

Algumas reflexões sobre o Estatuto dos Magistrados Judiciais na redacção introduzida pela Lei 67/2019, de 27 de Agosto

CARLOS FRAGA *

Resumo: Neste trabalho analisam-se algumas das alterações introduzidas pela Lei 67/2019 de 27 de Agosto ao Estatuto dos Magistrados Judiciais nas perspectivas da posição constitucional dos juízes, dos factores susceptíveis de interferir na sua independência nomeadamente em matéria de dependência política, de avaliações e regime disciplinar, refere-se o recurso contencioso e, ainda, a conformidade ou não de algumas soluções com a Constituição.

Palavras-chave: Estatuto dos Magistrados Judiciais —independência dos juízes - Conselho Superior da Magistratura- inspecções judiciais- regime disciplinar- recurso contencioso.

Abstract: This paper presents an analysis of some of the changes introduced by Law 67/2019 of 27 August regarding the Statute of Judges. A review within a perspective of the judge's constitutional position, pointing factors likely to interfere with their independence, in particular concerning political dependence, assessments, and disciplinary regime. Moreover presents an examination of the litigation appeal and also the conformity or not of some solutions with the Constitution.

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 15, pp. 233-268.

* Professor Associado do ISMAT; Investigador do CEAD Francisco Suárez; Juiz de Direito aposentado.

Key-words: Statute of Judges - independence of judges - Superior Council of the Judiciary- judicial inspections- disciplinar -judicial review.

Introdução

A Lei n° 67/2019, de 27 de Agosto veio introduzir alterações à Lei n° 21/85 de 30 de Julho que aprovou o Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ).¹

Lê-se na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º122/XIII: “Tendo, porém, decorrido mais de 30 anos sobre a aprovação daquele Estatuto, considera-se adequada uma intervenção mais exaustiva, orientada exclusivamente pelo conceito constitucional da função jurisdicional, que pressupõe a sua atribuição aos magistrados judiciais, e a vinculação estrita destes magistrados aos princípios da independência, da legalidade e da imparcialidade.”

As alterações pecam por tardias mas, como diz o aforismo popular, “mais vale tarde do que nunca”.

Algumas das alterações são inócuas e inconsequentes; outras nada trazem de verdadeiramente inovador, mas outras são relevantes na medida em que vêm pôr o Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ) de acordo com os preceitos constitucionais (embora, sendo a Constituição de 1976, com quase 50 anos de atraso...-), se bem que, algumas, por “pressão” de factores externos ou seja a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Todavia nalgumas matérias o EMJ continua preso a teias do passado incompatíveis com a Constituição. As alterações, nalgumas soluções, ficaram aquém do que seria de esperar no escopo de se garantir a independência dos juízes.

Espera-se que um dia o legislador venha a colmatar essa lacuna pondo o EMJ em conformidade com os princípios e preceitos constitucionais.

¹ Todo o processo que levou à elaboração da Lei n° 67/2019, contendo os Pareceres das entidades consultadas, a discussão parlamentar e outros documentos pode ser consultado no site do Centro de Estudos Judiciários, num n° especial, no seguinte link cej.justica.gov.pt

Nestas curtas reflexões vamo-nos referir a algumas dessas alterações que nos pareceram mais dignas de atenção sem qualquer pretensão de fazer uma análise exaustiva de todas as alterações do EMJ.

I-O Juiz como titular de órgão de soberania

O art.º 1º do EMJ refere que os magistrados judiciais são titulares de órgão de soberania.

Tal não oferece dúvida. A Constituição da República portuguesa (CRP) considera os Tribunais como órgãos de soberania e, logicamente, os seus titulares, os juízes, são titulares de órgão de soberania. É a “verdade de Monsieur de La Palisse”.

Não tira, porém, o legislador, e a nosso ver, as consequências lógicas dessa posição jurídico-constitucional dos juízes.

Veja-se.

Tem-se entendido, tradicionalmente, que os juízes não são politicamente responsáveis.² Com isto, quer significar-se que os juízes não respondem pelas suas decisões, seja perante o Executivo, seja perante o Parlamento, nem podem estar sujeitos aos meios de controlo parlamentar, nem sequer — afastada a forma da sua eleição popular — respondem perante o povo em nome de quem aplicam justiça.

Porém, sob pena de se criar uma área de detentores do poder político sem responsabilidade — uma “ilha” no Estado de Direito e Democrático —, os juízes, como titulares de um cargo político devem ter uma responsabilidade política.³

² Cfr. v.g. JOAQUIM GARCIA MORILLO, *El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal, in Derecho Constitucional, Vol. II, 2.ª Ed.*, Ed. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1994, p. 229.

³ Não se trata da responsabilidade política como entendida em relação a outros titulares de órgão de soberania a qual seria incompatível com o princípio da inamovibilidade. Cfr. para este último ponto JOAQUIM GARCIA MORILLO, ob. cit, p. 229. Trata-se da responsabilidade política, pelo exercício de cargo político com a inerente responsabilidade. Como refere MIGUEL REVENGA SANCHEZ, *Funcion Jurisdiccional y Control Político. Hacia una Responsabilidad Política del juez?*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Maio-Agosto, 1990, p. 119: “numa primeira e genérica acepção, ter responsabilidade política significa deter poder político. Ser responsável por uma função, cargo ou ofício políticos, significa ter-se atribuída a titularidade dos poderes ou faculdades necessárias para desempenhar uma função, cargo ou ofício de natureza política. Numa segunda acepção, o conceito de responsabilidade política equivale a reivindicar capacidade de decisão. Diz-se que uma pessoa é politicamente responsável quando assume a autoria das suas de-

A questão reside, apenas, em definir-se perante quem e em que termos se efectiva essa responsabilidade.

Uma questão nos parece clara: sendo os juízes titulares de órgão de soberania, só perante outro órgão de soberania deveriam poder responder.

Não podem, obviamente, responder perante o Presidente da República (PR), o Governo ou o Parlamento, pois tal poria inelutavelmente em causa a independência dos juízes e tribunais perante esses órgãos de soberania.

Daqui resulta que a responsabilidade política dos juízes só deverá ser efectivada perante tribunais.⁴

Cabe saber que tribunal. A nosso ver o Tribunal Constitucional (TC).

Por um lado, as questões que têm a ver com a eleição, suspensão, exoneração de titulares de órgãos de soberania ou do poder político, são questões jurídico-constitucionais. Têm a ver com questões de legitimidade e com os direitos fundamentais, pelo que devem ser da competência do Tribunal Constitucional. Ora, nos termos do art.º 221.º da CRP, “O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.”

Assim acontece com o contencioso eleitoral onde “a actividade desenvolvida pelo Tribunal Constitucional, nessa matéria, é também jurisdição comum, funcionando umas vezes como tribunal de 1.ª instância e outras como tribunal de recurso”.⁵

Se essa atribuição de competência ao TC se torna evidente no tocante à apreciação da responsabilidade disciplinar dos juízes, também o é na situação em que o juiz

cisões, ou seja, quando se responsabiliza por elas por terem sido adoptadas com independência de critério. Por fim, como corolário desta segunda acepção, aparece a terceira e talvez o mais extenso dos significados que se associam ao conceito de responsabilidade política. Trata-se da ideia de responsabilidade como sujeição a controlos, sujeição que, para o controlado implica o facto de estar exposto à crítica e à avaliação do controlante, arrostando com as consequências, se houver lugar a estas, das referidas críticas e avaliação.”

⁴ É perante *tribunais* — órgãos de soberania — que o juiz responde criminal e civilmente por actos ilícitos praticados nas suas funções. Também a responsabilidade profissional — não no sentido de responsabilização do juiz mas de sujeição das suas decisões a reapreciação — cabe a *tribunais* pelo mecanismo dos recursos.

⁵ Não interessa, aqui, desenvolver a fiscalização da constitucionalidade em processo eleitoral. Sobre essa matéria cfr. CARLOS FRAGA, *Contencioso Eleitoral*, Livraria da Universidade, Coimbra, 1996, pp. 47 e sgs. e 117.

revele inaptidão para a função. Se um juiz violar sistematicamente a lei, a cujo cumprimento está vinculado, está a violar o preceito constitucional de obediência à lei — art.º 203.º —, está, portanto, a violar reiteradamente a Constituição.

Trata-se de ampliar aos juízes o que a Constituição já prevê em relação ao PR e aos Deputados — art.º 223.º da CRP.⁶ Assim, deverá caber a este Tribunal apreciar, como Tribunal de instância, se o juiz, pela sua persistente violação da lei é inapto para a função.

O mesmo no tocante à verificação de incapacidade do juiz — física ou psíquica — de continuar a exercer as suas funções.⁷

O art.º 223.º, n.º 3 da CRP⁸ comporta, perfeitamente, essa solução ou seja, a atribuição, por lei, ao TC do contencioso referente à nomeação, punição ou exoneração de juízes.

Não é, aliás, uma solução inédita. É ao TC que é atribuída competência disciplinar sobre os seus próprios juízes. Dispõe o art.º 25.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LOTIC)⁹ sobre a competência disciplinar:

“1 - Compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional o exercício do poder disciplinar sobre os seus juízes, ainda que a ação disciplinar respeite a atos praticados no exercício de outras funções, pertencendo-lhe, designadamente, instaurar o processo disciplinar, nomear o respetivo instrutor de entre os seus membros, deliberar sobre a eventual suspensão preventiva e julgar definitivamente.

⁶ “[...] 2. Compete também ao Tribunal Constitucional: a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física e permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções; b) Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 133.º; [...] g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda de mandato [...]”.

⁷ Veja-se que nos termos do artigo 129.º, n.º 1 da CRP, o “Presidente da República não pode ausentar-se do território nacional sem o assentimento da Assembleia da República ou da sua Comissão Permanente, se aquela não estiver em funcionamento”. Caso o PR, viole esse dever, de acordo com o n.º 3 do mesmo preceito “a inobervância do n.º 1 envolve, de pleno direito, a perda do cargo”. Compete ao Tribunal Constitucional decretar a perda do cargo do Presidente da República, por ausência do território nacional- artº 7º, nº 2 da Lei 28/82, de 15 de Novembro.

⁸ “Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.”

⁹ Lei nº 28/82, de 15 de Novembro.

2 - Das decisões do Tribunal Constitucional em matéria disciplinar cabe recurso para o próprio Tribunal.”

Não excluimos que haja um órgão administrativo a quem compita fiscalizar a acção dos juízes sem interferir na actividade jurisdicional e, dessa forma, que o exercício da acção disciplinar compita a esse órgão (entre nós o CSM – art.º 217.º CRP). O que entendemos é que quando chegar a altura de se decidir se o juiz cometeu ou não uma infracção disciplinar com as consequências daí decorrentes ou se revela inaptidão para o exercício da função, a competência para tal apreciar e decidir não deve ser atribuída a um órgão administrativo mas ao órgão de soberania Tribunal.

II- O Conselho Superior da Magistratura como órgão garantístico?

O art.º 4.º n.º 3 vem estatuir que a independência dos juízes é garantida pela existência do Conselho Superior da Magistratura (CSM).

