

Dissertação de mestrado

Em torno da legitimação do judiciário

O regresso dos heliastas

**Universidade de Évora
Departamento de Sociologia**

Autor: J. E. Carmona e Silva

Orientador: Prof. Doutor Silvério da Rocha e Cunha

VII Curso de mestrado em Sociologia (Sistemas Políticos)

“Esta dissertação não inclui as críticas e sugestões feitas pelo júri”

Évora, Março de 2007

Dissertação de mestrado

Em torno da legitimação do judiciário

O regresso dos heliastas

Universidade de Évora
Departamento de Sociologia

Autor: J. E. Carmona e Silva

Orientador: Prof. Doutor Silvério da Rocha e Cunha



163309

VII Curso de mestrado em Sociologia (Sistemas Políticos)

“Esta dissertação não inclui as críticas e sugestões feitas pelo júri”

Évora, Março de 2007

Agradecimentos. Dedicatória.

Pessoas houve que desempenharam um papel fundamental na elaboração desta tese, e a todas quero deixar lavrado o meu agradecimento: o Prof. Francisco Martins Ramos, na altura Director do Departamento e do Curso, que foi sempre acompanhando todo o meu trabalho ao longo do mestrado, bem como o de todos os outros mestrandos, com notáveis sapiência e paciência; o Prof. Eduardo Figueira que com as mesmas qualidades o substituiu; o Prof. Silvério da Rocha e Cunha, meu orientador, que esteve sempre disponível para todas as minhas hesitações e lacunas, que não foram poucas; a Yolanda Spencer, que dactilografou a dissertação, tantas vezes por mim modificada. Os erros, seja de que natureza forem, são todos da minha inteira responsabilidade.

Dedico esta dissertação a um trabalho de Sísifo em que a Humanidade tem andado envolvida desde os seus primórdios: o aprofundamento da Democracia que, *malgré tout*, é uma pulsão da espécie.

Resumo

O presente trabalho versa a questão do poder judiciário nas sociedades contemporâneas de altas culturas e de capitalismo tardio.

Depois de um posicionamento dos principais conceitos implicados e da conclusão da necessidade de legitimação de forte intensidade, regular e periódica, do exercício do poder judiciário como poder soberano criador de direito, critica-se os métodos de legitimação directa e indirecta mais utilizados, com particular referência ao sistema electivo dos juízes, à legitimação pela lei (designadamente a lei constitucional) à assim chamada legitimação pela fundamentação das decisões judiciais, à legitimação pelo júri, à legitimação através da composição de conselhos superiores das magistraturas, à chamada legitimidade de exercício, etc.

Finalmente, conclui-se pela proposta duma assembleia judiciária de eleição directa com a função de superintendência sobre todo o sistema judiciário, cujo modelo se inspira na antiga Helieia ateniense, e que se defende constituir a mais adaptada solução na contemporaneidade para o problema da falta de legitimidade do judiciário e, conseqüentemente, para o *deficit* democrático que esta representa, permitindo assim a fundação dum novo patamar na via da integralização da democracia, valor que informa e inspira esta dissertação.

Legitimizing judiciary power

The return of heliastes

SYNOPSIS

The present essay turns on the issue of the judiciary power in high culture and late capitalism contemporaneous societies.

After presenting the main related concepts and concluding of the strong, regular and recurring need for legitimating the judiciary power exercise as a sovereign power creator of right, one criticizes the direct or indirect most commonly used methods of legitimating, particularly the judges elective system, the legitimating by the law (namely constitutional law), the so called legitimating on the grounds of judicial decisions, the jury legitimating, the legitimating through the composition of high magistrate councils, the so called legality exercise, and so on.

Finally one concludes presenting the proposal for a judiciary council of direct election aiming to oversee the whole judiciary system, whose model is inspired in the ancient Athenian Helieia and considered to be nowadays the most adequate solution for the problem of the lack of judiciary legitimacy and, consequently, to the democratic deficit which it presents, thus allowing the foundations for a new path on the wholeness of democracy, the value which shapes and inspires this essay.

“Quando o povo é senhor dos tribunais, é senhor do Estado”

Aristóteles (A Política)

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS. DEDICATÓRIA.....	2
RESUMO	3
1. PROLEGÓMENOS.....	7
1.1. A FUNÇÃO.....	7
1.2. CIRCUNSCRIÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO OBJECTO DE ESTUDO.....	7
1.3. A PROBLEMÁTICA “ESTUDO EMPÍRICO VERSUS ESTUDO TEÓRICO”	9
1.4. A INCLUSÃO CIENTÍFICA E AS ADJACÊNCIAS CIENTÍFICAS	10
1.5. A EPISTEMOLOGIA: HIPERCOMPLEXIDADE E DESCOMPLEXIFICAÇÃO.....	11
1.6. PRINCIPAIS CONCEITOS A OPERACIONALIZAR	12
1.7. ESTILO DE ESCRITA.....	13
2. O ESTADO DA ARTE.....	13
2.1. A LEGITIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	13
2.2. A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO ATRAVÉS DA ASSEMBLEIA JUDICIÁRIA	14
3. A LEGITIMAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER JUDICIÁRIO.....	15
3.1. INTRODUÇÃO	15
3.1.1. <i>A origem do poder</i>	15
3.1.2. <i>O poder</i>	16
3.1.3. <i>O político</i>	16
3.1.4. <i>O poder político</i>	17
3.1.5. <i>A soberania</i>	18
3.1.6. <i>O povo</i>	18
3.1.7. <i>A democracia</i>	19
3.1.8. <i>A legitimação</i>	23
3.1.9. <i>O princípio do maioritário</i>	30
3.1.10. <i>O poder judiciário</i>	33
3.2. QUESTÕES PRÉVIAS.....	36
3.2.1. <i>A independência do poder Judicial e a separação de poderes</i>	36
3.2.2. <i>O juiz “boca da lei”</i>	39
3.2.3. <i>Necessidade de legitimação do judiciário</i>	40
3.3. LEGITIMAÇÃO DIRECTA E LEGITIMAÇÃO INDIRECTA	41
3.4. A ASSEMBLEIA JUDICIÁRIA COMO VIA DE LEGITIMAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER JUDICIÁRIO	61
3.4.1. <i>A Assembleia judiciária: as razões</i>	61
3.4.2. <i>A Assembleia Judiciária: o quadro básico</i>	62
3.4.3. <i>A Assembleia judiciária: o desenvolvimento. Questões prévias.</i>	64
3.4.4. <i>A Assembleia judiciária: o desenvolvimento. Questões centrais.</i>	66
EPÍLOGO	93
BIBLIOGRAFIA	94

1. Prolegómenos

1.1. A função

Constitui o presente estudo a minha dissertação de mestrado em sociologia, vertente de “Sistemas Políticos”, do VII Curso de Mestrado em Sociologia da Universidade de Évora.

1.2. Circunscrição e justificação do objecto de estudo

Em primeiro lugar cumpre esclarecer que, num corte geo-político-económico, o trabalho foca a questão da legitimação do exercício do poder judiciário nas sociedades democráticas desenvolvidas contemporâneas, de capitalismo tardio, cuja delimitação é relativamente precisa. E digo relativamente porque haverá países no limbo, cuja classificação seria duvidosa. Mas essa situação não releva para o objecto do estudo, pela simples razão de que os países indiscutivelmente enquadrados na definição são suficientes para a teleologia da investigação.

Na realidade, pouca relevância teria a análise do judiciário, na vertente da sua legitimação, em países não democráticos ou de precoces e frágeis processos democráticos, uma vez que aí até o próprio processo de legitimação do poder político, *strictu sensu*, estaria inquinado.

Por outro lado, hoje e cada vez mais, as democracias desenvolvidas encerram uma grande uniformidade cultural e política, social e económica, o que coloca os estudos deste tipo facilmente enquadráveis em todos os diferentes países que constituem essa “zona” sociológica.

A questão da legitimação é, nestas sociedades, pedra angular dos seus fundamentos. A democracia pressupõe legitimação. O poder, em si, reside na comunidade (povo) das respectivas unidades políticas relevantes (estados). É esta a fórmula sacramental de todos os textos constitucionais. Assim, haverá democracia, por suposto, ali onde, através de procedimentos legais consentidamente pré-estabelecidos, a vontade livremente formada da comunidade se expressa livremente na conferência dos mandatos, permitindo assim um exercício do poder político conforme à vontade do colégio, por representantes livremente consentidos. É isto a legitimação, ou seja, o poder não se transfere, apenas se autoriza o seu exercício por um grupo restrito de pessoas, na impossibilidade prática de todos o exercerem directamente. Estas questões serão naturalmente desenvolvidas adiante.

Se este procedimento é quase unanimemente aceite no que concerne à legitimação de poder político *strictu sensu* (legislativo e executivo, para utilizar a fórmula da tripartição montesquiviana), já o mesmo não se passa, dum modo geral e com algumas pouquíssimas excepções (EUA, ex-URSS, Suíça), no que diz respeito ao exercício do poder judiciário. A situação, de tal modo generalizada e de tal modo evidente na sua deficiência democrática, pelo menos aparente, torna-se no mínimo estranha.

Será que o judiciário é um poder excepcionado? Será que está isento de pecado, o pecado original que, quando absoluto (é de certa forma o caso), corrompe absolutamente? Então que quererá dizer a fórmula constitucional, também quase sacramental, que consagra que os tribunais são órgãos de soberania (sem mandato?) que administram a justiça em nome do povo? E quem estabelece a vontade desse povo? Ou, pelo contrário, deverá o judiciário ser subtraído às formas de legitimação directa e bastar-se com formas indirectas e parciais?

Estas questões, num momento em que a democracia se generaliza pelo globo, quantas vezes até pela força, e em que, na zona referida, entra na “terceira geração”,

assumem particular actualidade, facto este a que seguramente não será alheio o mediatismo que, um pouco por todos os países democráticos desenvolvidos, assumem os processos judiciais concretos.

Por outro lado, razões de ordem diversa provocam a expansão do judiciário, num processo a que se tem chamado de “judicialização da política” (Tate e Vallinder, 1995:pág.13) e que hoje torna incontornáveis as tensões geradas.

E este não é apenas um problema teórico: “é também um problema concreto para os cidadãos, que dispõem de mecanismos insuficientes para efectivar a responsabilização política pelos eventuais problemas e fracassos do sistema judicial” (Magalhães, 2000:415).

Creio que o estudo se justifica plenamente, embora não seja, de todo em todo, original salvo, talvez, no que à proposta Assembleia Judiciária concerne.

Nem teria que o ser.

1.3. A problemática “estudo empírico versus estudo teórico”

Tratando-se dum mestrado em Sociologia e tratando-se da Universidade de Évora, a tradição indicaria que a dissertação constituísse um estudo empírico ou, pelo menos, com uma forte componente empírica. Na verdade tem vindo, ao longo da sua existência, o Departamento de Sociologia da UE a cimentar reconhecidos – e merecidos – créditos no domínio dos estudos empíricos nas dissertações dos mestrados, produzindo trabalhos de grande qualidade, originalidade e utilidade, teórica e prática, e formando sociólogos cuja referência na sociedade, designadamente a nível regional, se faz sentir de modo acentuado e muito positivo.

Ao elaborar um estudo exclusivamente teórico não quis, de modo algum, contradizer esta tradição (que aliás tem algumas notáveis excepções), mas tão-somente dar livre curso a um tema que me interessa sobremaneira e que, podendo embora ser também

objecto dum estudo empírico, se tornaria excessivamente vasto se fosse desenvolvido nas suas duas vertentes teórica e empírica.

Na verdade, o presente estudo pode constituir o enquadramento teórico para um estudo empírico que se assemelha de grande interesse e que talvez possa ser levado a cabo futuramente, em projecto meu ou de qualquer outro investigador. Contudo, esse projecto só poderá ter relevância suficiente se abarcar uma realidade significativa dos cidadãos dos países democráticos desenvolvidos da actualidade, pelo menos do espaço da União Europeia.

