica de serviço público. Como vimos, o poder judiciário sairá reforçado assim saiba aprofundar os caminhos, enriquecedores, do diálogo internacional de juízes.

Mas as "Ameaças" são concretas e densificam-se claramente nos tempos de hoje. Assentam em três vetores essenciais. um poder judicial espezinhado através de interferências e ataques de outros poderes de raiz totalitária de que será exemplo mais recente a Turquia; um poder judicial divorciado dos cidadãos, com baixos níveis de confiança muitas vezes associados à lentidão do sistema e, por último, a ameaça real que advém da ausência de recursos humanos, materiais ou financeiros, providenciados insuficientemente pelo poder político, com uma conjuntura agravada pela crise económica e pela secundarização das opções estratégicas do Estado relativamente ao sector da Justiça.

O fenômeno da globalização exige, portanto, mais e melhor do poder judicial, como vimos. A montante, a afirmação da Independência Judicial deve ser assumida como um compromisso de todos os Poderes do Estado de modo público e inequívoco, implicando a recusa de uma Justiça para várias plateias, construídas em função das suas aptidões económicas ou de influência, tendo como pano de fundo o reforço da capacidade de intervenção do judiciário à escala transfronteiriça.

Em contrapeso evidente, impor-se-á igualmente o aprofundamento dos mecanismos de integridade e de prestação de contas por parte dos juízes; nesta matéria de transparência e integridade do judiciário existe um longo caminho ainda por percorrer, devendo densificar-se as regras de integridade judicial a partir dos melhores standards internacionais e das boas práticas instituídas, providenciando formação, aconselhamento “peer to peer” e partilha de conhecimentos.

Em síntese conclusiva, citemos, a partir do pensamento de Zygmunt Bauman, o Papa Francisco nas palavras por ele proferidas ao receber o Prémio Internacional Carlos Magno: “Se há uma palavra que nunca nos deveríamos cansar de repetir, é esta: diálogo. É nosso dever promover, de todas as formas ao nosso alcance, uma cultura de diálogo e assim reconstruir o tecido social. A cultura de diálogo implica uma verdadeira aprendizagem e uma disciplina que nos permite encarar os outros como parceiros de diálogo válidos, respeitando que o estrangeiro, o imigrante e os membros de diferentes culturas merecem ser ouvidos.”

Mais adiante, o próprio Bauman, assumindo um pessimismo incitado pelos problemas que nos afetam na sociedade globalizada, alerta que as soluções não resultarão nunca do manejado de varinhas mágicas; exigem “cabeça fria, nervos de aço e muita coragem: acima de tudo, precisaremos de uma visão verdadeiramente de longo prazo – e de muita paciência.” (“O Grande Retrocesso – Um debate internacional sobre as grandes questões do nosso tempo”, Zygmunt Bauman, Editora Objectiva, Abril de 2017, páginas 47/48).

Neste combate de longo prazo, paciente e difícil, as profissões judiciais, em particular os juízes, devem assumir um, diríamos, inevitável protagonismo. Com resiliência na afirmação, anónima e concreta, dos valores que permitam aspirar a uma sociedade melhor.

Por exemplo, no Brasil, país-continente com uma experiência muito rica no que concerne à moderna intervenção do judiciário no contexto social, desenvolvem-se diversas situações que se, por um lado, convocam, positivamente, a assertividade com que os juízes brasileiros têm sabido lidar com um fenómeno como o da corrupção também não deixam de nos interpelar sobre a politização da justiça e a importância de algum resguardo dos juízes relativamente à sua intervenção na arena pública.

Mas, no limite, continuamos a acreditar, com Saint-Exupéry, que “a maior grandeza de uma profissão está talvez, acima de tudo o mais, na capacidade de unir a Humanidade”.

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

MATOS, José Igreja. O poder judicial num mundo de questionamento de fronteiras. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, out. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11210>>. Acesso em: _____. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.11210>.