É a consagração legislativa de uma pretensão há muito seguida por uma linha sindical no sentido de justificar a existência desse órgão como garante da independência dos juízes. A sua inclusão no EMJ como órgão necessário à independência dos juízes é, porém, inócua. Refere CARLOS FRAGA:¹⁰ “Os Conselhos Superiores da Magistratura são concebidos como órgãos garantísticos da independência dos juízes *perante os demais poderes do Estado*.^{11/12} A sua função, nesta perspectiva, é a de assegurar a não interferência das funções Legislativa e Executiva com a função Jurisdicional. Trata-se de um órgão cujo objectivo é o de proteger a

¹⁰ CARLOS ALBERTO CONDE DA SILVA FRAGA, “*Sobre a Independência dos Juízes e Magistrados*”, Ed. Vislis, Lisboa 2003, pp. 35/36.

¹¹ É curioso notar que a Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei nº 62/2013, de 26 de agosto) no artº 103 estatui “O Conselho Superior da Magistratura é o órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial.” não referindo qualquer função garantística desse órgão.

¹² Cfr. JJ GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Ed., 1991, p. 225; J.J.GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª Ed., Ed. Livraria Almedina, 1993, p. 768; JOAQUIM GARCIA MORILLO, ob. cit., p. 233; .SALVADOR DOMINGUEZ MARTIN, *Perspectivas y Realidades del Gobierno del Poder Judicial, Creado por la Constitucion*, in *El Poder Judicial*, Vol. II, Ed. Direccion General de Lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 1036; JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS, *La Independencia Judicial. Especial Consideracion del Articulo 122 de la Constitucion Española de 1958*, in *El Poder Judicial*, Vol. II, Ed. Direccion General de Lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales; 1983, p. 1514; VALENTÍN SILVA MELERO, *Las Garantias de la Independencia Judicial*, RGLJ, Año CII, Tomo XXX, p. 309.

independência dos juízes *como um corpo*, sobretudo de eventuais intromissões do Governo na independência do Poder Judicial.¹³

Trata-se de uma garantia *artificial*.¹⁴ As garantias *naturais* de independência dos juízes residem nos princípios constitucionais da inamovibilidade e irresponsabilidade. Estes princípios, existentes em todos os sistemas democráticos, são *inseparáveis* da existência do poder judicial enquanto tal. Os CSMs são órgãos *surpéfluos*.¹⁵ Daí que, por exemplo, nos 27 países da União Europeia, *apenas* a Espanha, França, Grécia, Itália, Bulgária, Hungria, Chipre, Roménia, e Portugal adoptaram esse órgão.¹⁶

O sentido dessa opção é tão só o de às garantias *naturais* acrescentar uma garantia jurídica suplementar constituída pelo facto de ser confiado a um órgão do Estado no qual têm assento juízes, tudo o que afecte o estatuto dos magistrados assim como o seu futuro profissional.¹⁷ Os constituintes não podiam ter deixado de incluir na

¹³ Cfr. JAVIER PEREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 4.ª Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 630; idém 7.ª Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 908; ROGER PERROT, *Institutions Judiciaires*, 7.ª Ed., Ed. Montchrestien, Paris, 1995, p. 44; ALESSANDRO PIZZORUSSO, *L'Influence de la constitution Italienne sur le Droit Judiciaire*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1983, p. 9; J.J. GOMES CANOTILHO, *A Questão do Autogoverno das Magistraturas como Questão Politicamente Incorrecta*, in AB VNO AD OMNES, obra colectiva, organização de Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, Coimbra Ed., 1998, p. 251, refere que: “a independência colectiva visa recortar uma *autonomia da judicatura* como ordem ou **corporação**, em lugar do juiz individual sujeito às decisões do órgão de governo”.

¹⁴ JAVIER PEREZ ROYO, ob. cit., 7.ª Ed., p. 908.

¹⁵ Cfr. JAVIER PEREZ ROYO, ob. cit., 4.ª Ed., p. 629. Note-se que para o Tribunal Constitucional espanhol (TCE) o Consejo General del Poder Judicial nem tem uma função garantística da independência dos juízes como corpo — que reside na *reserva de lei* — mas apenas a função de “tutelar a *imagem* da independência judicial e a sua *projeção externa* nas relações com outros órgãos ou perante o conjunto da opinião pública” — ANTONIO J. PORRAS NADALES: *El consejo general del poder judicial*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7, n. 19, Enero-Abril, 1987, p. 243.

¹⁶ Na Bélgica em 1998 foi criado o Conseil Supérieur de Justice que tem como funções regular o acesso à carreira judicial, controlar o funcionamento da organização judiciária, e tem funções consultivas. V. www.csj.be. Quanto à matéria disciplinar esta compete à jurisdição disciplinar a cargo dos tribunais disciplinares. V. Code Judiciaire artºs 409º e sgs. Na Lituânia o sistema é complexo dado que existem 3 órgãos: a assembleia geral dos juízes composta por todos os juízes da Lituânia, o Conselho Judiciário, e o Tribunal de justiça judiciária de honra que aprecia as questões disciplinares. Para os sistemas de organização judiciária dos Países da União Europeia veja-se GILES CHARBONNIER, *Panorama des Systèmes Judiciaires dans L'Union Européenne*, 2008, Ed. Bruylant, Bruxelles.

¹⁷ Cfr. JOSÉ MANUEL SERRANO ALBERCA, : *Comentarios a la Constitución*, in Fernando Garrido Falla, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 1763.

Constituição as garantias *naturais* dos juízes, mas poderiam ter deixado de manter o CSM.¹⁸

O Conselho “não é um órgão exigido pela natureza da função jurisdicional ou do poder judicial no Estado constitucional, sendo apenas a expressão de uma decisão política do constituinte, que tanto a podia ter tomado como não”.¹⁹

A sua inclusão agora no art.º 4.º, n.º 3 não atribuí a esse órgão essa natureza garantística mais do que nominativa sendo uma alteração substancialmente irrelevante.²⁰

III- O Juiz e a actividade política

O art.º 6.º-A do EMJ veda aos magistrados judiciais actividade política de carácter público. Estatui:

“1 - É vedada aos magistrados judiciais a prática de actividades político-partidárias de carácter público.

2 - Os magistrados judiciais não podem ocupar cargos políticos, com excepção dos cargos de Presidente da República, de membro do Governo, de membro do Conselho de Estado ou de Representante da República para as regiões autónomas”.

¹⁸ Cfr. JAVIER PEREZ ROYO, ob. cit., 2.ª Ed., p. 629, sobre a Constituição espanhola e que, aqui, seguimos. Neste sentido decidiu o TCE, Acórdão 108/86, de 29/7: “As funções que necessariamente terá de assumir o Conselho Geral do Poder Judicial são aquelas que mais podem servir ao Governo para tentar influenciar os tribunais: por um lado, o possível favorecimento de alguns juízes mediante colocações e promoções; por outro, os eventuais incómodos e prejuízos que lhes possam ser infligidos com a inspecção e a aplicação de sanções. O escopo do Conselho é, pois, privar o Governo dessas funções e transferi-las para um órgão autónomo e separado. É, desde logo, uma situação possível num Estado de Direito, embora não seja sua consequência necessária nem se encontre, pelo menos com assento constitucional, na maioria dos ordenamentos jurídicos actuais” —, cit. por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ/JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS/JOAQUÍN HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO/JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ, *Constitución Española (Con la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los Tratados Internacionales suscritos por España y la relación de las leyes dictadas en desarrollo de la Constitución)*, 2.ª Ed., Ed. Colex, 1993, anot. ao artigo 122.º, p. 438.

¹⁹ JAVIER PEREZ ROYO, ob. cit., 7.ª Ed., p. 909.

²⁰ Diga-se, porém, que alguns Países da UE qualificaram nas suas Constituições o órgão de gestão da magistratura judicial como órgão garantístico da independência dos juízes. Tratam-se de Países saídos da órbita da então União Soviética onde a independência dos juízes era meramente formal. Sobre essa matéria v. GILES CHARBONNIER, ob. cit..

E o art.º 83.º-G, al) i), por sua vez, classifica a prática de actividade político-partidária de carácter público como infracção disciplinar muito grave.

Percebe-se essa restrição. Visa, pelo menos aos olhos dos cidadãos, garantir a independência dos juízes perante opções político-partidárias garantindo que podendo os juízes, como qualquer cidadão, ter as suas opiniões políticas porém não se envolvam em actividades públicas dessa natureza que possam pôr em causa a sua independência e imparcialidade. No fundo, pelo menos, o velho aforismo da mulher de César: “Não basta ser séria, é preciso parecê-lo”.

O legislador ficou, porém, aquém de onde deveria coerentemente ir. O legislador, a nosso ver, deveria, também, proibir o regresso à magistratura de juízes que exerçam cargos políticos de natureza partidária.

JORGE MIRANDA,²¹ propunha a seguinte alteração do n.º 4, do art.º 219.º [actual 216.º] da Constituição que estatuí sobre as garantias e incompatibilidades dos juízes: “*Os juízes que aceitem qualquer outra função pública ou privada não podem regressar ao exercício efectivo da magistratura, salvo novo ingresso nos termos gerais*”.

Por sua vez VITAL MOREIRA refere:²² “se existe um valor na ideia de independência dos juízes, ela tem a ver com a sua exclusão da actividade política, a começar pelas actividades partidárias. Daí que deva ser encarado com as maiores reservas o desempenho de cargos políticos por magistrados judiciais, a começar por cargos governamentais. Se os juízes querem manter o poder político fora da justiça, devem começar por se manter à margem da política, rejeitando a tentação de se considerarem elegíveis para o desempenho do poder.”

Haverá maior compromisso político público do que um juiz ser membro do Governo ou deputado à Assembleia da República, cargos que têm necessariamente conotação político-partidária?

Coerentemente com a proibição de actividade político partidária e, por maioria de razão, deveria ser vedado aos juízes exercerem cargos governamentais ou de confiança política e de deputado no Parlamento. O juiz teria de escolher entre um cargo político ou a magistratura judicial.

Assim, no Brasil o exercício de um cargo político acarreta a perda do cargo de magistrado nos termos do art.º 95.º da Constituição e 26.º II al) a) da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN). Ambos os diplomas consagram,

²¹ *Ideias Para uma Revisão Constitucional em 1996*, Ed. Cosmos, Lisboa, 1996, p. 45.

²² *A Rebelião das Togas*, Jornal “O PÚBLICO”, de 18 de Novembro de 1997.

também, a proibição de actividade político-partidária.²³ Esta, sim, seria uma solução coerente.

Já não nos parece ser impeditivo o cargo de presidente da República dado ser um cargo sem conotação político-partidária, nem de representante da República para as Regiões Autónomas nem, ainda de Conselheiro de Estado dado que estes o são por inerência do cargo e personalidades escolhidas pelo Presidente da República- art.º 142.º CRP.

IV- As inspecções judiciais

A independência dos juízes significa que estes apenas estão sujeitos à Lei – art.º 203.º CRP-, entendida esta como as fontes de Direito.

Significa, concomitantemente, que os juízes não podem estar sujeitos a ordens ou instruções de quaisquer órgãos do Estado.

No centro desta questão tem estado a designada inspecção hierárquica a que se encontram sujeitos os juízes de 1ª instância levada a cabo pelo órgão que tutela os juízes ou seja o CSM.²⁴

Já em 2000 CARLOS FRAGA se referia à falta de independência dos juízes resultante do controlo administrativo do conteúdo da decisão jurisdicional a que procedia o CSM pugnando pela não interferência deste órgão naquele conteúdo.²⁵

A Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 122/XIII refere:

“Não sendo a administração da justiça pensável sem a garantia da independência, assume-se esta como a mais irrenunciável característica da magistratura judicial, tanto no plano material, como no plano pessoal. Dá-se, assim, particular relevo, por um lado, às garantias materiais de independência, que respeitam à liberdade dos juízes perante quaisquer

²³ V. KILDARE GONÇALVES CARVALHO, *Direito Constitucional*, Vol 2, 21ª Ed. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2015, p. 649.