Como se compreende facilmente, fraco seria o impacto que poderia ter um estudo empírico sobre o tema objecto desta dissertação se se limitasse a analisar, por exemplo, a realidade portuguesa, mesmo a nível nacional, deixando de lado, v.g., a realidade francesa, a sueca, a alemã, etc. Como se viu, o objecto deste estudo incide sobre as democracias desenvolvidas da actualidade, todas elas sociedades de altas culturas, erigidas sobre sistemas económicos de capitalismo tardio, hiper complexas nos seus tecidos sociais e, apesar da sua homogeneidade, com suficiente diferença entre si.

1.4. A inclusão científica e as adjacências científicas

Aqui chegados já seria legítimo perguntar da inclusão científica do objecto de estudo. Será sociologia? Ou ciência política? Ou filosofia? Ou teoria política? E a resposta, como de costume neste domínio, não será fácil. Se já no domínio das ciências da natureza é difícil a delimitação exclusivista de objectos de estudo, muito pior é o mesmo exercício no campo das ciências sociais, muito mais fluidas, pela própria natureza do seu objecto (o Homem nas suas relações sociais) e muito mais imprecisas. Contudo, o objecto com que agora lidamos é, parece-me, indiscutivelmente centrado no campo da sociologia política, embora, como não poderia deixar de ser, fazendo apelo a áreas científicas adjacentes (e outras nem tanto), como é hoje, aliás, apanágio do todo o sector

do conhecimento. E se a sociologia é a ciência que estuda o comportamento humano em sociedade (a “ação social” de Weber) e a política é o domínio das relações humanas de poder (Bobbio), então dificilmente não se centraria este trabalho no campo da sociologia política. Sendo certo que, hoje, é impossível conceber isoladamente qualquer parcela de conhecimento científico e sequer é possível inscrevê-lo em planos, mas antes e sempre em três dimensões, com núcleos mais ou menos puros e miríades de tentaculares metástases lançadas sobre os outros tecidos, por vezes descontínuos e à distância e sofrendo por seu turno a invasão de outros núcleos do conhecimento científico, tudo numa enorme e palpitante amálgama, em constante mutação, visceral, hiper complexa, fluida, adstringente, intimamente conectada e de teleologias de difícil apreensão. O nosso caso não foge a esta imagem. Tem tentáculos lançados sobre a sua adjacente ciência política e é por ela penetrado, o mesmo sucedendo com a filosofia e a teoria política e tem metástases longínquas e coloniais na psicologia e nas neurociências e é colonizado por essas ciências. É uma imagem, como tal coxa e ilustrativa. E das suas ressonâncias epistemológicas tratamos de seguida. Na certeza, porém, que é hoje cada vez mais irrelevante tentar enquadrar o conhecimento dentro duma ciência, muito arrumado, sem compreender esta realidade.

1.5. A epistemologia: hiper complexidade e descomplexificação

Mal ficaria a uma dissertação de mestrado em ciências sociais, ainda por cima com a descrita fluidez de situação científica e o também descrito acesso a áreas adjacentes e a outras tele-contactadas, se não se posicionasse epistemologicamente. É de hiper complexidade que falo. A realidade é duma enorme complexidade e o espírito humano, sendo sem dúvida o mais poderoso instrumento para a descodificar, é contudo incapaz de abarcar para além de infimos segmentos e pequenas estruturas moleculares, que vai lentamente interpretando e compreendendo, num esforço contínuo e glorioso. Ter este

facto em conta, no processo de produção do conhecimento, é sem dúvida de fundamental importância. Mas, posto isto, pouco mais relevará. Fazer da hipercomplexidade uma epistemologia, até uma ciência nova como a “noologia” de Morin, parece, nesta altura, um exagero a merecer pouco mais do que o epíteto de “papal de embalagem” com que Mariano Gago apostrofou a tese de Edgar Morin (Gago, 96:69). O modo de produção do conhecimento é, tem sido sempre, descomplexificando a hipercomplexidade. Reduzi-la a estruturas, a pequenas parcelas, resolver problemas, deslocá-los, interligá-los em novas estruturas. A isto chama-se descomplexificar ou, simplesmente, simplificar. No fundo aplicar uma asserção de Einstein, em que este cientista defendia a simplificação da realidade, tanto quanto possível, embora não mais do que isso. E é neste *quantum* que reside a arte: encontrar, em cada situação concreta em estudo, a mais simples solução possível. Sem ser, de todo em todo, a epistemologia o objecto da presente dissertação, entendo ser relevante este posicionamento epistemológico descomplexificador. Será ele que guiará e iluminará o meu discurso.

1.6. Principais conceitos a operacionalizar

Os conceitos principais a operacionalizar neste trabalho são assumidos postuladamente, como não podia deixar de ser, uma vez que, doutra forma, cada conceito em si requereria um trabalho próprio.

Contudo, é feita previamente uma espécie de glossário desenvolvido dos conceitos fundamentais a operacionalizar na composição do trabalho, de modo a permitir que se compreenda a dimensão com que são utilizados, dada a multiplicidade de alcances que podem ter.

1.7. Estilo de escrita

Foi seguido como estilo de escrita o constante das normas da A.P.A.

2. O Estado da arte

2.1. A legitimação do judiciário

O debate em torno da legitimação do poder judiciário, ou melhor, da legitimação do exercício do poder judiciário, é hoje vastíssimo e tem originado, como não poderia deixar de ser, uma enormíssima produção científica, consubstanciada em milhares de artigos, livros e conferências.

Por outro lado, tratando-se de matéria claramente inscrita na esfera da política – pública, portanto, por excelência – o debate está hoje vivo em discussões parlamentares, confrontos televisivos, artigos de jornais generalistas, conferências políticas e até na opinião pública.

É natural, é uma questão que a todos diz respeito.

A opinião amplamente maioritária na doutrina científica é claramente a que evita a via da legitimação do exercício do poder judiciário com recurso ao escrutínio popular directo e até indirecto o qual é, dum modo geral, diabolizado e exorcizado com recurso aos métodos indirectos de legitimação, por vezes tão indirectos que com dificuldades se descortina a legitimidade que deles possa derivar.

Sendo um tema altamente interessante a “descodificação”¹ das razões sociológicas que subjazem a esta onda, pelo menos aparentemente, anti-democrática, é contudo alheio ao objecto deste estudo.

¹ Se é simples compreender a posição das corporações das magistraturas, o mesmo não acontece com políticos, cientistas, comentadores, etc.

Assim, a minha opinião insere-se a contra-corrente da maioria da produção da doutrina o que, dificultando embora o meu trabalho, talvez traga alguma utilidade ao mesmo.

2.2. A legitimidade do judiciário através da Assembleia Judiciária

Esta será talvez a parte mais original desta dissertação.

Na verdade, a produção científica tem ignorado olímpicamente esta via legitimadora a que poderei chamar de semi-directa, à maneira do método de legitimação da quase totalidade dos governos das modernas democracias desenvolvidas.

Não conheço – pelo menos não encontrei – um único trabalho sobre o assunto.

Contudo, a raiz desta proposta pode encontrar-se na democracia ateniense do apogeu daquela cidade-estado helénica. Aí havia, e com notável sucesso, uma assembleia deste tipo, a Helieia, onde assentavam, na fase tardia, 6000 heliastas, uma parte muito considerável do colégio eleitoral ateniense. Os deputados judiciários atenienses eram muito prestigiados e tri-obulados, ou seja, remunerados com três óbulos por sessão, o que significava um elevado rendimento. Tendo sido inicialmente instituída por Sólon, com funções de fiscalização dos juízes e de recurso nalguns casos, cedo evoluiu para o próprio sistema judiciário em si, constituindo um notável caso de democracia, um autêntico congresso de deputados judiciários, que praticava a mais legitimada das funções judiciárias que talvez seja possível encontrar na história das formações políticas da humanidade (chegava a julgar com 2501 jurados em simultâneo), não fosse o caso da clássica democracia ateniense estar inquinada, na sua génese, dum incontornável pecado original: só se aplicava aos cidadãos como tal considerados, o que excluía, como se sabe, a esmagadora maioria dos membros da sociedade, desde logo as mulheres, os escravos, etc.

Embora não seja possível estabelecer paralelismos com a clássica democracia ateniense¹, a Helieia – cujo poder era talvez o mais importante da arquitectura democrática de Atenas – é contudo uma fonte de inspiração para a formulação da Assembleia Judiciária moderna que proponho.

3. A legitimação do exercício do poder judiciário

3.1. Introdução

3.1.1. A origem do poder

Nunca será demais repetir que o poder não se legitima: nasce legitimado *ab ovo* em cada indivíduo integrante duma determinada unidade política relevante, constituindo assim essa realidade superior que é o poder político dessa comunidade. Numa democracia moderna, o poder político – todo ele – reside no povo e o que carece de legitimação é aquela parcela de poder cujo exercício o soberano aliena para ser exercida por outro, impossibilitado que está de a exercer directamente, dado o elevado número de indivíduos que o compõem e a extrema complexidade das matérias a decidir.

Por outro lado, estudar a legitimação do exercício do poder judiciário implica, ainda que perfunctoriamente, uma incursão inicial pelos conceitos de poder judiciário, de legitimação e outros conexos, de modo a focar com alguma nitidez a dimensão com que estes conceitos são empregues no estudo, embora o objecto deste não seja estes conceitos em si, mas apenas na medida em que nele se reflectem. É o que faço de seguida.

¹ Que aliás me recuso a classificar como berço da democracia. Muitas sociedades anteriores praticaram formas democráticas muito mais profundas do que a ateniense.

3.1.2. O poder

Poucas matérias haverá que tenham sido alvo de tanta atenção como o estudo do poder. A sua definição careceria portanto de um trabalho autónomo, o que manifestamente não é a minha intenção. Terei que limitar-me, como disse, a assumir postuladamente um conceito que signifique o sentido com que vou utilizar o termo, de modo a deixar clara a continuidade do estudo.

As definições de poder multiplicam-se nos autores, mas reconduzem-se sempre a um nó górdio incontornável, no qual reside o sentido em que utilizo o conceito. Da capacidade para obter resultados por acção concertada (Lipson, 1999:84), à capacidade de obter aceitação para substanciais ideias próprias (Galbraith, s/d:61); da produção de efeitos pretendidos (Russel, 1948:35), à capacidade de modificar a conduta dos outros de acordo com as nossas intenções (Tawney, 1931:230); é sempre, no fundo, a capacidade de influenciar/condicionar o comportamento dos outros que constitui o nó górdio do poder. É este o sentido da generalidade dos autores (a que poderíamos acrescentar, mas sem avanços, Giddens, Dahl, Elias, etc.). É este o sentido que lhe dou neste trabalho.

Mas, aqui chegados, de pouco nos serviria ter definido o conceito de poder com esta latitude, e sem grande distinção entre poder e influência (Coster e Bawin-Legros, 1998:138), não se desse o caso de irmos tratar apenas duma espécie de poder: o político. E, dentro deste, apenas o judiciário.

3.1.3. O político

Pelo menos tão polémico como o conceito de poder é o conceito de político. E também com um incontável número de trabalhos publicados sobre o tema. Mas também ele possivelmente redutível a uma essência.

Falar do político é falar de conflito. Melhor, da gestão desse conflito. Se o conflito não existisse, a política não existiria: “Um mundo em que se tivesse eliminado por

completo a luta (...) seria um mundo alheio à distinção de amigo e inimigo e consequentemente carente de política” (Schmitt, 2002:65).

A mesma posição vamos encontrar em toda a corrente marxiana, neste caso com especial enfoque no conflito de classes: “Prática política é a prática de direcção da luta de classes por e em o Estado” (Verret, 1967:1944). O que redundava no mesmo, enfatizando a conexão à “especificidade relativamente ao seu objectivo particular que é o estado enquanto nível específico de uma formação social” (Poulantzas, 1971:40).

Contudo, o importante para o apuramento conceptual ao nível deste trabalho é tão só atermo-nos à gestão do conflito enquanto essência do político, conflito este assumido numa dimensão social.

É nesta dimensão que o conceito será operacionalizado, no cruzamento com o conceito de poder.

3.1.4. O poder político

A adjectivação do poder como político reduz drasticamente o campo do conceito. Na verdade, para o âmbito deste trabalho, não releva o poder não-político. Releva, sim, aquele poder inscrito nos conflitos sociais, *maxime*, o poder político do Estado.

O que nos conduz ao conceito de coercibilidade, ou seja, à possibilidade de determinar, se necessário pela força, o comportamento dos agentes sociais, impondo-lhes obediência e “constrangendo-os à obediência das normas jurídicas” (Caetano, 1970:10).

Não que esta aproximação seja também totalmente pacífica.

Mas é suficiente para o âmbito deste estudo, sobretudo, como já a seguir veremos, dado que vou debruçar-me apenas sobre um aspecto particular do poder político, uma única das suas manifestações, que é o poder judiciário.

3.1.5. A soberania

Ainda a propósito de poder político convém apurar que não é absolutamente necessário para o estudo da legitimação do judiciário, que este se inscreva num poder político soberano (*majestas, summum imperium*), bastando que se trate duma colectividade política estatal ainda que de poder político não soberano, como é o caso dos estados federados.

Necessário é, isso sim, que se trate duma comunidade política estatal cujo poder político seja suficientemente autónomo e independente (Caetano, 1970:32) – é esse o apanágio da soberania – para organizar a sua própria estrutura judiciária dentro duma unidade política relevante.

Ao nível pretendido por este estudo – a legitimação do exercício do poder judiciário – é evidentemente indiferente a caracterização do grau – tão difícil, aliás – da independência e superioridade do poder político da comunidade estatal em que se insira. O ângulo de enfoque incide tão-somente sobre o processo legitimador, o que obviamente dispensa a análise do grau de soberania.

3.1.6. O povo

Ao povo sempre reportamos a residência do poder político das democracias modernas nas sociedades de altas culturas e larga complexidade, como vimos. Este, em conjunto como o território e o poder político, são os elementos integradores de qualquer estado.

Mas torna-se necessário, mesmo no âmbito estrito deste estudo, esclarecer o alcance do conceito, ou melhor, a visão com que ele é aqui empregue, dada a sua importância fundadora em qualquer tese sobre democracia, como é o caso desta. Este povo, fonte de todo o poder nas democracias modernas, ou, pelo menos, fonte teórica de todo o poder, não pode ser entendido como um ente próprio, mas antes como um conjunto de indivíduos – os cidadãos – em quem, (com óbvia relação ao princípio da maioria como

adiante se verá), atomisticamente, todo o poder reside. “Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos” (Bobbio, 2000:380).

Esta concepção é de capital importância e faz toda a diferença relativamente às concepções colectivistas que transformam o soberano numa entidade metafórica e quase amorfa que tudo justifica.

A percepção exclusivamente individualista não implica, por outro lado, a dimensão social do indivíduo, igual entre iguais, sendo também ela igualmente redutora.

Mais do que uma dimensão ética, é uma dimensão ontológica e metodológica que se trata, a qual perpassará todo o trabalho e é dele fundadora, pelo que, sem me poder alongar sobre o tema, não posso deixar contudo de o apontar.

As referências ao povo e à democracia abundarão e este esclarecimento justifica-se assim.

3.1.7. A democracia

1) Falar de legitimação, seja do poder político, seja do judiciário, seja de que poder for, é sempre falar de democracia.

Etimologicamente o poder do povo, este sistema político parece hoje não ter adversários relevantes, pelo que assumiu uma capital importância nas sociedades modernas, *prima facie* nas sociedades do tipo das que estudamos.

Aqui e agora, interessa-nos apenas analisar o conceito no estrito domínio das suas implicações sobre a questão da legitimação do poder judiciário.

Assim, é necessário resolver os seguintes problemas de princípio: porque é a democracia um sistema melhor do que um sistema não democrático?

Na verdade, senão assentarmos no pressuposto de que a democracia é superior a qualquer outro sistema político de governo, caem por terra todas as construções destinadas a desenhar uma arquitectura de legitimação. A democracia pressupõe

legitimação e esta pressupõe democracia, como melhor veremos adiante. São duas faces duma mesma moeda.

Uma vez que não é minha intenção, como já foi anunciado, dissecar o conceito de democracia, limitar-me-ei uma vez mais a erguer apenas os traços mais importantes do conceito em relação ao objecto do estudo.

2) Cumpre, desde logo, precisar que, no âmbito deste estudo, é sempre no marco da democracia representativa que nos encontramos, estendendo esta no seu sentido formal.¹

Na verdade, nos estados integradores da zona político-sociológica definida como objecto de estudo, a democracia directa é inaplicável desde logo pela alta complexidade das suas estruturas e pelo enorme número dos seus cidadãos. Assim, à excepção de casos laterais e sem relevância para este estudo (os cantões suíços de democracia directa, v.g.), em todos eles vigora o sistema formal de democracia representativa.

E cumpre também, em segundo lugar, nesta brevíssima incursão no termo da filosofia política, esclarecer que o nosso conceito de democracia, tal como vai ser operacionalizado ao longo deste trabalho, radica numa visão sócio-biológica do contratualismo, nos conceitos que entendem a cooperação social como derivada da própria selecção natural da espécie.

Assim, se os homens cooperam entre si, criando uma complexa rede social interactiva, é porque o fazem basicamente de modo instintivo, ou seja, porque é assim determinado na sua própria estrutura genética.

É muito importante a compreensão desta dimensão do conceito para se entender não só o que é a democracia como também as razões que conduzem a que seja o melhor sistema político, como veremos sucinta e quase postuladamente já de seguida.

¹ Adiante explicarei melhor o entendimento desta “formalidade”.

Se se entender que a democracia não é o melhor sistema político, necessariamente terá de se entender que o melhor sistema político é qualquer outro baseado não na igualdade política, pelo menos formal, mas na desigualdade, sendo o poder de um, ou de alguns, mais válido do que o dos outros.

Se eu entender que o meu ponto de vista vale mais do que o dos outros e que a eles se deve impor, então também qualquer um dos outros poderá pensar o mesmo, e pensará seguramente, pelo menos muitos dos outros assim pensarão.

É evidente que o resultado desse regime não democrático será sempre a institucionalização do conflito e da ruptura, absolutos inimigos do equilíbrio cooperativo tão necessário à geração da estabilidade social.

Ainda que por qualquer razão se imponha um tal regime, como tantas vezes acontece, será sempre em situação de patológica instabilidade, de modo transitório, até que o poder tirânico desse homem ou desse grupo seja abatido por outro homem ou por outro grupo e assim sucessivamente, até que a sociedade encontre a fisiologia democrática.

Na base de qualquer teoria do contrato não pode estar um sistema de desigualdade e conseqüente conflito, mas sempre uma teoria de igualdade e equilíbrio, dentro da qual se possam processar as tensões naturais dos interesses próprios, sem que cada um possa ultrapassar os limites do outro, ou seja, um conflito fisiológico natural, impedido de ultrapassar os limites que conduzem à violação dos limites dos outros e à criação de um sistema de desequilíbrios patológicos e instável, no qual os violentados tudo farão para acabar com a respectiva opressão.

É uma manifestação da ideia subjacente ao princípio kantiano da liberdade, que expressa os limites da liberdade de cada um na liberdade dos outros. É um princípio de equidade e justiça, emanada da própria constituição da espécie e da sua tendência cooperativa que leva à otimização de resultados (sob o ponto de vista do interesse

próprio) e onde “cada pessoa recebe uma contrapartida justa quando todos (incluindo o próprio sujeito) cooperam” (Rawls, 2001:104).

A cooperação é inata, faz parte da matriz genética humana, e é portanto natural.

Assenta assim o contrato social numa base natural cooperativa. E se a cultura é ela também natureza, como dizia Marx, o contrato, no seu posterior desenvolvimento cultural, tem nesta dimensão uma base material de suporte, seguramente de muito mais fácil explicação do que a que nos é dada pelo contratualismo rousseauiano, ou pior, o de inspiração divina.

Na verdade, o que funciona não é um contrato nascido do nada, ou duma suposta boa natureza – que aliás não existe – mas antes um contrato sobre uma tendência cooperativa inata, que foi naturalmente seleccionada ao longo da evolução por permitir um maior sucesso e, conseqüentemente, um grau mais eficiente de adaptação, ou seja, por demonstrar mais valor adaptativo, fazendo portanto com que a “sociedade exista não porque nós a tenhamos conscientemente inventado, mas porque é um antigo produto das nossas predisposições evolutivas e está literalmente na nossa natureza” (Ridley, 1996:5).

Esta corrente teórica¹ explica muito e explica bem, sem lançar mão de expedientes teóricos de recurso, sem qualquer base material e científica.

Por outro lado, e ainda no marco da democracia (liberdade/igualdade/ cooperação – como estamos perto da trilogia revolucionária de 1789!), convém precisar – na perspectiva do estudo da legitimação – como se desenrola o processo democrático sob o ponto de vista da prestação do consentimento.

¹ A primeira obra a lançar as bases desta linha de pensamento foi o esquecido livro de Kropotkin “Ajuda Mútua: Um factor na evolução”. É aliás um episódio na vida do Príncipe Kropotkin – a sua fuga da prisão – que serve de inspiração ao célebre dilema do prisioneiro, ele próprio tantas vezes ilustrativo do equilíbrio relacional entre egoísmo e cooperação.

3.1.8. A legitimação

1) No termo da democracia representativa, tudo repousa no processo de legitimação.

Em sede de princípios, nenhum indivíduo, ou conjunto de indivíduos, deve deter a mais pequena parcela de poder sobre outro, ou sobre outros, sem que para tal esteja(m) validamente legitimado(s), pelo(s) próprio(s) sujeito(s) passivo(s) e/ou pela unidade política relevante em que se insere(m). Isto é aplicável ao poder dos pais sobre os filhos, ao do médico sobre o doente, do professor sobre o estudante, do juiz sobre o réu, dos governantes sobre os governados, do patrão sobre o empregado, etc., até ao infinito das relações de poder possíveis.

2) O primeiro momento no processo de produção do consentimento é o da formação da vontade. Consentir implica conhecer. Assim, só o consentimento consciente poderá ser legitimador. E digo poderá, porque sendo condição *sine qua non*, não é tudo. Para além de consciente, o consentimento tem que ser livremente prestado e terá ainda que obedecer a procedimentos gerais (iguais para todos), livres e previamente acordados.

O termo consentimento é utilizado – e será, doravante – com o sentido de “assentimento” que lhe dá alguma doutrina, ressaltando a sua “atitude positiva”, ou seja, enfatizando o processo autónomo, afirmativo e voluntário da sua manifestação (Miranda, 1983/84:46 e Canas, 1992:89).

3) Muitos e prestigiados cientistas de diversas formações – sociologia, direito, ciência política – têm defendido, com assinalável êxito e inteligência, que preenchidos que estejam os procedimentos formais, está implícita a legitimação.

A aceitar esta posição, a questão ficaria por aqui e teríamos que dar por bom que as nossas democracias (como as temos vindo a entender) seriam perfeitas, ou quase perfeitas, com os respectivos poderes legitimados, uma vez que processualmente quase

todas elas (ou até talvez todas elas), como já atrás aflorei, são muito razoavelmente perfeitas sob o ponto de vista procedimental.

Esta conclusão afigura-se escandalosa ao espírito menos sensível. E é. O que se trata é que a posição em causa está errada, como passarei a tentar demonstrar.

Radica esta posição nas correntes positivistas e adjacentes entre cujos mais proeminentes representantes estão Kelsen, Schmitt e Luhmann.

De forma sintética e reduzida, por uma via ou por outra, pretendem estas correntes – e estes autores – que a legitimação do poder político estaria conseguida se fossem seguidos determinados procedimentos democráticos (as eleições, as campanhas, os sistemas representativos), criadas instituições (os parlamentos, as autarquias) e organizações adequadas (os partidos, os movimentos).

Tudo se resumiria, portanto, à existência duma legalidade adequada, dum conjunto de formalismos e fundamentos apropriados, para que a legitimação existisse: “Na medida em que uma tal «legitimação por processos» é bem sucedida, legitima-se o sistema político e o próprio direito por ele criado: mediante instituições e organizações próprias” (Luhman, 1981:133, *apud* Bonavides, 1993).

Este esvaziamento dum conteúdo valorativo conduziria, a ser aceite, a uma situação absurda de auto-legitimação de cada sistema (Bonavides, 1993): na verdade, o formalismo excessivo defendido acaba por conduzir a esta interpretação, uma vez que cada sistema cria um conjunto de procedimentos formais que o legitimam pelo simples facto de existirem e existem porque o sistema os criou. Por esta via podia-se chegar mesmo ao extremo de entender que a legalidade é a própria legitimidade: “o direito de uma sociedade positiva-se quando se reconhece a legitimidade da pura legalidade (...)” (Luhman:1970:167).