²⁴ O artº 37º EMJ admite que possa ser feita uma inspecção a juízes desembargadores a pedido do interessado.

²⁵ V. CARLOS ALBERTO CONDA SILVA FRAGA, *Sobre*, cit., pp. 86 e sgs. Uma demonstração cabal da interferência dos agentes administrativos (inspectores) do CSM no conteúdo da decisão jurisdicional encontra-se no trabalho de CARLOS FRAGA, «*Inspecções Judiciais — Conselho Superior da Magistratura — Derrocada do Estado de Direito*», Ed. Livraria da Universidade, 1994, ao longo do qual o A. demonstra a partir de processos concretos essa interferência directa.

ordens ou instruções de outros órgãos do Estado” e o art.º 31.º, n.º 2 al) b) do EMJ vem estatuir que nas avaliações “os serviços de inspeção não podem, em qualquer caso, interferir com a independência dos juizes, nomeadamente pronunciando-se quanto ao mérito substancial das decisões”.

E

“submete-se “as atribuições do Conselho Superior da Magistratura a um limite intransponível: umas e outras são restringidas a matérias inteiramente exteriores ao desempenho da função jurisdicional, devendo ser exercidas com inteiro respeito pelos princípios do juiz natural e do processo equitativo.”

Vem-se, assim confirmar por via legislativa a tese de CARLOS FRAGA de que a avaliação administrativa do conteúdo da decisão jurisdicional interfere com a independência dos juizes e que essa independência só é garantida vedando-se ao CSM – ou a qualquer outra entidade administrativa-, exercer esse controlo.²⁶

No mesmo sentido se pronunciou a Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)²⁷ ao referir: “ii) princípio da não intervenção na atividade jurisdicional dos juizes – neste caso, no seu Projeto o MJ opta por vincar o respeito pela independência da atividade jurisdicional dos juizes no confronto com a atividade inspetiva (de natureza administrativa) desenvolvida pelo órgão de cúpula do Poder Judicial (CSM).”

Em sentido semelhante o art.º 91.º da Lei nº 62/2013 de 26 de Agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário), refere no nº 4: “Os objetivos processuais da comarca não podem impor, limitar ou condicionar as decisões a proferir nos processos em concreto, quer quanto ao mérito da questão, quer quanto à opção pela forma processual entendida como mais adequada.”

Por sua vez o art.º 31.º do EMJ que dispõe sobre os princípios orientadores da avaliação, dispõe no nº 2, b): “Independência, nos termos do qual os serviços de inspeção não podem, em qualquer caso, interferir com a independência dos

²⁶ Em Espanha o art.º 176º, n. 2 da LOPJ proíbe expressamente que a inspeção se pronuncie sobre o conteúdo das decisões jurisdicionais. Dispõe: “La interpretación y aplicación de las leyes hechas por los Jueces o Tribunales, cuando administran Justicia, no podrá ser objeto de aprobación, censura o corrección, con ocasión o a consecuencia de actos de inspección.”

²⁷ Audição formal ASJP no Ministério da Justiça -10/2017 sobre o Estatuto dos Magistrados Judiciais.

juizes, nomeadamente pronunciando-se quanto ao mérito substancial das decisões.”

Diga-se, todavia, que a regulamentação legal, fica aquém do que seria de esperar e poderá revelar-se insuficiente para obstar à interferência administrativa na actividade jurisdicional.

Se bem que a al) b) do art.º 2.º do Regulamento das Inspecções Judiciais (RIJ)²⁸ reproduza o constante da al) b) do nº2 do art.º 31.º do EMJ estatuinto:” b) Princípio da independência, nos termos do qual o serviço de inspeção não pode, em qualquer caso, interferir com a independência dos juizes, nomeadamente pronunciando -se quanto ao mérito substancial das decisões judiciais;” o facto é que, a nosso ver, o CSM não abdica do controlo administrativo do conteúdo da decisão jurisdicional e que essa norma do RIJ corre o risco de ser puramente semântica.²⁹

Senão vejamos.

O art.º 12.º do mesmo RIJ, sob a epígrafe Critérios de Avaliação, estatui no seu n.º 4:” Na análise da *preparação técnica*,³⁰ a inspeção toma globalmente em linha de conta, entre outros, os seguintes vetores: a) Nível jurídico do trabalho inspecionado, apreciado, essencialmente, pela capacidade de síntese na enunciação e resolução das questões, pela clareza e simplicidade da exposição e do discurso argumentativo, pelo senso prático e jurídico e pela ponderação e conhecimentos revelados nas decisões; b) Capacidade de apreensão das concretas situações jurídicas em causa; c) Capacidade de convencimento decorrente da qualidade e originalidade da argumentação crítica utilizada na fundamentação das decisões; d) Capacidade intelectual, no sentido de avaliação dos conhecimentos técnico -jurídicos adquiridos e da forma como tais conhecimentos são aplicados no exercício de funções.”

Ora, é manifesto que a “*análise da preparação técnica*” implica uma apreciação crítica dos agentes administrativos do CSM sobre o conteúdo da decisão jurisdicional — *substantiva e adjectiva* —, o que representa um controlo administrativo da decisão jurisdicional com a inevitável ofensa dos princípios da irresponsabilidade e independência dos juizes.

²⁸ DR II Série, nº 178 de 13 de Setembro de 2021.

²⁹ Como era puramente semântica, no tempo do «Estado Novo», a norma semelhante do artigo 458.º do EJ de 1962 que estatuiu: “Aos inspectores, inquiridores e sindicantes não é permitida qualquer ingerência na execução dos serviços judiciais, devendo evitar, na medida do possível, a perturbação do serviço e **abster-se de impor a sua opinião pessoal ou de advertir os magistrados**”. (Negrito nosso).

³⁰ Negrito e itálico nossos.

É evidente que o *controle administrativo* do conteúdo da decisão jurisdicional leva a que os juízes respondam perante a Administração pelo conteúdo da decisão jurisdicional o que aniquila o princípio da irresponsabilidade dos juízes. Se se atender, ainda, que a classificação de “medíocre” detém, indubitavelmente, natureza disciplinar podendo levar à expulsão do juiz da magistratura,³¹ torna-se óbvio que também o princípio da inamovibilidade se torna, ele, também meramente semântico.

De facto, ao permitir-se à Administração avaliar a decisão jurisdicional está-se a dar àquela o poder de determinar o conteúdo da mesma decisão. Ao valorizar negativamente uma decisão, a administração está a dizer ao juiz para deixar de decidir dessa forma; *mutatis mutandis*, ao apreciar favoravelmente uma decisão a administração está a dizer ao juiz para continuar a decidir da forma por que o fez. Mais, está a dizer-lhe como decidir nos processos pendentes. A administração controla, assim, a decisão concreta a proferir.³²

Portanto o conteúdo da estatuição constante do art.º 31.º, n.º 2, al) b) do EMJ segundo a qual os inspectores não se podem pronunciar sobre o mérito das decisões é, parece-nos, esvaziado pelo RIJ que impõe essa mesma interferência na função jurisdicional.

Note-se que o art.º 34.º do EMJ na redacção anterior à Lei 67/2019 que versava sobre os critérios e efeitos das classificações, referia no seu n.º 1 que a classificação deveria atender, entre outros parâmetros, à *Capacidade de simplificação dos atos processuais*, à *Preparação técnica e capacidade intelectual*.

Essa disposição foi revogada. Tal poderia levar-nos a pensar que fora abandonada a concepção advinda já desde a 1ª República, de a Administração controlar o conteúdo da decisão jurisdicional.

³¹ Neste sentido cfr. CARLOS ALBERTO CONDE DA SILVA FRAGA, “*Subsídios para a Independência dos Juizes — O caso português*”, Ed. Cosmos, Lisboa, 2000, pp. 378 e sgs. Cfr. também ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, ex-Inspector Judicial do Conselho Superior da Magistratura, *A Responsabilidade Disciplinar no Estatuto dos Juizes Portugueses Face às Novas Exigências Sociais*, BASJP, II Série, n.º 6, Novembro de 1999, p. 22.

³² “Quando um inspector se permite a liberdade de escrever papelinhos nos processos com recados *sugerindo* que o juiz faça isto ou aquilo [...] quando um inspector resolve desabafar que um juiz que faça assim ou assado é um mau juiz [...] Estou a lembrar-me de um inspector residente que veio “*residir*” para o Palácio da Justiça de Lisboa e que quando cá chegou decretou alto e bom som que Juiz que fizesse questionários por remissão era mau juiz...” — FRANCISCO BRUTO DA COSTA, (juiz de Direito) *As Inspeções Judiciais e a Necessidade da sua Mudança*, in BASJP, Dezembro/1994, sem n.º de p. (Itálicos no original).

Mas não. Como vimos o RIJ mantém como critérios de classificação os que foram eliminados do EMJ pelo que o CSM continua a pronunciar-se sobre a actividade jurisdicional dos juízes o que, repete-se, põe em causa a sua independência.

O objectivo de reforçar a independência dos juízes com a alteração introduzida pela Lei nº 67/2019, não foi, aqui, conseguido.

V- A autonomia do Direito Disciplinar face ao Penal

O art.º 83.º, nº 1 EMJ estatui: “1 - O procedimento disciplinar é autónomo relativamente ao procedimento criminal e contraordenacional instaurado pelos mesmos factos.”

A nova redacção apenas vem acrescentar à anterior o processo contraordenacional.

Mantém-se, assim, a tese administrativista do direito disciplinar. Com essa autonomia tem-se pretendido afastar princípios básicos ligados à segurança jurídica³³ como a tipicidade da infracção disciplinar- se bem que no actual EMJ se tenha tido em conta o princípio da tipicidade em termos que veremos infra-, a proibição da analogia sancionadora, a proibição do *non bis in idem* entre outros que constam do art.º 29.º CRP como garantias de direito criminal.

Em Espanha, cuja Constituição democrática data de 1978, houve a preocupação de sujeitar o direito disciplinar aos princípios constitucionais decorrentes da segurança jurídica, esta expressamente consagrada no art.º 9.º da Constituição espanhola (CE).

A doutrina e a jurisprudência — nomeadamente do TC — espanholas, admitem, pacificamente, que o ordenamento punitivo do Estado tem uma *dupla* manifestação: o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionatório.³⁴

³³ Implícito no art.º 2º da CRP. V. p. ex Ac. TC 556/03, de 12 de Novembro de 2003, (FJ 9.1). Os Acórdãos do TC podem ser consultados em IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (www.dgsi.pt).

³⁴ Cfr. NICOLAS MAURANDI GUILLEN, *Jurisdiccion, Competencia y Organizacion del Poder Judicial*, in *Jurisdiccion, Competencia Y Organizacion del Poder Judicial*, obra dirigida por Ricardo Cabedo Nebot, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, 1995, p. 530. Tem sido essa a orientação do Tribunal Constitucional Espanhol. — Cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 387.