Esta posição de Luhman – aliás na esteira do decisionismo de Schmitt – levá-lo-ia a concluir que até um conteúdo arbitrário pode ser legitimado (Luhman, 1983). O que

seria mais ou menos o mesmo que acompanhar a tese que defende que todo o poder é legítimo, desde de que se faça obedecer, ou seja, a questão da legitimidade acabaria resolvida da forma simples: suprimindo-a (Ferrero, 1959). É um pouco a aplicação, no domínio da teoria política, do princípio de algumas ditaduras, que acabam com a criminalidade matando todos os criminosos.

Na verdade, “a autonomização do sistema jurídico não pode significar uma desconexão completa de direito e moral, por um lado, e de política, por outro. O direito, ao converter-se em positivo, não rompe as suas relações internas com a moral e a política” (Habermas, 1998:1). E não se entenda que este assentimento é de raiz idealista ou moralista, porque se trata exactamente do contrário, ou seja, de inserir a questão na sua dimensão de materialidade, de conexão íntima com as estruturas sócio-históricas em que o sistema se desenvolve e elabora. O que está muito longe da paranóica mania dos filósofos moralistas que se sentem autorizados a dizer ao próximo o que deve fazer, como apostrofava Habermas. Serve isto para enfatizar que a crítica às posições positivistas não constitui em si uma posição de tipo moralista ou idealista, mas antes materialista.

O que se trata é que as posições formalistas destes vários positivismos não são aceitáveis. A legitimidade do poder político é inseparável da adopção de determinados procedimentos normativizados, mas é também inseparável da verificação de determinados valores que asseguram que a vontade do indivíduo se forma livremente, isenta de vícios, e do mesmo modo se manifesta no procedimento da prestação do consentimento.

Formalismo e substancialidade são duas faces da mesma moeda, intrinsecamente ligadas, uma vez que em todos os momentos do processo a formação da vontade tem que estar garantida e protegida pela existência de procedimentos formais, tal como, por exemplo, no domínio da normatividade reguladora do processo penal há um conjunto de



regras que regem os procedimentos a adoptar, rigidamente, com vista à descoberta da verdade material. Esses procedimentos, contudo, são meramente instrumentais da descoberta da verdade, que constitui a materialidade a atingir. A sua importância é vital no processo, mas a essência deste é atingir a verdade material e, conseqüentemente, condenar os culpados e absolver os inocentes. E isto são valores pressupostos, pré-conceitualizados.

Assim também no domínio da democracia, as formalidades que a constituem não são um valor em si; o valor em si é a materialidade: a livre formação da vontade e a sua livre manifestação, ou seja, a liberdade e a igualdade políticas. As formalidades são instrumentais da substancialidade, embora a ela indissociavelmente ligadas. A materialidade é a prossecução da vontade da maioria da unidade política relevante, livre e igualmente manifestada.

É evidente que este valor em si tem que ser entendido com um dever-ser, mais do que como um ser. O facto de se defender (e a democracia o apregoar) este valor, não quer dizer que ele o seja por essa simples razão. A realidade é, como veremos, bem diferente. Ou seja, aquilo que é, é diferente daquilo que se diz ser.

Cabe aqui, para a plena compreensão deste problema, analisar o conteúdo ideológico que lhe está associado. “O tema da legitimidade é (...) inseparável da ideologia” (Bonavides, 1993:62) e “não pode haver direito autónomo sem democracia realizada” (Habermas, 1988:25)

Na verdade, não se pode tratar esta temática sem a associar à natureza do estado. Para quem, como os positivistas, o estado é uma entidade abstracta, incorpórea, desligada da realidade social em que se insere, de funções assépticas, à maneira de Kelsen, é então fácil e até conseqüente entender a legitimação da mesma forma.

Mas o estado é uma realidade concreta, intimamente ligada à realidade social em que se insere e cujas funções assumem sempre, em última instância, uma natureza de

classe, com a dimensão que Marx lhe deu, pelo menos enquanto existirem classes. O estado, e o estado de direito também e por suposto, “como toda a construção humana, tem a sua origem, a sua explicação e o seu contexto necessário na história. Não nasce do nada e por pura elaboração teórica, mas como reacção sócio-económica, e consequentemente política, a um poder arbitrário que mantinha um sistema de propriedade privada reservado à monarquia, à nobreza e ao alto clero do ‘*Ancien Régime*’ e por isso constringia o desenvolvimento potencial a que tinham chegado as forças produtivas da burguesia mercantilista do fim do séc. XVIII” (Gómez, 1989:116-117).

No fundo, a posição dos positivistas é exactamente uma manifestação ideológica dessa natureza de classe: a eles cabe a criação duma doutrina que justifique e favoreça os interesses das classes privilegiadas que beneficiam do estado que utilizam em seu proveito. Passo a uma citação adaptada: “Todas as sociedades de classes, uma vez que a sua reprodução se baseia na apropriação privilegiada da riqueza produzida pela sociedade, têm que resolver o seguinte problema: distribuir o produto social de maneira desigual e contudo legítima” (Habermas, 1999:162).

Este conteúdo valorativo não tem, contudo, esclareça-se, qualquer natureza supra-humana ou divina, mas antes é também ele próprio resultado da vontade do povo.

Aqui chegados podemos compreender que uma democracia ainda que formalmente perfeita, por hipótese (e não existe nenhuma sequer formalmente perfeita), não será verdadeiramente “democrática” enquanto não for substancialmente perfeita, ou seja, enquanto não for possível a livre e consciente formação da vontade de todos os membros capazes do colégio da unidade política relevante.

Enquanto for tão fácil e simples a manipulação das consciências, enquanto houver tão poucos cidadãos dotados de consciência crítica e instrumentos conceptuais suficientes para lhes permitirem a operacionalização e descodificação dos processos

políticos relevantes, a democracia, por mais perfeita que seja procedimentalmente, não será verdadeiramente democrática e continuará a servir formações políticas e sociais de exploração, permitindo a sua reprodução e perpetuação. É esta facilidade e esta simplicidade que têm conduzido à crescente aceitação dos regimes democráticos, quer na zona objecto do nosso estudo, quer fora dela, por parte das estruturas representativas das respectivas classes dominantes, conscientes que estão, hoje em dia, da optimização das relações de exploração que estes regimes permitem.

Sejamos claros: se os regimes democráticos conduzirem, por hipótese, à constituição de formações sociais que ponham em causa não o modelo de exploração, mas o próprio paradigma da exploração¹, criando sociedades igualitárias, nesse caso a própria democracia será de novo imediatamente questionada pelos beneficiários da exploração e segregada de novo uma qualquer outra ideologia que permita a reconstituição duma formação social baseada na exploração e na sua reprodução e perpetuação.

Ou seja, a democracia só é boa para os beneficiários dos actuais modelos de exploração enquanto permitir a exploração e a reprodução da exploração. E são os beneficiários da exploração quem domina os aparelhos de estado de todos os países da nossa zona, sem qualquer excepção.

Isto não quer contudo dizer a tese contrária, que sustenta, à maneira marxiana, que a democracia só será boa se impedir a exploração. Esta tese está evidentemente inquinada do mesmíssimo *deficit* da anterior.

A única tese aceitável, e compatível com o sentido que temos vindo a dar ao conceito de democracia, é aquela que centra radicalmente a validade da democracia na própria democracia, ou seja, que aceita, como adiante veremos, como boa qualquer decisão colectiva tomada material e formalmente em liberdade e em igualdade de voto. E assim, evidentemente, se o colégio decidir livremente por um modelo social baseado na

¹ Este sim, o paradigma dos paradigmas sociais, aquele que *matriza* todas as sociedades humanas organizadas após a existência de excedentes de produção e a sua consequente apropriação desigual.

exploração, é esse que vale, bem como exactamente o seu contrário também valerá pelo mesmo modo.

Esta tese, finalmente, não deve ser entendida com qualquer ressonância idealista, mas antes com a dimensão do possível, ou seja, o que se procura não é a perfeição paradisíaca, mas a melhor solução humana possível, tendo como modelo o atrás descrito. Não posso deixar de lavrar uma citação adequada à teleologia do que digo: “Qualquer intento de produzir uma harmonia perfeita, de realizar uma democracia ‘verdadeira’, só pode conduzir à sua destruição. Esta é a razão pela qual um projecto de democracia radical e plural reconhece a impossibilidade de realização completa da democracia e a consecução final da comunidade política. O seu objectivo é utilizar os recursos simbólicos da tradição democrática liberal para lutar pelo aprofundamento da revolução democrática, sabendo que é um processo interminável. A minha tese é que o ideal da cidadania poderia contribuir enormemente para a extensão dos princípios de liberdade e igualdade. Combinando o ideal de direitos e pluralismo e as ideias de inspiração pública e preocupação ético-política, uma nova concepção democrática de cidadania poderia restaurar a dignidade ao político e proporcionar o veículo da construção de uma hegemonia democrática radical” (Mouffe, 1999:105).

É exactamente desta visão radical e integralizadora da democracia que trato. Exactamente num sector da sua formalidade que constituirá, pelo menos, um dos maiores *deficits* democráticos das democracias modernas: a falta de legitimação do judiciário. E cuja supressão significará um importante passo no caminho da “revolução democrática” de que atrás fala Chantal Mouffe, provavelmente a única revolução possível no actual estágio de desenvolvimento das formações políticas e sociais em questão. O que, a assim ser, não deixará de significar uma notável ironia – tem destas ironias, a História – atento o empenho que recentemente tem sido posto no desenvolvimento da democracia por parte daqueles que serão os principais prejudicados

pela revolução democrática, necessário corolário daquela actuação, provavelmente em prazo não muito longínquo, atenta a lei da aceleração do tempo histórico.¹

3.1.9. O princípio do maioritário

Passemos agora à análise do princípio da maioria, corolário do estudo da democracia.

Consiste o princípio da maioria na “maximização do consenso” (Bobbio, 2000:475) num sistema democrático numa unidade política.

O que importa aqui referir é que o princípio da maioria não é a democracia em si, mas apenas dela instrumental. Ou seja, o princípio da maioria até se pode aplicar a um sistema não democrático, como por exemplo o caso de proibição do sufrágio feminino, não tornando por isso democrático o sistema em que foi aplicado. Residindo a democracia na igualdade e na liberdade, como vimos atrás, ela é fundadora e substantiva relativamente à regra da maioria. Esta, aliás, é apenas o maior denominador comum possível sem violentar os princípios democráticos, ou seja, melhor que a regra da maioria seria a regra da unanimidade.

Não sendo possível a aplicação da regra da unanimidade, na democracia representativa das complexas unidades políticas (estados) que constituem o objecto do meu estudo, a regra da maioria constitui o maior denominador possível para o apuramento da vontade colectiva, sem violar o princípio da democracia (igualdade/liberdade). A regra da maioria faz parte – parte essencial – dos procedimentos legais inerentes à democracia.

Antes de terminarmos este item, falta ainda tentar ultrapassar algumas das maiores dificuldades que lhe são levantadas em sede de teoria política democrática. Se a regra da maioria é o corolário da democracia e dela procedimento (adjectivo) essencial para a defesa do valor (substantivo) em que assenta (liberdade/igualdade), terá que ser aceite

¹ Observe-se a dificuldade com que as democracias ocidentais (mormente os EUA) têm lidado com os novos regimes saídos de actos eleitorais tão ou mais “puros” que quaisquer outros, nos casos da vitória palestiniana do Hamas, do venezuelano coronel Hugo Chavez ou do líder *cocalero* boliviano Evo Morales. Vejamos o que o futuro nos reserva a este propósito.

qualquer decisão colectiva que respeite os parâmetros indicados, incluindo uma decisão que termine com o próprio sistema democrático¹.

Esta posição é normalmente contraditada pela doutrina, que resolve estabelecer-lhe limites, mais ou menos alargados.

Sem poder entrar no fundo do tema, que mais uma vez constituiria um trabalho à parte, não posso deixar de vincar que opto pela tese absoluta ou radical, a única que me parece não conter uma contradição em si própria, ou seja, se a regra da maioria se aplica a todas as decisões, menos àquelas que a ponham em causa, então já não é regra da maioria.

Para Bobbio (por todos os relativistas), “os valores, os princípios, os postulados éticos e, naturalmente, os direitos fundamentais, não são opináveis e, portanto, tão pouco negociáveis. Porque assim são, a regra do maior número, que tem a ver apenas com o opinável, não é competente para julgá-los” (Bobbio, 2000:444).

Contudo, parece evidente que esta posição não resiste à primeira análise: ela é em si mesma uma opinião e, como tal, produto dum indivíduo, ou dum grupo de indivíduos. Porque será ela melhor do que a minha, sem violar o próprio princípio de democracia?

Quando se diz que os direitos humanos “constituem a principal referência legitimadora”, oponível inclusivamente à própria maioria (Castro, 1989:88) parece não se compreender que as próprias declarações de direitos são produto de opiniões historicamente datadas e circunscritas e, na melhor das hipóteses, elas próprias provindas de maiorias.

A regra da maioria tem resposta em si para esta aparente contradição: aqueles valores (opiniões, aliás, como vimos) são produto da vontade da maioria, que os pretende colocar como núcleo central dos valores sociais, normalmente residindo nos textos

¹ A questão, historicamente, teve já expressão concreta em diversas situações, a mais relevante das quais terá sido a ascensão democrática ao poder do Partido Nazi em 1934, na Alemanha, embora com *nuanças* que alteram a questão teórica, tal como ela aqui é exposta.

constitucionais das unidades políticas. Assim sendo, poderão contudo, em limite, ser derrotados pela mesma regra e, conseqüentemente, alterados ou suprimidos.

O que, no limite também, leva a que a vontade da maioria possa suprimir a regra da maioria, instituindo uma regra minoritária de qualquer tipo, o que implica, contudo, que, em qualquer outro momento, a vontade da maioria possa suprimir essa suposta regra minoritária decidida. Ou seja, a regra da maioria nunca deixa de existir. Por outras palavras, a regra minoritária maioritariamente decidida será suprimida quando a maioria assim o decidir. Portanto, é sempre a regra maioritária que prevalece. A solução teórica do problema não passou pela sua contradição, antes pelo contrário, pela sua afirmação.

Finalmente, passemos em revista, a este propósito, a aporia (na terminologia bobbiana, por contraposição à dimensão axiológica dos limites atrás analisados) que consiste no problema da delimitação do colégio de votantes. É um verdadeiro problema, que, a meu ver, só se resolve axiomáticamente.

Ponhamos um exemplo: a decisão da independência da Madeira deverá ser decidida pelos madeirenses, ou por todos os portugueses?

O exemplo poderia ser multiplicado até ao infinito, colocando questões de intransponível solução (uma central nuclear no Douro internacional, na margem espanhola, é para ser decidida apenas pelos espanhóis, sendo que a sua interferência até afecta mais portugueses, dado que a margem espanhola é desabitada e a portuguesa densamente habitada?).

Contudo, ao nível desta dissertação, de novo, não posso ir mais longe do que o enunciado do problema e o enunciado da solução subscrita, para que os leitores possam compreender qual a dimensão da operacionalização do conceito ao longo do texto.

É evidente – entremos no enunciado da solução subscrita – que a decisão duma questão política, em democracia, deve ser tomada por aqueles a quem diz respeito.

Se a decisão afecta unicamente a um individuo, deverá ser tomada por ele e apenas por ele (embora, neste caso, dificilmente seja uma decisão política, nos termos em que atrás definimos o conceito); se afecta apenas um grupo, é por esse grupo que deve ser tomada. Sempre que uma decisão tenha implicação sobre alguém, esse alguém deve ser chamado ao processo de formação da decisão.

Só quando este princípio for plenamente cumprido é que se poderá dizer que foi preenchida a democracia. É um corolário do princípio kantiano da liberdade. Mas, como também é evidente, no actual estágio de desenvolvimento das formações políticas e sociais da humanidade, este requisito é inaplicável intensiva e exhaustivamente.

O que, implicando seguramente um *deficit* democrático, não deve implicar que nenhuma decisão seja tomada. Ou seja, as decisões tornar-se-ão tão democraticamente quanto possível, até que se integralize a democracia, o que seguramente só acontecerá – se alguma vez acontecer – num estágio superior de desenvolvimento social e após a abolição do actual modelo estadual, radicado no estado-nação.

A unidade política relevante, portanto, no marco deste estudo, é o Estado tal como existe actualmente com a sua dimensão soberana (ou falta dela) e que todos conhecemos, sem necessidade de mais precisão.

É nesse domínio que se gera a necessidade de legitimação do exercício do poder judiciário de cada Estado e é nesse termo que se desenvolverá a tese.

3.1.10. O poder judiciário

O judiciário é, indiscutivelmente, uma parte do poder político. Parte, aliás, por excelência, onde se resume a coercibilidade. O judiciário é coercibilidade quase em estado puro. E, como vimos, a coercibilidade é a natureza extrema do poder político porque se trata, por excelência também, de gestão de conflito. Conflito também em estado quase puro. Poder político, portanto, concentrado e depurado.

Se sobre isto não há dúvidas – a natureza política (de poder político) do judiciário – já sobre os seus precisos limites e definição alguns problemas se levantam.

Numa primeira aproximação, responderemos que o judiciário é aquele sector do aparelho do Estado que tem por função a aplicação do Direito. É a *juris dictio* romana. Contudo, como veremos, esta definição não é suficiente. Em primeiro lugar, desde logo salta à vista que a aplicação do direito pode ser – e é – levada a cabo por outros sectores do aparelho de Estado. Responder-se-á que, quando tal acontece, as decisões tomadas são susceptíveis de recurso para os tribunais, ou seja, para os órgãos do poder judiciário, só se tornando definitivas e executórias quando daí emanam após trânsito em julgado. Mas isto nem sempre é verdade: a complexidade das sociedades modernas exige a subtracção ao judiciário de muitas decisões – sobretudo as de menor importância – de modo a diminuir a tensão da procura sobre um sistema já de si muito sobrecarregado e cujo campo de actuação é tendencialmente infinito. Este processo de desjudicialização é cada vez mais utilizado como contra-peso à crescente judicialização a que já aludimos.

Em segundo lugar, dificilmente se poderá subtrair à definição de judiciário a actuação de actividades políticas e sociais vitais, quer a montante, quer a jusante, que lhe estão intimamente ligadas e que fazem inquestionável parte do “processo de produção” judicial. Estão assim, pelo menos, a actividade judiciária das polícias – mormente das polícias judiciárias – e a actividade do sector prisional, designadamente a execução das penas e a reinserção social.

Retirar estes dois sectores – como muitas vezes acontece – do sector judiciário, submetendo-o ao político, é uma amputação artificial e contra natura, uma vez que são sectores que só existem em função da actividade jurisdicional, que dela dependem e que lhe dizem funcional e estruturalmente respeito.

Abordaremos assim o tema deste trabalho sob esta definição ampla e compreensiva do poder judiciário, englobando não só a actividade jurisdicional *tout court*, mas

também, a montante, a actividade de polícia judiciária e, a jusante, a do sector prisional e de reinserção social. Pelas razões já sobejamente indicadas, não poderei explorar mais este tema, ele também merecedor contudo de mais atenta análise detalhada e com fragilíssima produção doutrinária.

Finalmente, nesta tentativa de desbaste das mais salientes arestas do conceito, convém abordar a questão do conflito, ou seja, a do contencioso e do gracioso.

É comum definir-se o judiciário como a actividade de resolução de conflitos através da aplicação do Direito. Sendo essa a parte magna do judiciário, não é, contudo toda ela. Muita da sua actividade não é puramente contenciosa. Assim, a contenciosidade – e entendendo que todo o processo penal é contencioso entre a comunidade e o agente ou os agentes do crime, e contra a tese, entre nós, de Fernando Luso Soares – é a característica dos processos com lide (*litis*). Aí há adversários – ou inimigos – o mesmo não acontecendo em muitos outros processos judiciais não litigiosos chamados graciosos ou voluntários, os quais prefiguram uma natureza verdadeiramente administrativa (Soares, 1980:38 e sgs). Aqui, nestes processos – recordemos, entre nós, as adopções ou os divórcios por mútuo consentimento¹ – não existe verdadeira actividade jurisdicional, em sentido técnico, uma vez que o juiz se limita a uma actividade de natureza administrativa.

Digamos que se trata de uma “invasão” do judiciário sobre o executivo, enquanto que movimento contrário se dá quando o executivo decide definitiva e executoriamente aplicando o direito sem possibilidade de recurso judiciário, como acontece em tantos casos contra-ordenacionais.

Estas invasões recíprocas, contudo, não alteram a essencialidade das coisas, quer porque normalmente se reflectem sobre questões de menos importância, quer porque respondem a situações de conjuntura, como o excesso de procura do judiciário (a

¹ Estes últimos até já subtraídos recentemente ao judiciário, entre nós.

desjudicialização) ou atribuição fortuita de maior importância a um qualquer aspecto da vida social, levando à judicialização respectiva.

Aplicação e interpretação do Direito, de forma definitiva e coercivamente executória, nas questões de maior importância política e social – eis o termo do judiciário.

Note-se que se trata de aplicação concreta do direito, com maior frequência, embora não se possa subtrair ao judiciário uma actividade de natureza geral, consubstanciada na possibilidade de interpretar a norma com carácter geral e abstracto e de fiscalizar a constitucionalidade das leis, também em geral e em abstracto. Esta actividade, normalmente atribuída aos tribunais de última instância e aos tribunais constitucionais, impede que se faça da exclusiva aplicação concreta do Direito a sua natureza, contrariamente ao que tantas vezes se escreve. Não sendo uma actividade frequente, é uma actividade essencial do poder judiciário. Voltaremos adiante a esta questão. Por ora, é suficiente o nível atingido para podermos entrar no cerne do estudo, de posse que estamos da dimensão das principais conceitos a operacionalizar.

3.2. Questões prévias

3.2.1. A independência do poder Judicial e a separação de poderes

Intimamente ligada com a questão da legitimação do poder judicial está a questão da respectiva independência.

Sendo diferentes questões, a abordagem da legitimação carece duma passagem pela independência, que lhe fica a montante.

Estamos no marco da separação de poderes, na perspectiva montesquiviana, amplamente assumida por todas as modernas democracias, e bem.

Não nos interessa agora – na dimensão deste trabalho – se essa separação é tripartida, quadripartida, bipartida ou o que quer que seja. Sendo uma questão da maior relevância, em si, não interessa a este trabalho mais do que aquilo que vai ser aflorado.

A separação de poderes é hoje um postulado da teoria democrática, assumindo-se sem demonstração da sua validade, discutindo-se em muitas e variadas vertentes, mas sempre no pressuposto da sua óbvia existência.

Consideremo-lo mesmo assim, louvando os seus méritos na simples medida em que não é pensável, nem crível, um sistema democrático que não autonomizasse o judiciário, tornando-o independente do poder político *strictu sensu*, ou seja, do legislativo ou executivo¹.

Atente-se que ao judiciário compete a fiscalização dos restantes sectores de exercício do poder e nele reside a garantia última do cumprimento e cabal exercício do direito dos cidadãos, sendo por isso necessária a sua automização nos modelos de arquitecturas constitucionais dos Estados de Direito aqui em análise. Esta tarefa não se poderia levar a cabo sem autonomia e independência do respectivo exercício do poder ao judiciário conferido.

Temos portanto um judiciário separado e, mais, independente dos restantes poderes do Estado.

E consideremos esta independência condição *sine qua non* da democracia, pela razão simples de que não conseguimos conceber a solução contrária, ou seja, um judiciário dependente de algum dos restantes poderes.

Independência, contudo, esclareça-se porque claramente é matéria controvertida, não significa mais do que independência dos restantes exercícios do poder soberano.

O exercício do judiciário é independente do do legislativo ou do executivo, mas não é “independente” do soberano, antes pelo contrário, é dele dependente.

¹ O caso norte-americano, com as nomeações presidenciais, dos juízes federais e do supremo, não prefigura um caso de dependência, dado a complexa teia de *checks and balances* e as nomeações vitalícias.