De facto, abandonou-se a concepção dualista do poder sancionador do Estado reparado pelos Tribunais e a Administração independentes entre si, para se entender que existe *um único poder punitivo do Estado* que se manifesta por via do direito penal — no caso dos factos configurarem a prática de um ilícito penal —, ou pela via do poder sancionador da administração — caso configure um ilícito administrativo —.³⁵ O exercício do poder punitivo do Estado reparte-se entre o Poder Judicial e o Executivo, enquanto, detentor da função administrativa.³⁶

Este entendimento, de acordo com os princípios do Estado de Direito e Democrático, com o inerente respeito pelos direitos fundamentais e o princípio da independência dos juízes, explicam a quase total aplicação, em direito disciplinar, das soluções garantísticas dos direitos dos cidadãos em direito criminal.³⁷ Desta forma afasta-se a discricionariedade com que, anteriormente, se manipulava a responsabilidade disciplinar.³⁸

Esta concepção unitária leva a que todo o poder sancionador da Administração esteja sujeito aos mesmo princípios constitucionais oriundos do Direito Penal substantivo e adjectivo e outros de idêntica origem ainda que não constitucionalizados,³⁹ por ser o que oferece as maiores garantias de respeito pelos Direitos Fundamentais consagrados na Constituição.^{40/41}

³⁵ Cfr. ALEJANDRO NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.ª Ed. ampliada, Ed. Tecnos, 1994, págs. 86 e sgs. e jurisprudência constitucional e administrativa aí citada. Para este A. (ob. loc. cit.) a despenalização de um ilícito transformando-o em infracção administrativa não significa que o facto deixou de ser ilícito mas apenas que passou de ilícito penal a ilícito administrativo. Cfr., também, LUCIANO PAREJO ALFONSO, in LUCIANO PAREJO ALFONSO/A, JIMÉNEZ-BLANCO/L. ORTEGA ÁLVAREZ — *Manual de Derecho Administrativo*, 5.ª Ed., Ed. Ariel, 1998, p. 610.

³⁶ Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO, in LUCIANO PAREJO ALFONSO/A, JIMÉNEZ-BLANCO/L. ORTEGA ÁLVAREZ, ob. cit., p. 610.

³⁷ Cfr., v.g., FRANCISCO RUBIO LLORENTE, ob. cit., p. 387; LUIS MARIA DIEZ-PICAZO, *Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial*, REDC, Año 12, n. 34, Enero-Abril, 1992, REDC, p. 31; JERONIMO AROZAMENA SIERRA, *El Principio de Unidad Jurisdiccional*, (Estudios sobre la Constitución Española - Tomo IV), Ed. Civitas, Madrid 1991, p. 3026.

³⁸ Cfr. RAMON PARADA, *Derecho Administrativo*, 7.ª Ed., Marcial Pons, 1993, p. 481.

³⁹ Cfr. ALEJANDRO NIETO, ob. cit., pp. 87, 167 e sgs.

⁴⁰ Cfr. ALEJANDRO NIETO, ob. cit., p. 183.

⁴¹ O TEDH tem-se pronunciado pela impossibilidade de diferenciação objectiva entre ambos os ilícitos — criminal e administrativo —, entendendo que os artigos 6.º e 7.º da CEDH se aplicam igualmente a ambos os ilícitos sem prejuízo de cada Estado definir as suas políticas legislativas — Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO, in LUCIANO PAREJO ALFONSO/A, JIMÉNEZ-BLANCO/L. ORTEGA ÁLVAREZ, ob. cit., pp. 613/614 e jurisprudência europeia aí citada.

As garantias fundamentais mediante as quais se atribuem diferentes direitos aos administrados que constituem autênticas obrigações para a Administração são uma expressão do Estado de Direito democrático recebido no art.º 25.º, n.º 1 da CE.⁴² Esta disposição ao “colocar em pé de igualdade os “crimes”, “contra-ordenações” e “ilícitos administrativos”, representa, em primeiro lugar, o inequívoco reconhecimento do poder sancionador da Administração e, seguidamente, impõe no respectivo âmbito sancionador de todas e cada uma das exigências inerentes ao princípio geral da legalidade penal”.⁴³

Daí que se venha a entender o poder sancionador da Administração como um poder afim e subordinado ao Direito Penal⁴⁴ ou auxiliar deste⁴⁵ podendo afirmar-se “que as infracções e sanções designadas de “administrativas” revestem natureza “penal”, e isso por a quebra da teoria da divisão de poderes levar a que a Administração detenha um poder sancionador”.⁴⁶

Tal aplicação resulta, também, do poder sancionatório da Administração se encontrar sujeito no texto constitucional aos valores superiores do Ordenamento Jurídico — art.º 1.º da CE —, plasmados nos princípios da liberdade e do estado de Direito.⁴⁷

O art.º 25.º, n.º 1 da Constituição espanhola veio adoptar essa prática jurisprudencial⁴⁸ consagrando expressamente, como expressão do *princípio da legalidade*, a aplicação dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, corroborado pela consagração de iguais princípios processuais aplicáveis em direito penal e administrativo no art.º 24.º⁴⁹

⁴² Estatui: “ninguém pode ser condenado ou sofrer sanções por acusações e omissões que no momento da sua prática não constituam delito, falta ou infracção administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento.”

⁴³ JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, 4.ª Ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 25.

⁴⁴ Cfr. ALEJANDRO NIETO, *Derecho...*, cit., p. 90

⁴⁵ Cfr. JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación de los Derechos y Garantías Constitucionales a la Potestad y al Procedimiento Administrativo Sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Ed. Trivium, S.A., Madrid, 1989, p. 48.

⁴⁶ Cfr. JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación ...*, cit., págs. 68/69.

⁴⁷ Cfr. JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación ...*, cit., p. 75.

⁴⁸ Para uma visão dessa prática vide EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA / TOMAS-RAMON FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, Vol. II, págs 162/163.

⁴⁹ EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA / TOMAS-RAMON FERNANDEZ – ob. cit., Vol. II, p. 163; BELÉN MARINA JALVO, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, 2.ª Ed., Lex Nova, 2001, p. 279; CESÁREO RODRÍGUEZ-AGUILERA, ob. cit., p. 92.

Dessa aplicação depende a preservação dos valores essenciais constantes do art.º 25.º da CE mormente da *segurança jurídica* — art.º 9.º da CE —,⁵⁰ e o reforço das garantias jurídicas dos administrados.⁵¹

Numa palavra, a Constituição atribui à Administração um poder sancionador a partir da salvaguarda dos direitos fundamentais e das liberdades públicas oponível à sua actuação — art.º 24.º, 25.º e 26.º da C.E. —.⁵²

Diferentemente em Portugal desde a 1ª República que se pretendeu obstar à independência dos juízes. Pretendeu-se controlar os juízes e o conteúdo da decisão jurisdicional nomeadamente através da manipulação da responsabilidade disciplinar, negando-se aos juízes a aplicação do princípio da segurança jurídica.⁵³

Com essa autonomia pretendeu afastar-se princípios básicos ligados à segurança jurídica como a tipicidade da infracção disciplinar, a proibição da analogia sancionadora, a proibição do *non bis in idem*.

Assim o Supremo Tribunal Administrativo (STA) tem entendido que existe total autonomia entre os ilícitos penais e disciplinares⁵⁴ e no mesmo sentido tem ido a jurisprudência constitucional.⁵⁵

No sistema português continua a seguir-se a mesma concepção perfilhada antes da Constituição democrática de 1976 segundo a qual existe total autonomia entre os ilícitos penais e disciplinares justificável pela diferente teologia das infracções – criminal e disciplinar —⁵⁶ o que conduz a que os princípios de direito penal só em certa medida sejam aplicáveis em direito disciplinar.

⁵⁰ Cfr. JOSÉ GARBIERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación ...*, cit., p. 70. Para este A. “a inata delimitação do poder estadual que deriva da separação de poderes, o princípio da proporcionalidade, a primazia do Direito, a auto-sujeição do Estado ao ordenamento jurídico quase sempre reconhecida a nível constitucional, a previsibilidade e mensurabilidade da actuação pública, o controlo desta por um Poder Judicial independente.... reconduzem-se a um mesmo princípio de natureza garantístico: a segurança jurídica”, ob. cit., p. 72.

⁵¹ Cfr. JOSÉ GARBIERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación ...*, cit., p. 75.

⁵² Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO, in LUCIANO PAREJO ALFONSO/A, JIMÉNEZ-BLANCO/L. ORTEGA ÁLVAREZ, ob. cit., p. 610.

⁵³ Sobre essa matéria v. CARLOS ALBERTO CONDE DA SILVA FRAGA, “*Subsídios...*”, cit., pp. 113 e sgs, 366 e sgs; do mesmo Autor, *Sobre...*, cit., pp. 115 e sgs.

⁵⁴ V. Ac. de 15/01/02, Rec. 047261; Ac. de 15/10/91, Rec. 29002. A jurisprudência do STA pode ser consultada em www.dgsi.pt

⁵⁵ V. p. ex. Ac. 59/95, de 16 de Fevereiro (FJ-15).

⁵⁶ V. p. ex. na jurisprudência do STA Ac. de 14/02/95, Rec. 035241. No mesmo sentido cfr. entre outros Ac.s, STA de 14/01/97, Rec. 038361; de 09/05/95, Rec. 035837; de 28/01/99, Rec. 032788; de 30/11/94, Rec. 032888; de 03/06/98, Rec. 41503; de 11/02/2004, Rec. 042203.

E um facto que o art.º 29.º, n.º 1 da CRP, equivalente ao art.º 25.º CE, apenas se refere *expressamente* ao ilícito criminal.

Porém, “é problemático saber em que medida é que os princípios consagrados neste artigo são extensíveis a outros domínios sancionatórios. A epigrafe “aplicação da lei criminal” e o teor textual do preceito restringem a sua aplicação directa apenas ao direito criminal propriamente dito (crimes e respectivas sanções). *Há-de, porém, entender-se que esses princípios devem, no essencial, valer por analogia para os demais domínios sancionatórios, designadamente o ilícito de mera ordenação social e o ilícito disciplinar. Será o caso do princípio da legalidade, da não retroactividade, da aplicação retroactiva da lei mais favorável.*”⁵⁷

A ASJP na *Audição* refere uma aproximação entre o Direito Penal e o disciplinar referindo: “O direito disciplinar é um direito de natureza punitiva, que pune quem não cumpra com os deveres a que está obrigado em virtude das funções que exerce, aplicando-lhe sanções (“penas”) disciplinares, aproximando-se, desta forma, do direito penal *lato sensu*, mas sem que se possa integrar (ou confundir) com esse ramo do direito, havendo uma miríade de condutas que são relevantes do ponto de vista disciplinar e, apesar disso e concomitantemente, perfeitamente irrelevantes penalmente.

De todo o modo e quanto às finalidades subjacentes à aplicação das sanções disciplinares, as mesmas são, sempre *mutatis mutandis*, algo aproximáveis das do direito penal *tout court*”.

Não chega, porém, a ASJP a considerar o Direito Disciplinar público como um direito aproximável ao Direito Penal. Há que, a nosso ver, aplicar ao direito disciplinar os mesmo princípios garantísticos do Direito Penal constantes do art.º 29.º CRP como expressão de um poder punitivo único do Estado.

VI- O Princípio *non bis in idem*

Um dos princípios abrangidos pelo art.º 29.º da CRP é o de *non bis in idem* ou seja que uma pessoa não pode ser julgada mais do que uma vez pelos mesmos factos.