E para isto basta remetermos para o glossário supra.

Ou seja, o judiciário é parte do poder do soberano, esse uno e indivisível na sua substância, delegado autonomamente naqueles que o exercem em nome dele.

E só e apenas por isto ele carece de legitimação. Tal como só é apenas por isso ele carece de separação.

Se não fosse separado, autonomizado, independente de outros exercícios, então a sua legitimação estava implícita na legitimação dos outros. Sendo separado, autónomo, independente, carece obviamente da sua própria legitimação, do seu próprio processo legitimador, seja ele qual for, como de seguida veremos.

Convém contudo não esquecer que, em Montesquieu, “o objectivo da separação dos poderes era o de evitar o despotismo, e não o de atingir um governo harmonioso” (Kissinger, 1996:pág.15).

Assim, exactamente, o judiciário está independente do político *strictu sensu* para o limitar.

Não significando, esclareça-se também, que a separação e a independência recíproca sejam “assépticas” e “castas”, sem qualquer penetração ou contaminação mútuas. Não são, nem podem ser. Importante é que o sejam na essência. Aliás, a contaminação e a penetração mútuas funcionam, ou podem funcionar, como uma complexa e eficiente rede de *checks and balances*, profícua para a prossecução do objectivo da recíproca limitação.

O que tudo isto significa – e releva para o nosso estudo – é que mais se impõe a necessidade legitimadora.

Vimos já dois exemplos, de sentido inverso, ilustrativos desta penetração: os impropriamente chamados processos de jurisdição voluntária, gratuitos, sem lide, de natureza verdadeiramente administrativa, incumbida ao judiciário e, por outro lado, a

desjudicialização de boa parte da decisão contra-ordenacional, que se situa entre o direito administrativo e o penal.

A quebra do “mito” (Rangel, 2001:111) da separação e independência “assépticas” não são justificção de ausência legitimadora – aliás, a serem, porque seriam só no judiciário? – bem antes pelo contrário: um poder que tem o poder de exercer parcelas do outro poder, ainda mais legitimado tem que ser.

3.2.2. O juiz “boca da lei”

Embora hoje praticamente afastado, submerso na avassaladora onda que a própria realidade impôs, o modelo de juiz funcionário, ou “boca da lei”, na expressão montesquiviana, expressa em “O Espírito das Leis” (“a boca que pronuncia as palavras da lei”) merece algumas considerações ligeiras, quanto mais não seja pela influência histórica que o modelo teve e, até, pelo lastro que ainda hoje derrama em muitas soluções vigentes.

Por entender que ao juiz competia apenas aplicar mecanicamente a lei, Montesquieu pouca atenção dedicou à organização do poder judiciário.

Contudo, esta aplicação mecânica da lei, do “silogismo judiciário”, revelou-se um mito. Foi-o, desde sempre, mas só o decurso do tempo lhe destapou a natureza ideológica e, mais, a total incongruência. Os juízes são intérpretes e criadores do direito e, como vimos, protagonistas do poder político.

A complexidade da vida das unidades de altas culturas é incontornável com um modelo de simples silogismo da justiça. A prática diária, multivariadíssima, impede que em todas e cada situação se aplique o silogismo, antes pelo contrário, força a que seja deixada à jurisdição uma latitude vasta de intervenção, reforçada cada vez mais pelo processo de “politização” social, pela expansão da sociedade de massas, pela complexidade dos direitos dos cidadãos que é suposto garantir-se.

“A noção de que a decisão judicial é amplamente criadora e verdadeiramente constitutiva é uma afirmação que pode hoje fazer-se pacificamente (sem ter sequer de acolher os excessos de algumas correntes da metodologia jurídica). Basta recordar, na verdade, que, por força da introdução do controlo concreto da constitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento, o juiz comum é hoje também o «algoz» da lei. E, ao recordar isto, logo se toma consciência de que a actividade jurisdicional está longe de poder ser percebida como uma actividade meramente executiva” (Rangel, 2001:15,16).

Reconheça-se que, se o juiz fosse um mero funcionário administrativo encarregue de aplicar “asépticamente” a lei, obviamente não careceria de legitimação. A legitimidade residiria na própria lei. Mas, simplesmente, não é assim e, pelo contrário, exerce um vasto poder de natureza política. Pelo que carece de legitimidade para tal, como melhor continuaremos a ver.

“Mas, se o juiz pode escolher entre alternativas, a sua decisão converte-se em fonte de incerteza para quem chega a ter contacto com ele. Ao actuar assim, o juiz consegue poder, que é poder político” (Guarnieri e Poderzoli, 1999:136).

3.2.3. Necessidade de legitimação do judiciário

De tudo o que fica exposto ressalta a necessidade de legitimação do exercício do poder judiciário, do mesmo modo – e pelas mesmas razões – que qualquer outro exercício de poder político, no caso até de poder político soberano (o cume do poder político).

Convenhamos que neste ponto estamos com a amplíssima maioria da doutrina, senão mesmo com a totalidade da doutrina de referência; ninguém discorda de que o exercício do poder judiciário, tal como até aqui o delineamos, carece de legitimação para que se possa considerar democrático.

Diferente, de todo, é apurar da intensidade dessa legitimação, sendo que, verdadeiramente, posições há que, defendendo embora a legitimação, a procuram por

vias tão ínvias e de forma tão ténue que dificilmente, a meu ver, se lhes pode chamar verdadeiras vias legitimadoras.

Cuidemos então agora propriamente do centro do problema.

3.3. Legitimação directa e legitimação indirecta

a) Estamos, não é demais repeti-lo, no marco da democracia representativa. Na verdade, na democracia directa – que verdadeiramente não existe nas UPR's¹ objecto deste estudo – a legitimação não existe, exactamente porque não existe representação. A representação implica a delegação de exercício de poder, logo a legitimação desse processo de delegação.

b) Assim, a legitimação do exercício de um poder na democracia representativa pode ser directa ou indirecta.

Directa será aquela em que os mandatários (representantes) são directamente escolhidos pelos mandantes (representado) e aqueles exercem o poder que aos outros pertence e estão para tanto legitimados pela conferência do mandato.

Aplicado ao caso que nos interessa – o poder político, o estado, o povo – falamos obviamente de processos eleitorais com as características (procedimentos) que todos conhecemos: a liberdade de associação, de expressão, campanhas eleitorais, prazos pré-estabelecidos, princípio um homem – um voto, voto secreto, sufrágio universal e directo, etc. Não é sobre procedimentos democráticos que me vou debruçar. Vamos assumi-los com o alcance até aqui definido.

É o caso dos parlamentos, de muitos chefes de estado e de outros órgãos de soberania.

¹ Unidades Políticas Relevantes

É o caso, em Portugal, do Chefe de Estado e do Parlamento.

Indirecta será aquela via legitimadora que interpõe entre quem exerce o poder (mandatários) e quem o detém (mandantes) outros mandantes, eles próprios directamente eleitos ou não.

É o caso, entre nós, do Governo, bem como de quase todos os governos¹ das outras UPR's da zona em estudo.

Enquanto a via directa de legitimação não oferece duvidas quanto à sua intensidade (forte), as vias indirectas podem chegar ao ponto de ter sucessivos graus de interposição ou, até, de simplesmente resultarem não da escolha de mandatários, em momento algum, mas apenas da lei elaborada por mandatários ou directamente votada.

Temos assim o caso da chamada legitimação do judiciário por via da Constituição elaborada por uma assembleia constituinte ou – como entre nós aconteceu com a Constituição de 1933 – directamente plebiscitada.

A análise detalhada das vias legitimadoras indirectas é extensíssima e não pode ser tratada aqui.

Interessa contudo entrar na questão da intensidade das vias legitimadoras indirectas.

c) Sendo sempre mais ténue do que a legitimação directa, a legitimação indirecta pode contudo ser suficientemente forte para credibilizar o exercício dum poder político.

Com dificuldade se negaria essa credibilidade aos governos saídos dos parlamentos.

Mas atente-se que, mesmo nestes casos, entende-se que a intensidade da legitimação deverá ser acrescida pelo facto do primeiro-ministro ser a pessoa que como tal aparece candidato.

O que já não se poderá dizer é que a via legitimadora do exercício do poder político de soberania possa ser tão ténue e indirecta que não represente, de todo em todo, o

¹ Não é o caso, p.e., do governo dos EUA, que é um gabinete escolhido (e não eleito) pelo Presidente eleito, ele também indirectamente.

soberano, nele se não possa verdadeiramente dizer que se revê e seja necessário proceder a exercícios elaborados para encontrar o rasto da legitimação.

d) Assim, defender a legitimação do judiciário por via da Constituição é mais ou menos o mesmo que admitir que, em Portugal, v.g., o consulado do Estado Novo se legitimou com o plebiscito da Constituição de 1933.

Evidentemente que não se legitimou, pese embora ser provavelmente verdadeiro que, no momento do plebiscito, a Constituição de 1933 correspondeu à vontade do colégio e da amplíssima maioria dos portugueses.

Este exemplo é suficiente para se compreender que a legitimação tem que estar submetida a um período de validade.

De facto, entender que os juizes (entenda-se o exercício do poder judiciário) “gozam de um indiscutível legitimação democrática, pese embora não sejam eleitos pelo povo nem pelo parlamento, precisamente porque assim o quis esse mesmo povo (...) ao votar livremente a Constituição” (Castán, 1989:29) não deixa de ser verdade, mas relativamente ao momento concreto em que os deputados constituintes formatam a Constituição. O que não pode justificar décadas posteriores de um sistema que, apesar de indirectamente legitimado na sua origem, não é de ele próprio especificamente submetido a novos escrutínios.

Assim, mais legitimadora foi a via utilizada em Portugal no plebiscito da Constituição 1933, que foi ela própria submetida ao escrutínio directo do povo, a cuja vontade indiscutivelmente correspondia naquele momento. Quem terá coragem de dizer que ficou assim legitimado o Estado Novo?

Quando o Partido Nazi e o seu *fuhrer* ganharam as eleições na Alemanha, também em 1933, o governo correspondeu efectivamente à vontade dos alemães nesse momento: e quem terá coragem de dizer que ficou assim legitimado o III Reich?

e) A legitimação tem, portanto, que ser periódica e frequente. Não pode, evidentemente, perdurar indefinidamente.

Embora não se possa dizer que há uma regra para a frequência do processo, para a duração do intervalo, e embora as nossas UPR's tenham períodos assaz diferentes *de jure constituto* – o PR francês 7 anos, as autarquias portuguesas 4 anos – parece geralmente aceite a existência de períodos relativamente curtos e parece evidente uma tendência para o encurtamento do intervalo, em consonância aliás com uma inegável tendência para o aprofundamento, pelo menos formal, da democracia.

Assim, não se poderá considerar legitimado o exercício dum poder político, ainda que directamente legitimado¹ *ab initio*, que não seja sujeito a re-legitimações periódicas certas e pré-definidas.

O que afasta a possibilidade de considerar legítimo aquele judiciário que se funda, exclusivamente, na legitimação por via da formatação constitucional, realizada algures no tempo, indirectamente e apenas modelarmente.

Dizer que o exercício do poder judiciário português está legitimado porque os deputados constituintes de 1976 instituíram um quadro modelar constitucional nesse ano e, daí para diante, tendencialmente *ad eternum*, pelo menos indefinidamente, a legitimação se vai mantendo porque o quadro não é alterado, é evidentemente fugir à questão e tentar justificar não a legitimidade do judiciário daí resultante, mas antes a ausência dela. É um pretexto, normalmente de raiz corporativa.

A frequência dos procedimentos de legitimação é a própria legitimação. A legitimação não existe se não se exercer com regularidade e frequência. Sendo os procedimentos parte essencial da legitimação, a periodicidade da renovação legitimatória é parte essencial desses procedimentos. Não há legitimações eternas, antes pelo contrário, as legitimações de pretensa longa duração são exactamente tentativas de

¹ Muito menos ainda se indirectamente.

fuga à legitimação. E a duração dum processo de legitimação deverá ser tão curta quanto possível, de modo a permitir um mais adequado ajustamento entre a vontade do soberano e a formação do poder, na linha do que já foi expendido.