No Acórdão (Ac.) da Secção do Contencioso do STJ de 23/06/ 2016, proferido no processo n.º 16/14.0YFLSB, foi considerado que:

⁵⁷ J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Ed., 3.ª Ed., 1993., anot. VIII, ao artigo 29.º, p. 195. (Itálico nosso).

“O princípio *non bis in idem*, proíbe assim que, na actividade sancionatória, se proceda a uma dupla valoração do mesmo substrato material. As fundamentais razões dessa proibição residem, por um lado, na paz jurídica que ao arguido se deve garantir finda a perseguição de que foi alvo e, por outro lado, no interesse em evitar pronúncias díspares sobre factos unitários. E, para que a referida proibição assuma o devido alcance, a doutrina fá-la acompanhar do que designa por um mandado de esgotante apreciação de toda a matéria cognoscível.”

Em suma, o que o princípio *non bis in idem* proíbe é que, na atividade sancionatória, se proceda a uma dupla valoração do mesmo substrato fáctico, de modo a evitar pronúncias díspares sobre factos unitários.

Assim, constando o princípio *ne bis in idem* do catálogo dos direitos fundamentais plasmado na Constituição, sempre que ocorrer violação do mesmo na realização de ato punitivo, este ato será nulo por ofender o conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos do art.º 161.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), do CPA/15.”

Por sua vez no Ac. 30/18.6YFLSB o STJ decidiu:

“Ora, um dos princípios basilares do processo penal é o denominado princípio “*non bis in idem*” consagrado no art.º 29.º, n.º 5, da Constituição da República, segundo o qual *ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime*.

Tal princípio encontra-se incluído no capítulo dos “direitos, liberdades e garantias pessoais”, assumindo, por isso, a natureza de garantia fundamental dos cidadãos de não serem duplamente perseguidos pelos mesmos factos ilícitos criminais.

Embora o sobredito preceito constitucional se refira expressamente à perseguição criminal, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a entender que aquele princípio, em virtude da sua *ratio*, deve ser aplicado também à perseguição de infrações de matriz disciplinar.

Assim, Gomes Canotilho e Vital Moreira quanto ao referido princípio “*ne bis in idem*”, consagrado no n.º 5 do art.º 29.º da CRP, consideram que:

“[...] comporta duas dimensões: (a) como *direito subjectivo fundamental*, garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, a possibilidade de se defender contra actos estaduais violadores deste direito (*direito de defesa negativo*); (b) como *princípio constitucional objectivo* (dimensão objectiva do direito fundamental), obriga fundamentalmente o legislador à conformação do direito processual e à definição do caso julgado material, de modo a impedir a existência de vários julgamentos pelo mesmo facto.

(...)

A Constituição proíbe rigorosamente o *duplo julgamento* e não a *dupla penalização*, mas é óbvio que a proibição do duplo julgamento pretende evitar tanto a condenação de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido pela prática da infração, como a aplicação renovada de sanções jurídico-penais pela prática do “mesmo crime”.”

E, noutro passo, acrescentam que:

“É problemático saber em que medida é que os princípios consagrados neste artigo são extensíveis a outros domínios sancionatórios. (...) Há-de, porém, entender-se que esses princípios devem, na parte pertinente, valer por analogia para os demais domínios sancionatórios, designadamente o *ilícito de mera ordenação social* e o *ilícito disciplinar*.”

Também Jorge Miranda e Rui Medeiros, em anotação ao mesmo normativo, referem que:

“[...] embora o art.º 29.º se refira somente à lei criminal, deve considerar-se que parte destes princípios (...) se aplicam também aos outros dois ramos do chamado *direito público sancionatório*: o direito de mera ordenação social e o direito disciplinar (...).”

E, no sumário:

“Em caso de pendência de processo-crime contra arguido simultaneamente visado pelos mesmos factos em processo disciplinar, existem razões ponderosas para admitir como relevante, para os efeitos do n.º 7 do artigo 6.º conjugado com o artigo 7.º do EDTEFP, a suspensão do processo disciplinar, por parte do órgão que o dirige, na decorrência do despacho de pronúncia ou de despacho a ele equivalente proferido no processo criminal contra àquele arguido. Com efeito, só assim se conseguirá, por um lado, prevenir uma indesejável desarmonia, senão mesmo contradição, entre os desfechos alcançáveis nas duas sedes punitivas e, por outro lado, otimizar a atividade probatória com prevalência da investigação criminal em si mais ampla do que a disciplinar e, portanto, com vantagens acrescidas para a defesa do arguido, ainda que com alguns custos de celeridade. Tal suspensão mostra-se justificada num caso, como o dos autos, em que o processo disciplinar emergiu em virtude de a acusação deduzida no inquérito criminal, inteiramente acolhida na subsequente pronúncia, ter revelado novos factos passíveis, simultaneamente, de qualificação criminal e disciplinar que, além disso, necessitavam de ser diferenciados, em sede disciplinar, de outros factos constantes da mesma acusação mas que já tinham sido objeto de anterior processo disciplinar.”

Em Espanha o art.º 415.º da Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) manda suspender o procedimento disciplinar enquanto não houver decisão em proces-

so penal pelos mesmos factos.⁵⁸ Com isto pretende-se obstar o que GARCÍA DE ENTERRÍA designava como a teoria das duas verdades ou sejam os factos provados ou não em processo penal ao não serem vinculativos para a Administração levava a que sobre os mesmos factos pudessem surgir decisões divergentes.⁵⁹ Ora, os mesmos factos não podem existir e deixar de existir para os diferentes órgãos do Estado.⁶⁰

Daí que para que tal não aconteça o procedimento disciplinar tenha de aguardar a decisão penal.⁶¹

Embora o EMJ não contenha uma norma semelhante à da LOPJ a jurisprudência parece estar a inclinar-se, e bem, nesse sentido da prevalência da jurisdição penal sobre a disciplinar o que contraria o afirmado princípio da total autonomia entre os dois ilícitos penal e disciplinar e permite salvaguardar o princípio *non bis in idem*.

Todavia e dado que a jurisprudência é variável seria de se consagrar expressamente no EMJ uma norma que, como a espanhola, mandasse suspender o procedimento disciplinar enquanto não fosse decidido o penal com trânsito em julgado e que essa decisão penal fosse vinculativa para a Administração como, aliás, resulta do art.º 205.º, n.º 2 CRP ao estatuir que “as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades.”

⁵⁸ “2. A instauração de um procedimento criminal não obstará à instauração de um processo disciplinar pelos mesmos factos, mas não será proferida decisão neste enquanto não for proferida sentença com trânsito em julgado na causa penal.

Em qualquer circunstância, os factos, dados como provados na decisão final do processo penal, vinculam a decisão a tomar em processo disciplinar, sem prejuízo da diferente qualificação jurídica que possam merecer num e noutra processo.

3. Só podem ser proferidas decisões penal e disciplinar sobre os mesmos factos quando se não verifique identidade de fundamento jurídico e de bem jurídico protegido”.

⁵⁹ O artigo 94.º.3, 3.º parágrafo da Ley 7/2007, de 13 de Abril (BOE» núm. 89, de 13 de abril de 2007) vem expressamente estatuir que: “Os factos considerados provados por decisões judiciais transitadas vinculam a Administração”.

⁶⁰ Cfr. JOAQUÍN MESEGUER YEBRA, *El Principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*, Editorial Bosch, S.A., 2000., p. 25.

⁶¹ Sobre esta problemática v. CARLOS ALBERTO CONDE DA SILVA FRAGA, *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*, 2ª ed., Ed. Petrony, Lisboa, 2013, pp. 302 e sgs. e Doutrina e Jurisprudência aí citadas. Especificamente sobre a mesma questão e o Estatuto dos juizes v. do mesmo Autor, *Sobre...*, cit., pp. 131 e sgs.

VII- A infracção disciplinar

Em matéria de infracção disciplinar a nova regulamentação rompe com o sistema anterior da não aplicação aos juízes do princípio da segurança jurídica traduzido na atipicidade da infracção disciplinar. Acaba-se, em relação aos juízes, com o princípio seguido por alguma doutrina e mormente pela jurisprudência de que a infracção disciplinar é atípica. Assim decidia o STA: “A atipicidade caracteriza a infracção disciplinar”— Ac. STA, de 07/11/96, Rec. 35498.⁶²

Diga-se que a tipificação dos factos que constituem infracção disciplinar que consta agora dos art.º 83.º-G, 83.º-H, 83.º-I do EMJ constitui um notável avanço no sentido da tipificação da infracção disciplinar quer no tocante à definição das infracções, quer na correlação com as respectivas penas num respeito pelo princípio da segurança jurídica⁶³ insito no art.º 2.º CRP e, concomitantemente, uma aplicação também ao direito disciplinar do princípio da legalidade/tipicidade penal constante do art.º 29.º da CRP.⁶⁴

Abandona-se, assim, e bem, a indefinição do que constituía infracção disciplinar que constava dos art.º 91.º a 96.º da anterior redacção do EMJ onde apenas duas infracções se encontravam tipificadas.⁶⁵

Está, assim, ultrapassada a, a nosso ver, bizarra jurisprudência do Tribunal Constitucional segundo a qual: “A regra da tipicidade das infracções, corolário

⁶² No mesmo sentido MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª Ed., Revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra Ed., 1972, Vol. II, p(p). 810: a infracção disciplinar é atípica»; idém LUÍS VASCONCELOS ABREU, *Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente - As Relações com o Processo Penal*, Ed. Almedina, Coimbra 1993, p. 30; VINÍCIO RIBEIRO, *Estatuto Disciplinar dos Funcionários Públicos, comentado*, Coimbra Ed., 1990, p. 197; Em matéria disciplinar «a tradição legislativa tem sido a de não tipificar a ilicitude dos factos» — ANTÓNIO ESTEVES FERMIANO RATO, *Reflexões sobre o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local. O Problema da Tipicidade de Certas Faltas, Disciplináveis: as Sujeitas à Aplicação de Penas Graves*, *Direito Administrativo*, n.º 7, Ano 2, p. 7.

⁶³ A nova redacção da Lei 21/85 introduzida pela Lei n.º 67/2019, nesta matéria disciplinar vem dar razão às críticas formuladas por CARLOS FRAGA sobre a ausência da tipificação da infracção disciplinar e violação do princípio da segurança jurídica que lhe está associado v. CARLOS ALBERTO CONDE DA SILVA FRAGA, *Sobre... , cit.*, pp. 118 e sgs. consagrando as teses que este defendeu nessa matéria.

⁶⁴ No sistema espanhol esta indissociabilidade do princípio da legalidade do da tipicidade vem, agora, bem expressa no artigo 94º, nº 2 da Lei 7/2007, ao estaurir que o poder disciplinar será exercido de acordo com o princípio da legalidade e tipicidade das infracções e penas, mediante a sua pré-determinação normativa.

⁶⁵ A ASJP na *Audição...*, cit., sobre a proposta também considera: “fundamental concretizar os ilícitos”.

do princípio da legalidade consagrado no n.º 1 do art.º 29.º da Constituição (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), só vale, *qua tale*, no domínio do direito penal, pois que nos demais ramos do direito público sancionatório (maxime, no domínio do direito disciplinar) as exigências da tipicidade fazem-se sentir em menor grau: as infracções não têm, aí que ser inteiramente tipificadas.” E que apenas em relação às penas expulsivas se exigiria um mínimo de determinabilidade.⁶⁶

De referir, também, que desapareceu do elenco das infracções disciplinares a cláusula aberta dos “*actos desonrosos*” que permitia toda a espécie de abusos. Como refere a *Audição* da ASJP,⁶⁷ “É (...) eliminado o “*desonrosa*” da alínea b), por perfeitamente inconcretizado e com um teor demasiado “moralista.””⁶⁸

Ultrapassa-se, assim, também aqui, a, a nosso ver, estranha jurisprudência do TC constante do Ac. 384/2003, de 15 de Julho de 2003, em que o TC apreciou a constitucionalidade dos art.º 82.º e 95.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais que estatuíam respectivamente:

Art.º 82.º: “Constituem infracção disciplinar os factos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados judiciais com violação dos deveres profissionais e os actos ou omissões da sua vida pública ou que nela se repercutam incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções.”

Art.º 95.º: “1 — as penas de aposentação compulsiva e de demissão são aplicáveis quando os magistrados: a) Revelem definitivamente incapacidade de adaptação as exigências da função; b) Revelem falta de honestidade, grave insubordinação, ou conduta imoral ou desonrosa; c) Revelem inaptidão profissional; d) Tenham sido condenados por crime praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres a ela inerentes. 2 — Ao abandono de lugar corresponde sempre a pena de demissão.”

Sobre essas disposições o TC decidiu: (FJ-9.1):

“as normas que constituem o objecto do presente recurso fornecem critérios de apreciação das condutas susceptíveis de constituírem infracção

⁶⁶ Ac TC, 282/86 de 21 de Outubro de 1986, FJ-8.

⁶⁷ *Audição...*, cit.

⁶⁸ Em Espanha, já em 1986, o Real Decreto 33/1986, de 10 de Janeiro, que alterou o Decreto 2088/1969, de 16 de Agosto, estabelecendo ambos o Regulamento Disciplinar dos funcionários públicos, revogou a falta disciplinar consistente na «falta de probidade moral ou material» por constituir um conceito jurídico indeterminado, de difícil interpretação e causalmente densificado. Cfr. EDUARDO BARRACHINA JUAN, *La Función Pública: Su Ordenamiento Jurídico, Parte Especial, Tomo II, Vol. II*, PPU, Barcelona, 199, p. 76

disciplinar. Assim, o artigo 82º do Estatuto dos Magistrados Judiciais só considera relevantes os actos e omissões da vida pública ou que se repercutam na vida pública do magistrado (de fora ficando, portanto, tudo o que não extravase a vida privada do magistrado) e que, ao mesmo tempo, afectem a imagem digna que a magistratura deve ter. Certamente que o preceito em causa apela a conceitos indeterminados. Mas isso não significa ausência de critérios de decisão ou insindicabilidade judicial desses critérios. Significa apenas que a lei confere ao aplicador do direito uma certa margem de manobra no preenchimento desses critérios, precisamente porque reconhece que é impossível elencar exaustivamente os comportamentos públicos susceptíveis de afrontar a dignidade da magistratura. [...] “relativamente às normas cuja apreciação o ora recorrente pretende é evidente que elas restringem o tipo de factos susceptíveis de constituírem infracção disciplinar. Trata-se apenas de factos relacionados com a vida pública do magistrado e que colidem com a imagem de dignidade associada à magistratura: é o que resulta da letra do artigo 82º do Estatuto dos Magistrados Judiciais e do espírito do artigo 95º, n.º 1, alínea b) (uma vez que este preceito deve, por razões sistemáticas, articular-se com aquele outro). Nesta medida, existem claros parâmetros a respeitar aquando da aplicação de uma pena disciplinar e é notória a sua objectividade. Ainda que, como se disse, seja necessário preencher conceitos indeterminados como "vida pública" ou "dignidade indispensável ao exercício da função de magistrado", a verdade é que são esses e não outros quaisquer conceitos indeterminados a preencher.”

Ou seja o TC considerou que conceitos indeterminados eram afinal determinados...

No art.º 83.º -F do EMJ optou-se pelo sistema espanhol de divisão das infracções disciplinares em muito graves, graves e leves.⁶⁹ E os art.º 83.º-G a 83.º-I tipificam as infracções disciplinares. Com essa tipificação respeita-se o princípio da legalidade e da segurança jurídica.

VIII- O princípio da tipicidade e a analogia sancionadora

Todavia o princípio da tipicidade que se vê agora respeitado sofre um esvaziamento ou relativização na medida em que *não* se adoptou o sistema espanhol da proibição da analogia. Como diz o aforismo popular “não há bela sem senão”.

⁶⁹ Artigo 416 da Ley Orgánica del Poder Judicial.

Em Espanha, a proibição da interpretação extensiva e da analogia em procedimento administrativo sancionatório tem sido reiteradamente afirmada pela Doutrina e resulta dos art.º 9.º e 25.º da CE e do art.º 7.º, n.º 1 da CEDH.⁷⁰

Entende-se que o art.º 25.º ao equiparar os regimes penal e o administrativo sancionador, e o art.º 9.º ao consagrar os *princípios da legalidade* e da *segurança jurídica*, obrigam a um exercício do poder sancionatório da Administração de acordo com os tipos concretos e específicos definidos na lei sem dar margem a interpretações dos mesmos que levem a que a própria Administração inove dentro do ordenamento jurídico criando novos tipos de infracções com o sacrifício da tutela jurídica do administrado.⁷¹ Não é, portanto, admissível qualquer interpretação extensiva ou analógica.⁷²

Idêntica orientação tem sido seguida pelo Tribunal Constitucional espanhol (TCE) ao decidir: “[...] no que concerne ao acto final do procedimento sancionatório, ou seja, à decisão que impõe a sanção, convém assinalar que uma vez que o procedimento administrativo sancionatório tem de inspirar-se nos princípios básicos do ordenamento penal e neste não é possível a aplicação analógica de normas, pelo menos a analogia *in peius*, como decidiu a Sentença n.º 75/1984, também esta não é admissível no exercício do poder sancionatório da Administração. Assim o decidiu a Sentença⁷³ n.º 61/1990 e sobretudo, muito especialmente, a n.º 127/1990.”⁷⁴

Também na Sentença n.º 56/1998, de 26 de Março, decidiu-se: “não existem dúvidas de que a extensão analógica dos tipos de infracção é um procedimento proibido não só no âmbito penal, *ex vi* do art.º 25.º, n.º 1 da CE como em todo o âmbito sancionatório”.

Tal entendimento resulta do próprio princípio da reserva de lei a qual tem como consequência inerente com a tipificação da infracção disciplinar, a “proibição da analogia incriminadora.”⁷⁵

⁷⁰ Cfr. JOSÉ GARBIERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación...*, cit., p. 76;

⁷¹ JOSÉ GARBIERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación...*, cit., pp. 86/87 e jurisprudência *á* cit.

⁷² JOSÉ GARBIERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación...*, cit., p. 87; LUCIANO PAREJO ALFONSO, *in* LUCIANO PAREJO ALFONSO/A, JIMÉNEZ-BLANCO/L. ORTEGA ÁLVAREZ, *ob. cit.*, p. 628

⁷³ Em Espanha não existe uma designação do género de “Acórdão” para decisões dos tribunais colectivos. Existe apenas o termo “Sentença” para todas as decisões sejam de tribunais colectivos sejam singulares.

⁷⁴ *Apud* JOSÉ GARBIERÍ LLOBREGAT, *La Aplicación...*, cit., p. 71.

⁷⁵ MARIA FERNANDA PALMA, *Constituição e Direito Penal - As questões inevitáveis*, *in* Nos 20 Anos da Constituição de 1976, obra colectiva sob a organização de JORGE MIRANDA, Coimbra Ed., 1997, Vol. II, p. 230, sobre o Direito Criminal; Cfr. também, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *ob. cit.*, p. 394.

Diferentemente em Portugal essa proibição da analogia em matéria sancionatória não é aceite no EMJ. Os art.º 83.º-G, 83.º-H, 83.º-I, ao utilizarem o advérbio “*nomeadamente*” consagram expressamente o recurso à aplicação analógica.

De facto, ao referir-se expressamente que os comportamentos sancionáveis por cada pena, são meramente *exemplificativos* está-se a permitir a subsunção à norma de comportamentos não previstos, ou seja está-se a permitir as interpretações analógica e extensiva.

Tudo o que acontece é que a *exemplificação* dos comportamentos sancionáveis com cada tipo de pena poderá levar a uma *restrição* da aplicação analógica na medida em que os comportamentos que se pretendam sancionar devem ser semelhantes aos especificamente previstos e punidos com a pena prevista para o comportamento exemplificado. Não se verifica, assim, a proibição *da analogia* mas apenas uma, *eventual, delimitação* do seu campo de aplicação no tocante a cada sanção prevista.

Ora, a aceitação da analogia sancionatória afasta o princípio da tipicidade e, concomitantemente, afasta a segurança jurídica. A Administração continua assim a “ter as mãos livres” para aplicar aos juízes uma pena disciplinar por factos que lhe apraza com prejuízo do princípio da previsibilidade da acção estatal inerente ao princípio da segurança jurídica. Como refere VILLAR PALASÍ⁷⁶ “segurança jurídica equivale a previsibilidade.”

Sendo o direito disciplinar condicionante da independência⁷⁷ dos juízes é evidente que a analogia sancionatória é atentória dessa mesma independência.

Se a tipificação da infracção disciplinar visa garantir o espaço de liberdade e o campo do proibido — art.º 1.º CRP — e consequentemente a segurança jurídica — art.º 2.º CRP —, visa garantir os direitos fundamentais obstando a restrições a esses direitos criadas pela Administração — art.º 2.º e 18.º, n.º 2 CRP —, a permissão da analogia sancionadora esvazia ou limita o alcance da tipificação habilitando a Administração a introduzir, por via administrativa, restrições aos Direitos, Liberdades e Garantias que estão sob reserva de Lei.⁷⁸

⁷⁶ JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ/EMILIO SUNÉ LLINAS, *Comentario al artículo 9º de la Constitución*, in *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Constitución Española de 1978, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Reunidas, 1983, p. 296.

⁷⁷ Neste sentido lê-se na *Audição...*, cit., da ASJP “(...) reflexo das influências gestionárias do sistema e de concepções parciais e míopes do sistema de justiça, importa considerar a responsabilidade disciplinar como fator potencialmente condicionante da independência.

⁷⁸ Sobre essa matéria veja-se CARLOS ALBERTO CONDE DA SILVA FRAGA, *O Poder Disciplinar*, cit., pp. 276 e sgs.

Não foi o legislador tão longe quanto deveria ter ido para garantir o princípio da segurança jurídica e, concomitantemente, a independência dos juízes.

Diga-se que se à ASJP⁷⁹ se afigurou “que a existência dessa classificação tripartida [das infrações disciplinares] seria benéfica, por contribuir para uma maior tipificação/concretização das infrações disciplinares mais graves” não obstante vem aceitar a analogia sancionadora referindo: “, sendo certo que essa tipificação deverá seguir, face ao infinito número de condutas que poderão ter relevância disciplinar e que poderão ter uma gravidade elevada, com o regime dos “exemplos-padrão.”