A este propósito recordo uma afirmação de Gomes Canotilho que afirmava perante um auditório especializado que “devemos ter a serenidade bastante para reconhecer que o excesso de argumentação em torno desta legitimação legal serve, a maior parte das vezes, para afastar *in limine* qualquer ideia de legitimação eleitoral ou qualquer sugestão de responsabilidade política do poder judicial” (Canotilho, 1999:197).

f) Aliás, regularidade e frequência, tanto quanto possível, no quadro da democracia representativa, sendo que a ideia que deve presidir à democracia representativa é que ela só se emprega porque a democracia directa não é possível. Ou seja, a democracia representativa constitui em si um *deficit* democrático por natureza, uma vez que pretende apenas remediar a impossibilidade prática de aplicação da democracia directa e deve, portanto e tanto quanto possível, aproximar-se dela.

g) Hoje, com as chamadas novas tecnologias, designadamente a possibilidade fiável do tele-voto, abre-se pela primeira vez a possibilidade de aproximar exponencialmente a democracia representativa da democracia directa, tornando possível consultas assíduas ao soberano, apertando o intervalo dos processos de legitimação, tanto sincrónica como diacronicamente, intensiva e extensivamente, no tempo e no modo, acelerando a progressão.

h) E se, como vimos, democracia é a vontade do povo, dificilmente se pode, no actual estado de desenvolvimento das relações sociais, defender vias de legitimação ao arrepio da radicalização democrática em curso. Sobretudo quando começa a ser tão simples apurar o sentido dessa vontade.

Com muita dificuldade se parará este processo.

i) Ficam assim completamente desajustadas as vias legitimadoras indirectas de fraca intensidade, cuja intenção cada vez mais parece apenas ser uma tentativa de obstaculizar¹ e desacelerar um processo de radicalização democrática em prol de soluções de cariz corporativo.

É o caso da teoria da fundamentação da decisão judicial como via de legitimação do judiciário, esta ainda mais sinuosa do que a teoria da legitimação através da constituição.

Com alguma ressonância nos meios das magistraturas – o que, caso vimos, se compreende – esta teoria vai contudo buscar algum suporte teórico a proeminentes universitários (poucos, esclareça-se), o que leva a que seja necessário referi-la.

Consiste, em traços sintetizados, a referida teoria em assumir que a fundamentação das decisões dos tribunais, de modo metódico e cumprindo as regras do silogismo judiciário (enunciando os factos provados de entre aqueles que foram trazidos a juízo, o direito aplicável e a decisão resultante do cruzamento) é uma via legitimadora do poder judiciário, ao permitir às partes litigantes e à sociedade conhecerem as razões em que tais decisões se baseiam, fazendo com que “todo aquele que emprega contra os membros da sociedade a força que a sociedade lhe confiou deva dar-lhe conta das razões que o determinam” (Silva, 1996:23).

Facilmente se compreende que a fundamentação da decisão judicial, em si, é um importante método de controlo do exercício de poder judiciário (*checks and balances*) e, consequentemente, de limitação respectiva desse mesmo exercício, mas não é, de todo em todo, uma via de legitimação. Com efeito, e nas próprias palavras de Germano Marques da Silva, a legitimação estaria no processo de confiança, pela sociedade, do poder exercido na prolação da decisão. Nunca, evidentemente, na sua simples fundamentação.

¹ Perdoe-se o neologismo, mas neste caso acho que é enriquecedor e deve ser recebido. A alternativa obriga à utilização de duas palavras.

Trata-se de realidades distintas: uma de controlo e limitação do exercício do poder, outra de legitimação desse mesmo poder. A confusão conceptual é óbvia.

A legitimação, como vimos, é o processo através do qual o soberano, formando livre e conscientemente a sua vontade, consente livremente, através de procedimentos livremente pré-estabelecidos, na delegação duma parcela específica do seu poder para ser exercida de um modo específico pelos mandatários que escolhe directa ou indirectamente.

Ora, como parece resultar evidente, a fundamentação das decisões judiciais nada tem a ver com este processo, antes e apenas com o controlo – o auto- controlo como bem refere o autor citado (pág. 24) – e a limitação do poder.

O conhecimento pela sociedade dos fundamentos da decisão só será relevante para o exercício da censura popular. E essa processa-se, como vimos, por outra via. De nada serviria tomar a sociedade conhecimento de que um juiz em concreto pronunciava más decisões, não era “neutral política e socialmente”, nem “imparcial” nem cumpridor da lei (pág. 21), se nada puder fazer para corrigir tal desvio.

Posição diferente têm aqueles que reportam à fundamentação da decisão e à sua motivação, um papel de “comprovação da legitimidade do juiz e requisito indispensável para o controlo do poder judicial” (Castán, 1989:36) embora, mesmo neste caso mais moderado, fique ainda igualmente por responder qual a relação entre a motivação da decisão e a “comprovação da legitimidade”.

Atentemos finalmente no seguinte exemplo: se o primeiro-ministro e os ministros de um governo de qualquer UPR da zona que estudamos forem obrigados – como aliás são, na perspectiva da regulamentação administrativa – a fundamentar e a motivar as suas decisões, minuciosa e silogisticamente, em obediência à lei, passarão por isso a estar legitimados?

Ninguém teria coragem de o defender. A legitimidade dos executivos advém-lhes do processo electivo, directo ou indirecto (através dos parlamentos) e não da fundamentação das decisões, a qual existe como método de controlo e limitação do poder que exercem e apenas por isso. São realidades distintas.

j) A legitimação pela submissão do juiz à lei e pela independência judicial, que muito tem sido proposta (Castán, 1989; Sendra, 1978; Gonzalez-Cuellar, 1989, etc.) não é mais do que, por um lado, uma deriva da já analisada legitimação por via da Constituição (e obviamente de mais fraca intensidade) como, sobretudo, por outro lado, pressupõe que o juiz seja “ a boca que pronuncia as palavras da lei”, sem a função criadora de integração e interpretação do direito que também analisámos.

Finalmente, a submissão à lei não constitui em si uma via de legitimação, pelas razões aduzidas na alínea anterior, mas apenas, evidentemente, um método de controlo e limitação do exercício dum importantíssimo poder. E, repitamo-lo, o que nós cuidamos é de legitimar o exercício desse poder, e não apenas de controlá-lo e limitá-lo. E, neste estudo, apenas a legitimação nos interessa. A legitimidade não se atinge pela legalidade, a qual é apenas, e quando muito, um sistema de procedimentos de controlo e limitação. A legitimidade é um valor em si.

Analisar mais profundamente esta parte seria repetir o que já foi dito.

A eufemisticamente chamada “legitimidade de exercício” (Gonzalez-Cuellar, 1989, por todos) não é legitimidade alguma, mas apenas e também controlo e limitação de exercício de poder. A legitimidade, como se vê, ou é de origem, ou simplesmente não é legitimidade.

k) Analisemos agora, as legitimidades indirectas através dos conselhos superiores das magistraturas, um dos sistemas mais em voga nas UPR's da zona em estudo, hoje aplicado em quase todos os países europeus da União.

Comecemos por referir que, neste caso, se trata já duma incipiente via legitimadora indirecta, embora, como veremos, de fraca intensidade e mista, ou seja, confundindo parcialmente, mais uma vez, legitimação com limitação.

Este movimento, acentuado nas últimas décadas do século passado, veio, claramente, utilizar nas UPR's da nossa zona, sobretudo do continente europeu, depois alastrado aos latino-americanos, a cultura de “ausência de contacto directo dos juizes com as fontes de vontade popular” (Guerra, 1997:70).

As razões subjacentes a este movimento não são difíceis de descortinar: trata-se de, timidamente, ir dando corpo à pressão de democratização dos poderes políticos por parte das modernas sociedades, sem contudo pôr em causa o paradigma dominante de “ausência de controlo directo”, no que ao judiciário diz respeito. Assim, alguns dos seus defensores vêm fazendo concessões nas suas composições, aceitando timidamente “a participação do poder legislativo, pois a menor legitimação do judicial na sua origem torna iniludível a designação de determinado número de indivíduos do organismo que tenha que regê-lo por um poder que emane directamente do povo, escolhendo-os fora dos próprios legisladores”¹ (Rivacoba, 2000:184). Este movimento, como já vimos, e a final tornaremos a ver, continuará seguramente a acentuar-se e desembocará, inevitavelmente, em soluções de mais forte intensidade legitimadora.

Embora os conselhos das magistraturas tenham nascido – e se mantenham – como órgãos de auto-governo das magistraturas, têm vindo a ser “aproveitados”, através da introdução, maioritária ou minoritária, de representantes eleitos pelos parlamentos, como meio de legitimação de um poder ilegitimado.

Sendo, sem dúvida, um “avanço no que respeita à legitimação do poder judicial” (Guerra:1997:73), não deixam de ser, mesmo na boca dos defensores do sistema, “uma alternativa débil, frente à eleição por sufrágio popular” (id.).

¹ Destaque meu.

Os vários modelos existentes – e são variadíssimos e em permanente mutação – subsumem-se, grosso modo, à presença de representantes eleitos pelos parlamentos, em maioria ou em minoria, acompanhados por juízes de carreira eleitos normalmente pelos seus pares.

Como salta à vista, a legitimação daqui derivada não pode ser considerada mais do que “débil” ou de fraca intensidade. O modelo tem-se espalhado pela América Latina e pela Europa Central e Oriental, mais recentemente, tornando-se uma autêntica moda, pelo que convém analisá-lo com algum detalhe. Em primeiro lugar, refere-se que os modelos de presença maioritária de juízes nem sequer podem ser consideradas de natureza legitimadora, pelo que me debruço apenas sobre aqueles que têm a presença total ou maioritária de membros eleitos ou designados pelos parlamentos, por qualquer outro órgão de soberania ou até por eleições directas.

O primeiro *deficit* do modelo consiste no facto de o conselhos das magistraturas deterem sobre os magistrados apenas um poder administrativo e disciplinar. Ou seja, o verdadeiro poder político, conforme o definimos, continua a residir em cada magistrado (sobretudo juiz) e não nos conselhos, pelo que, mais uma vez, apenas se institucionaliza, por esta via, um controlo e uma limitação do poder do magistrado e não uma via de legitimação do poder de origem, como é bom de ver. O segundo *deficit* do modelo consiste na “mediação”: os parlamentos escolhem representantes, que normalmente nem sequer são membros do parlamento, misturam-nos com representantes designados por outros órgãos de soberania – o Chefe de Estado, p. ex. – e deixam uma “minoría máxima” de magistrados, sendo que na maior parte dos casos é a um magistrado que cabe a presidência do órgão e, em muitos casos, entre os representantes ou designados pelos órgãos de soberania, há uma importante limitação de escolha, devendo os mesmos ser magistrados.

O terceiro – e gravíssimo – *deficit* do modelo consiste no modo secreto como se desenrola a actividade destes conselhos, longe da censura e do escrutínio popular, e sem qualquer possibilidade de recurso.

Muitos outros *deficits* poderiam ser apontados, dependendo das idiossincrasias de cada modelo, mas esse não é o objectivo deste trabalho.

Como se torna evidente, a legitimação daqui derivada é de muito fraca intensidade e, verdadeiramente, trata-se mais dum método de *checks and balances* do que propriamente duma via legitimadora.

O único vislumbre de legitimação consiste na presença de representantes de órgãos de soberania eleitos, num conselho com algum poder sobre a organização e funcionamento do judiciário. Nada mais. O que é manifestamente pouco. Acrescendo ainda que a prática de quase todos os modelos e a sua cultura dominante está profundamente impregnada dos vícios corporativos das magistraturas, sendo que os representantes eleitos deixam a gestão diária dos conselhos a órgãos permanentes exclusivamente, ou quase exclusivamente, constituídos por magistrados (Magalhães, 2000).

D) Analisemos agora a primeira via verdadeiramente legitimadora com alguma utilização nas UPR's do estudo, a da eleição dos juízes e outros magistrados.