No mesmo sentido da tipificação mediante tipos padrão mas aceitando a aplicação analógica se pronunciou JOSÉ MANUEL COSTA GALO TOMÉ DE CARVALHO⁸⁰ ao escrever: “Temos por adquirido que a existência de um catálogo de ilícitos disciplinares, ainda que o mesmo possa estar delineado de acordo com a técnica dos exemplos padrão, e a sua graduação em função da gravidade confere um parâmetro de certeza e de segurança superior aos destinatários da norma e permite reduzir a margem de discricionariedade administrativa no sentido de punir tendencialmente com igualdade comportamentos com a mesma matriz identitária.”

A nosso ver todas essas questões se resolvem se numa Revisão Constitucional se consagrar expressamente no art.º 29.º CRP que esses princípios de direito penal se aplicam a todo o direito administrativo sancionador, o que inclui o direito disciplinar, como disposto pelo art.º 25.º da Constituição espanhola.⁸¹

IX- O Direito subsidiário

Sobre essa matéria o art.º 83.º-E dispõe: “Em tudo o que se não mostre especialmente previsto neste Estatuto em matéria disciplinar, são aplicáveis, com as devidas adaptações, o Código de Procedimento Administrativo, o Código Penal e o Código de Processo Penal e, na sua falta, os princípios gerais do direito sancionatório.”

⁷⁹ *Audição...*, cit.

⁸⁰ O Processo disciplinar, os direitos dos visados e a garantia de um duplo grau de jurisdição in <https://www.facebook.com/notes/movimento-justi%C3%A7a-e-democracia/o-processo-disciplinar-os-direitos-dos-visados-e-a-garantia-de-um-duplo-grau-de-/1333779740066570/>.

⁸¹ O artº 25 da CE estatui: Ninguém pode ser condenado ou sofrer sanções por acusações e omissões que no momento da sua prática não constituam crime, contravenção ou infração administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento.”

Como se refere na Exposição de motivos: “O Estatuto dos Magistrados Judiciais é, agora, tendencialmente ordenado pelos princípios da autossuficiência regulatória e da unidade estatutária: revê-se, globalmente, o procedimento disciplinar, concretiza-se os deveres funcionais dos juizes e recorta-se, com elevado grau de precisão, as consequências jurídicas que se associam à sua violação, dispensando a aplicação subsidiária do regime contido na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.”

É, a nosso ver, um passo no sentido de afastar a tradicional figura do juiz-funcionário não totalmente conseguida dado que o art.º 188.º EMJ estatui: “Em tudo o que não esteja expressamente previsto no presente Estatuto é subsidiariamente aplicável aos magistrados judiciais o regime previsto para os trabalhadores em funções públicas.”

Continua, portanto, a recorrer-se ao Estatuto dos trabalhadores do Estado.

O EMJ vem dispor sobre matérias que já seriam de aplicação subsidiária. Assim as causas de exclusão da ilicitude e da culpa – art.º 84.º-A-, já constavam do art.º 190.º LTFP,⁸² a atenuação especial da sanção disciplinar – art.º 85.º- corresponde ao n.º 2 do mesmo art.º 190.º.

No que se refere às circunstâncias agravantes especiais estas encontram-se tipificadas no art.º 85.º-A o que respeita o princípio da segurança jurídica tal como se encontram no art.º 191.º da LTFP embora no EMJ com um elenco mais limitado.

A suspensão da execução das sanções disciplinares – art.º 87.º-A – já era aplicável subsidiariamente por prevista no art.º 192.º LTFP e em termos semelhantes.

Também a prescrição das penas disciplinares prevista no art.º 88.º consta do art.º 193.º da LTFP. A caducidade de instauração do procedimento disciplinar já decorria do art.º 178.º LTFP encurtando porém o prazo de 18 meses para um ano.

Da mesma forma as causas de exclusão da ilicitude ou da culpa previstas no art.º 84.º-A EMJ constam do art.º 190.º, 1.º da LTFP.

⁸² É curioso que o EMJ não inclua nas circunstâncias atenuantes o contante da al) c) do art.º 190.º, n.º2, al c) da LGTFP que considera como circunstância atenuante:” c) A prestação de serviços relevantes ao povo português e a atuação com mérito na defesa da liberdade e da democracia;”

Portanto, nessas matérias não há grande inovação mas antes a preocupação de tornar o EMJ tão auto-suficiente quanto possível.

Todavia a aplicação subsidiária dos princípios gerais do direito sancionatório é susceptível de levantar dificuldades por entrar em contradição com soluções adoptadas no Estatuto. Veja-se.

Os princípios materiais do direito sancionatório são os oriundos do Direito Penal por terem sido aí mais desenvolvidos e encontram-se consagrados no art.º 29.º da CRP.

Este art.º 29.º da CRP consagra o princípio da tipicidade em princípio em obediência ao da segurança jurídica o que exclui toda a interpretação extensiva ou analógica.

Ora, o Estatuto consagra a criação de tipos sancionatórios mediante o recurso à analogia.

Da mesma forma princípio aplicável em direito penal é o *non bis in idem* resultante dos “artigos 14.7, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, 4º do protocolo nº 7 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, datado de 22 de Novembro de 1984, 50º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e 29º, nº 5, da Constituição da República Portuguesa.”⁸³ Ora o sentido em que se tem entendido o direito disciplinar como autónomo em relação ao penal afasta a aplicação desse princípio ou seja, a aplicação desse princípio quando a infracção for simultaneamente penal e disciplinar obstará, como já referimos, a que o procedimento disciplinar prosseguisse antes de decidido o procedimento penal. Essa suspensão do procedimento resulta de decisão do órgão instrutor ou decisor por razões de oportunidade ou razoabilidade. Não é, como deveria ser uma imposição legal.

Resta o princípio da não retroactividade da lei excepto se mais favorável ao infractor. A nosso ver em obediência aos princípios gerais de direito este princípio terá aplicação em direito disciplinar mas dada a persistência da concepção da autonomia do direito disciplinar em relação ao direito penal e o afastamento da aplicação do art.º 29.º CRP enquanto tal ao direito disciplinar eventualmente a Administração poderá aplicar retroactivamente a lei menos favorável ao arrepio do princípio da segurança jurídica.

⁸³ Ac. TRP, de 09/03/2016, relator Jorge Langweg.

Note-se que o facto de o Código Penal (CP) consagrar o princípio da tipicidade e de o EMJ antes da redacção introduzida pela Lei 67/2019 estatuir – art.º 131.º – que o CP constituía direito subsidiário, tal não impediu o afastamento dos princípios do direito penal como o da tipicidade ou a proibição da analogia- art.º 1.º, 2.º CP-, ou a proibição do *non bis in idem* ou, ainda, proibição da aplicação retroactiva da lei menos favorável-.

Teve de ser o legislador a introduzir o princípio da tipicidade. Não se vê, assim, que o facto de o CP ser direito subsidiário impeça só por si a aplicação retroactiva da lei⁸⁴ como não impediu o afastamento dos outros princípios básicos referidos.

O direito disciplinar está, ainda, a nosso ver, demasiado enredado nas concepções do passado e a sua “evolução” no sentido do respeito pelos princípios constitucionais tem de ser expressamente legislada não podendo ficar ao arbítrio da Administração ou dos Tribunais que têm, a nosso ver, revelado alguma incapacidade de, em matéria de direitos fundamentais, mormente no que se prende com o direito disciplinar público, se adaptarem à Constituição e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A atestá-lo atente-se nas condenações de Portugal no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por decisões dos nossos tribunais que violam o art.º 6.º, § 1 da Convenção, o princípio da liberdade de expressão – art.º 10.º – e outras disposições da Convenção.⁸⁵

⁸⁴ O que, a nosso ver, já aconteceu. O artº 37º nº 3 da CRP estatua sobre a liberdade de expressão:

3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais.

A Revisão Constitucional de 1997 veio alterar essa disposição nos seguintes termos: No n.º 3 do artigo 37.º da Constituição são aditadas “a expressão ‘ou do ilícito de mera ordenação social’ entre ‘criminal’ e ‘sendo’; a expressão ‘respectivamente’ entre ‘apreciação’ e ‘da competência’; e, in fine, a expressão ‘ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei’, passando a ter a seguinte redacção:

3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

No Proc. 4269/01- 2ª Secção em Ac. de 12/12/2002 (relator Ferreira de Almeida), o STJ considerou que o CSM tinha competência para apreciar alegadas infracções ao direito de liberdade de expressão ocorridas em 1994 o que, a nosso ver, constitui uma aplicação retroactiva do artº 37º da CRP, tanto pelo CSM como pelo STJ, dado que só a partir da Revisão Constitucional de 1997 a Constituição alargou essa competência às entidades administrativas independentes pelo que só a partir dessa altura o CSM, entidade administrativa independente, passou a ter essa competência.

⁸⁵ Sobre essa matéria vide CARLOS FRAGA, *O Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o opróbio que veio de Strasbourg*, in JURISMAT, nº 14, 2021 e Acs aí referidos e no site da Procuradoria-Geral da República, processos em

X- O recurso contencioso

Alterações da maior importância são as do art.º 121.º-A do EMJ quando dispõe: “A ação de impugnação da decisão final do procedimento disciplinar pode incidir sobre a matéria de facto e de direito em que assentou a decisão, procedendo-se à produção da prova requerida e sendo o número de testemunhas limitado a 10.” e também do art.º 169.º do EMJ que dispõe que “os meios de impugnação jurisdicional de normas ou atos administrativos do Conselho Superior da Magistratura, ou de reação jurisdicional contra a omissão ilegal dos mesmos seguem a forma da ação administrativa prevista no Código de Processo nos Tribunais Administrativos.”

Com esta normas acaba-se com a situação de indefesa dos juízes aos quais era vedado qualquer grau de jurisdição em matéria de facto e de direito com ofensa dos direitos à tutela jurisdicional efectiva constantes dos art.º 20.º e 268.º CRP e 6.º § 1 da CEDH, ausência de jurisdição essa que motivou condenações de Portugal no TEDH.⁸⁶

Ver-se-á se o STJ actuará como um verdadeiro tribunal de 1ª instância com um contencioso de plena jurisdição ou se encontrará formas enviesadas de se eximir a esse contencioso mantendo a prévia situação de indefesa dos juízes.

Manteve-se, todavia, a muito controversa competência do Supremo Tribunal de Justiça para conhecer do contencioso de deliberações do CSM – art.º 170.º, n.º 1, em vez de se atribuir tal competência aos Tribunais Administrativos ou ao Tribunal Constitucional.⁸⁷

Aliás, diga-se que aplicando-se aos recursos a tramitação da acção administrativa tal determinaria que o contencioso do CSM fosse da competência dos tribunais especializados em matéria administrativa ou seja os tribunais administrativos. Manter esse contencioso como competência de um Tribunal Especial foro privativo do CSM só se justifica, a meu ver, por um nostálgico saudosismo do passado.

que Portugal foi condenado www.ministeriopublico.pt/pagina/procuradoria-geral-da-republica, busca pelo tema “Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”.

⁸⁶ Sobre essa matéria vide JOÃO PAULO VASCONCELOS RAPOSO, Ainda o ferreiro e o espeto de pau (a propósito do estatuto disciplinar dos juízes): comentário ao acórdão do tedh de 21/06/2016, JULGAR, n.º 30, 2016; CARLOS FRAGA, *O Supremo...*, cit.

⁸⁷ Sobre essa matéria e a jurisprudência do TEDH v. CARLOS FRAGA, *O Supremo...*, cit., pp. 132, 150/152.

XI – Cancelamento do registo

Disposição inovadora é do art.º 135.º EMJ que determina o cancelamento do registo decorrido um determinado lapso de tempo. Estatui:

“As decisões inscritas no registo são canceladas, decorridos os seguintes prazos sobre a sua execução, ou extinção no caso da alínea *b*), e desde que, entretanto, o magistrado não tenha incorrido em nova infração disciplinar: a) Dois anos nos casos de advertência registada; b) Cinco anos nos casos de multa; c) Oito anos nos casos de transferência; d) Dez anos nos casos de suspensão do exercício de funções.”

Terá a sua fonte no art.º 427.º da LOPJ e funciona como uma reabilitação. Impede, e bem, que um juiz tenha toda a sua vida na magistratura condicionada por uma dessas sanções disciplinares. É um dos novos preceitos que é de aplaudir.

XII- Resumo conclusivo

A Lei nº 67/2019, de 27 de Agosto veio introduzir algumas alterações de relevo no EMJ como a tendencial tipificação da infração disciplinar em obediência ao princípio da segurança jurídica, o recurso de plena jurisdição em obediência ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, importantes inovações que só pecam por tardias.

Porém, a nosso ver, as alterações ficaram aquém do que seria exigido em termos de garantia de independência dos juízes ao manterem a concepção administrativista do direito disciplinar como não sujeito aos princípios garantísticos do direito penal, permitindo a analogia sancionadora com prejuízo do princípio da segurança jurídica e, na mesma linha, permitindo o *non bis in idem*. Na provável inércia do legislador será desejável que numa Revisão Constitucional o art.º 29.º da CRP consagre expressamente a aplicação dos princípios de direito penal aí enunciados a todo o direito administrativo sancionador.

Define-se o Conselho Superior da Magistratura como órgão garantístico da independência dos juízes o que constitui uma alteração inócua.

Afirma-se a qualidade dos juízes como titulares de órgãos de soberania sem que, todavia, se tenha tirado as consequências lógicas dessa qualidade como o seriam as questões referentes à apreciação jurisdicional das infracções disciplinares e respectivas sanções assim como da sua eventual inaptidão para o exercício da função ser da competência do Tribunal Constitucional, acabando-se com o foro

privativo do CSM que constitui a Secção do Contencioso do STJ.

Nesta matéria a não ter sido atribuída a competência ao TC pelo menos a lógica determinaria que a competência deveria ser dos tribunais administrativos especializados em matéria administrativa e não do STJ uma vez que se passa a aplicar a tramitação da acção administrativa matéria em que, frisa-se, os tribunais administrativos são especializados.

Pretende-se impedir a interferência administrativa do CSM na actividade jurisdicional mas não se vedou a possibilidade de por via regulamentar o CSM lograr essa interferência.

Da mesma forma, na perspectiva da posição jurídico-constitucional dos juízes e da sua independência não se retira a consequência de vedar aos juízes o exercício de cargos políticos ou de confiança política e regressarem à magistratura com prejuízo da sua independência, permitindo-se a mistura entre cargos políticos e o exercício da função jurisdicional.

Diga-se que algumas das alterações introduzidas são um notável passo em frente tendo-se alterando o EMJ por forma mais consentânea com a Constituição mas o legislador ficou aquém de onde poderia ter ido eliminando por completo resquícios de concepções pré Constituição de 1976 e que teimosamente perduram. Talvez num futuro se eliminem esses resquícios e se crie um EMJ mais consentâneo com os princípios constitucionais.

Refira-se a terminar que da leitura da Audição da ASJP resulta que essa associação deu um contributo muito positivo para um progressivo respeito dos princípios constitucionais mormente em matéria disciplinar e de avaliações para o que contribuíram opiniões de juízes e, em particular, de JOÃO PAULO RAPOSO e JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO, juízes, referidos expressamente nessa Audição.

Bibliografia

— ABREU, Luís Vasconcelos: *Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente - As Relações com o Processo Penal*, Ed. Almedina, Coimbra 1993.

— ASJP (Associação sindical dos juízes portugueses): Audição formal ASJP no Ministério da Justiça -10/2017 sobre o Estatuto dos Magistrados Judiciais.

ARZAMENA SIERRA, Jerónimo: *El Principio de Unidad Jurisdiccional, (Estudios sobre la Constitución Española - Tomo IV)*, Ed. Civitas, Madrid 1991.

- BARRACHINA JUAN, Eduardo: *La Función Pública: Su Ordenamiento Jurídico, Parte Especial, Tomo II, Vol. II*, PPU, Barcelona, 1991.
- CAETANO, Marcello: *Manual de Direito Administrativo*, 10.^a Ed., Revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra Ed., 1972, Vol. II.
- CANOTILHO, Gomes: *A Questão do Autogoverno das Magistraturas como Questão Politicamente Incorrecta*, in AB VNO AD OMNES, obra colectiva, organização de Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho, Coimbra Ed., 1998.
- CANOTILHO, JJ Gomes: *Direito Constitucional*, 6.^a Ed., Ed. Livraria Almedina, 1993.
- CANOTILHO, JJ Gomes / MOREIRA, Vital: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a Ed., Coimbra Ed., 1993.
- *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Ed., 1991.
- CARVALHO, José Manuel Costa Galo Tomé de: *O Processo disciplinar, os direitos dos visados e a garantia de um duplo grau de jurisdição* in <https://www.facebook.com/notes/movimento-justi%C3%A7a-e-democracia/o-processodisciplinar-os-direitos-dos-visados-e-a-garantia-de-um-duplo-grau-de-1333779740066570/>.
- CHARBONNIER, Giles: *Panorama des Systèmes Judiciaires dans L'Union Européenne*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2008.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves: *Direito Constitucional*, Vol 2, 21.^a Ed. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2015.
- COSTA, Francisco Bruto da: *As Inspeções Judiciais e a Necessidade da sua Mudança*, BASJP, Dezembro / 1994.
- DIEZ-PICAZO, Luis Maria: *Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial*, REDC, Año 12, n. 34, Enero-Abril, 1992.
- DOMINGUEZ MARTIN, Salvador: *Perspectivas y Realidades del Gobierno del Poder Judicial, Creado por la Constitucion*, in *El Poder Judicial*, Vol. II, Ed. Direccion General de Lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- FRAGA, Carlos: *Inspeções Judiciais — Conselho Superior da Magistratura — Derrocada do Estado de Direito*, Ed. Livraria da Universidade, 1994
- *Contencioso Eleitoral*, Ed. Livraria da Universidade, Coimbra, 1996.
- *O Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o opróbio que veio de Strasbourg*, in JURISMAT, n° 14, 2021.
- FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva Fraga: *Subsídios para a Independência dos Juizes — O caso português*, Ed. Cosmos, Lisboa, 2000.
- *Sobre a Independência dos Juizes e Magistrados*, Ed. Vislis, Lisboa, 2003,
- *O Poder Disciplinar no Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública*, 2.^a Ed, Ed. Petrony, Lisboa, 2013

- GARBERI LLOBREGAT, José: *La Aplicación de los Derechos y Garantías Constitucionales a la Potestad y al Procedimiento Administrativo Sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Ed. Trivium, S.A., Madrid, 1989.
- *El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, 3.ª Ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FENÁNDEZ, Tomás: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, Vol. II
- GARCIA MORILLO, Joaquim: *El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal, in Derecho Constitucional, Vol. II*, 2.ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1994.
- GONZALEZ RIVAS, Juan Jose: *La Independencia Judicial. Especial Consideracion del Artículo 122 de la Constitucion Española de 1958*, in *El Poder Judicial*, Vol. II, Ed. Direccion General de Lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales; 1983.
- MAURANDI GUILLEN, Nicolas: *Jurisdiccion, Competencia y Organizacion del Poder Judicial*, in *Jurisdiccion, Competencia Y Organizacion del Poder Judicial, obra dirigida por Ricardo Cabedo Nebot*, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, 1995.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín: *El Principio «non bis in idem» en el Procedimiento Administrativo Sancionador*, Editorial Bosch, S.A., 2000.
- MIRANDA, Jorge: *Ideias Para uma Revisão Constitucional em 1996*, Ed. Cosmos, Lisboa, 1996
- MOREIRA, Vital: *A Rebelião das Togas*, *Jornal Público*, 18 de Novembro de 1997.
- MOSQUERA, Luis: *La Posicion del Poder Judicial en la Constitucion Española de 1978*, in *La Constitucion Española de 1978 - Estudio Sistemático* dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. Garcia de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.ª Ed. ampliada, Ed. Tecnos, 1994
- PALMA, Maria Fernanda: *Constituição e Direito Penal - As questões inevitáveis*, in *Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, obra colectiva sob a organização de JORGE MIRANDA, Vol. II, Coimbra Ed., 1997.
- PARADA, Ramon: *Derecho Administrativo*, 7.ª Ed., Ed. Marcial Pons, 1993.
- PAREJO ALFONSO, Luciano / JIMÉNEZ-BLANCO, A. / ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, 5.ª Ed., Ed. Ariel, 1998.
- PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel Martínez / GONZÁLEZ RIVAS, Juan José / MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín Huelin / GIL IBÁÑEZ, José Luis: *Constitución Española (Con la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los Tratados Internacionales suscritos por España y la relación de las leyes dictadas en desarrollo de la Constitución)*, 2.ª Ed., Ed. Colex, 1993.

- PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, 2.^a edição, Ed. Marcial Pons, Madrid 1995.
- *Curso de Derecho Constitucional*, 4.^a Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *Curso de Derecho Constitucional*, 7.^a Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid 2000.
- PERROT, Roger: *Institutions Judiciaires*, 7.^a Ed., Ed. Montchrestien, Paris, 1995.
- PIZZORUSSO, Alessandro: *L'Influence de la constitution Italienne sur le Droit Judiciaire*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1983.
- PORRAS NADALES, Antonio J.: *El consejo general del poder judicial*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, n. 19, Enero-Abril, 1987.
- RAPOSO, João Paulo Vasconcelos: *Ainda o ferreiro e o espeto de pau (a propósito do estatuto disciplinar dos juízes): comentário ao acórdão do tedh de 21/06/2016*, *JULGAR*, n.º 30, 2016.
- RATO, António Esteves Fermiano: *Reflexões sobre o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local. O Problema da Tipicidade de Certas Faltas, Disciplinares: as Sujeitas à Aplicação de Penas Graves*, *Direito Administrativo*, n.º 7, Ano 2
- REVENGA SANCHEZ, Miguel: *Funcion Jurisdiccional y Control Politico. Hacia una Responsabilidad Política del juez?*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Maio-Agosto, 1990.
- RIBEIRO, Vinício: *Estatuto Disciplinar dos Funcionários Públicos*, comentado, Coimbra Ed., 1990.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes: *A Responsabilidade Disciplinar no Estatuto dos Juizes Portugueses Face às Novas Exigências Sociais*, *BASJP*, II Série, n.º 6, Novembro de 1999.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: *Comentarios a la Constitución*, in Fernando Garrido Falla, Ed. Civitas, Madrid, 1985.
- SILVA MELERO, Valentín: *Las Garantías de la Independencia Judicial*, *RGLJ*, Año CII, Tomo XXX
- VILLAR PALASÍ, José Luis / SUNÉ LLINAS, Emilio: *Comentario al artículo 9º de la Constitución*, in *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, *Constitución Española de 1978*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Reunidas, 1983.