Trata-se efectivamente dum método de legitimação directo, de forte intensidade, à primeira vista de segundo grau de intensidade (uma vez que o primeiro grau terá que ser sempre reservado ao exercício directo pelo soberano do seu poder originário, como vimos), desde que se trate de eleições conformes ao que definimos no glossário introdutivo deste estudo – sufrágio universal, secreto, directo, livremente desenrolado, com procedimentos democráticos, democrática e previamente instituídos, permitindo tanto quanto possível quer a livre formação da vontade, quer a sua livre expressão no processo de prestação do consentimento e de conferência do mandato, etc. A este nível

de intensidade legitimatória acresce, no modelo em causa, o facto de se tratar as eleições unipessoais, em que o candidato dá a cara e o programa directamente perante o soberano, sujeitando-se à sua censura e ao seu escrutínio, quer durante o exercício do mandato, quer no seu termo, em eventual novo processo eleitoral.

A legitimidade resultante dum juiz assim eleito é de tal modo intensa que o mandatário gozará, evidentemente, dum muito elevado grau de independência, de força e de prestígio político e será, sem dúvida, um administrador da justiça em nome do povo. Afinal, como vimos e como continuaremos a ver ao longo do trabalho, só ao povo pode interessar que se faça justiça – a sua justiça – e a realização da justiça só faz sentido em consonância com a vontade e o sentido dominantes, materialmente constituídos em cada formação social, dessa mesma justiça de entre o soberano. Outra qualquer formula será necessariamente não democrática.

Antes de entrarmos propriamente na análise dos *deficits* apontados a esta via de legitimação – a mais importante de entre todas as que se praticam – façamos uma breve incursão na sua história.

A via legitimatória de eleição de juizes, não sendo seguramente a mais antiga forma de administração de justiça, uma vez que as sociedades humanas primitivas exerceram naturalmente a justiça popular e directa, como é ainda hoje visível entre os restos de sociedades primitivas chegados até nós, ou até muito perto do nosso tempo, como entre as tribos das sociedades americanas do norte e do sul do continente (uma vez que a região meso-americana estava já no séc. XVI num grau de desenvolvimento social correspondente à existência de classes sociais e à formação do Estado) é, contudo, uma via muito anterior, mais do que vulgarmente se pensa, à revolução americana e à revolução francesa¹.

¹ Ver a propósito dos sistemas legais das sociedades primitivas, o artigo de E. A. Hoebel e E. Frost, com um interessante estudo comparado dos exemplos esquimó, comanche, ifugao, nuer e ashanti, in “Antropologia Cultural e Social”, 1921 ou o estudo de Colin Turnbull “Waynard Servants”, 1996, sobre os pigmeus Mbuti.

O modelo electivo suíço, ainda hoje sólido e vigente, embora por vezes indirecto (através dos parlamentos ou de colégios de magistrados) é fundamentalmente directo e baseia-se em antiquíssimas práticas dificilmente localizáveis no tempo (Anex-Cabanis, 1999).

Entre os gregos, no período da antiguidade clássica, vários modelos electivos são encontrados, à frente dos quais a Helieia ateniense a que nos referiremos adiante. E os exemplos poderiam multiplicar-se. Juízes eleitos são referidos na *Ilíada* de Homero, em Aristóteles, etc.

O modelo electivo é, evidentemente, muito antigo, mas a sua análise não é o objecto deste trabalho.

Reconheça-se, contudo, que o modelo, tal como hoje o concebemos, modernamente, vai buscar as suas mais directas raízes à Revolução Francesa e à sua exportação americana, tendo vigorado em França entre 1790 e 1802 – onde aliás ainda hoje deixa rastros¹ (Métairie, 1999) – tendo fugaz retorno na Comuna de Paris e, depois disso, sendo de novo proclamado pela Câmara de Deputados, sob a III República, de novo também fatuamente, para desaparecer sob o fulgor republicano, logo em 1883 (Poumarède, 1999).

Nos EUA, país onde o modelo é mais reconhecido, iniciou-se apenas em 1832, no Mississipi, quase meio século depois da revolução americana (Mayali, 1999) para nunca mais sair e para se expandir à grande maioria dos estados federados da actualidade.

Na União Soviética, com as limitações da própria natureza do regime, vigorou enquanto este durou.

Apesar da existência de outros exemplos de fraco impacto, podemos resumir que, à excepção do modelo americano, a eleição dos juízes, como via de legitimação do judiciário, mantém pouca expressão na actualidade.

¹ Os tribunais de comércio, p.e. (Hilaire, 1999).

Apesar disso, continua a ser alvo duma chuva de críticas e a ser exorcizada pela maioria da doutrina, à cabeça da qual, compreensivelmente, como já vimos, militam as corporações das magistraturas, sempre receosas de virem a perder um poder que adquiriram “de bandeja” e que não querem, de todo em todo, alienar, vendo-se forçadas a submetê-lo ao crivo censório e legitimador do escrutínio do soberano. A discrepância entre a pequena expressão do modelo electivo actual (agora perdido também com a ruína soviética) e a enorme expressão da produção doutrinária anti-electiva, tem uma explicação simples: as tendências da expansão e aprofundamento da democracia prenunciam claramente a tendência do futuro, a saber, a submissão do judiciário à mais fundamental das regras da democracia – a legitimação de forte intensidade, *maxime*, a eleição.

Trata-se, no fundo, de tentar prevenir, ou pelo menos retardar, o que contudo se mostra inevitável.

Analiseemos de seguida os mais utilizados argumentos anti-electivos, antes de finalizarmos com a nossa própria crítica ao modelo.

O primeiro de entre os argumentos utilizados pelos críticos do modelo electivo (directo, subentenda-se) é o que o exorciza, em resumo, com fundamento “na falta de independência do juiz eleito face à «máquina eleitoral» que o levou ao cargo” (Grande, 1993:107).

Por mais que se gire em torno desta questão, pouco mais se encontrará, no campo da crítica do modelo, do que este argumento ou seus sucedâneos, chegando-se a fundamentar o rechaçamento do modelo com um argumento *a contrario*: nem todos os que “exercem funções públicas têm que ser designados mediante sufrágio universal livre e secreto” (Grande, 1993:110). Por vezes, o argumento é simples apostrofação: “sustentar outra coisa seria cair em cheio nas tentações de jacobinismo parlamentar amplamente denunciadas pela nossa doutrina” (Castán, 1986:106).

Entremos na crítica do argumento.

E a primeira razão que assalta o espírito mais desprevenido é a de que, a ser verdadeira a crítica, então também seria verdadeira para toda a democracia em si. Na maioria das UPR's da zona em estudo, à excepção das monarquias e outros casos isolados como a Suíça, as chefias do Estado são entregues a presidentes da república, pelo que também eles, ao serem eleitos por sufrágio universal e directo, ficariam reféns da “máquina eleitoral” ou da “lógica partidária”.

A menos que se entenda que um presidente da república é menos importante do que um juiz, não se compreende a lógica da crítica.

Não serve também, aqui, a resposta consistente na diferente natureza dos órgãos e nas funções finalizadoras e de garantia dos direitos atribuídos ao judiciário. Na verdade, funções de fiscalização, controle, garantia de direitos, etc., também as tem um presidente da república.

A verdade é que, nem um PR fica refém da referida “máquina”, nem, ainda que hipoteticamente o ficasse, essa “lógica partidária” teria que ser necessariamente aplicável aos processos electivos do judiciário, como bem o demonstra o sistema norte-americano, designadamente através do princípio da inamovibilidade como garantia de independência. Recriminar a “aproximação à sociedade e à política” porque põe “em perigo a independência judicial “ (López, 1994:23), é exactamente o contrário daquilo que se deve pedir do exercício do poder judicial.

A crítica, portanto, é no fundo uma crítica à democracia, a qual, evidentemente, tem alguma “lógica partidária”, uma vez que os partidos políticos são um modo “natural” de os cidadãos se agruparem em famílias programáticas e ideológicas, sem que contudo essa seja, obrigatoriamente, a única via de intervenção, ou sequer uma via obrigatória.

Aliás, o movimento de aprofundamento da democracia a que já nos temos referido, verdadeira tendência nas UPR's em estudo, tem conduzido ao afastamento das regras

partidocráticas e à sua substituição por regras flexibilizantes da participação política e eleitoral, como aconteceu recentemente em Portugal com o fim do monopólio partidário das candidaturas autárquicas e como seguramente acontecerá em breve com o último reduto monopolista nas candidaturas parlamentares.

Atente-se, finalmente, que não é por um argumento ser muitas vezes repetido que se reforça a sua validade. Este é disso um exemplo. A sua fragilidade – e natureza anti-democrática – são patentes, e contudo não pára de ser repetido.

A nosso ver, contudo, enferma o modelo de um notório *deficit* democrático, esse sim de inultrapassável qualidade, que o inquina decisivamente, no plano teórico, embora no plano prático o modelo constitua indubitavelmente uma via de legitimação de forte intensidade, em função do grau de desenvolvimento actual das relações políticas e sociais. Ou seja, o modelo constitui, face ao estado de desenvolvimento democrático das UPR's em estudo, um importante reforço de legitimação e aprofundamento da democracia, mas está, à nascença, infectado por um *deficit* inultrapassável.

Tal *deficit* consiste no facto de o modelo pressupor que os elementos elegíveis não são todo o colégio, mas apenas uma parte ínfima dele, os técnicos juristas em determinadas condições (e nem sequer todos estes), chegando mesmo a haver quem proponha que o próprio colégio eleitoral seja composto apenas por juristas, e com determinadas qualificações, (Bica, 1990) o que é constitui um duplo *deficit* democrático e é evidentemente inaceitável.

Na realidade, é praticamente impossível (o termo é empregue na sua verdadeira dimensão), nas sociedades a que nos reportamos, de altas culturas e elevadíssimo grau de complexidade, entregar a função jurisdicional a juízes leigos, salvo vários níveis de menor importância, como os juízes de paz. “O exercício do poder de julgar não pode, nas complexas sociedades modernas, ser exercido por pessoas que não disponham de

preparação técnica que lhes permita conhecer o ordenamento jurídico e fazer a sua melhor interpretação” (Bica, 1990:9).

Defender o contrário seria o mesmo que defender que o exercício da medicina poderia ser entregue a leigos.

Terá que ser entregue a técnicos qualificados e experientes.

Mas, este simples facto restringe de tal modo o universo dos elegíveis – e restringe-o, ainda por cima, subjectivamente – que subverte um princípio democrático fundamental, a saber; o de que o universo dos elegíveis deve coincidir com o dos eleitores, salvo restrições objectivas de qualificação etária (v.g. a idade qualificada das chefias de Estado) ou subjectivas raríssimas (perda dos direitos políticos, naturalidade do próprio país).

Veja-se, por exemplo, que em Portugal não haveria mais do que 20.000 pessoas capazes de ser eleitas, num colégio eleitoral de perto de 8 milhões de pessoas.

Este é o verdadeiro *deficit* do modelo. É incompreensível que a atribuição do exercício dum poder político da magnitude do judiciário só possa ser conferida a tão reduzido número de pessoas. Este simples facto subverte a natureza democrática do modelo. A liberdade de escolha fica seriamente danificada, com tal amplitude que lhe altera a qualidade e a natureza.

Curiosamente – ou talvez não – esta crítica não se escuta na pena da doutrina. A forma, a nosso ver, de ultrapassar o problema é desenvolvida abaixo.

m) Uma outra via legitimadora da função jurisdicional (e consequentemente do poder judiciário, com a dimensão que lhe demos) é a presença obrigatória do júri no tribunal. Analisemo-la agora.

Convém em primeiro lugar esclarecer que há inúmeras formas legais diferentes de colocar o júri no tribunal, desde a norte-americana, que a este propósito podemos

considerar paradigmática, até, v.g., a portuguesa, tímida, não obrigatória e de diminuto número de jurados.

A nossa análise reter-se-á sobre o modelo norte-americano, de todos o mais conhecido e sem dúvida o mais intenso, de tipo puro e não misto ou escabinato, como os modelos europeus.

A presença dos jurados no tribunal é uma verdadeira via legitimadora do judiciário, e de forte intensidade, uma vez que a decisão jurisdicional concreta, essência ou núcleo duro do poder judiciário, compete a uma amostra aleatória do soberano e não já a um só juiz togado, ele próprio falho de legitimação para o exercício desse poder. “Através do jurado, é o povo quem julga os seus concidadãos, são os verdadeiros interesses da sociedade que estão representados na sala de audiências; e o seu veredicto, pronunciado, nunca melhor em nome do povo, contribui para fazer compreender a justiça aos seus usuários e ao conjunto da cidadania” (Bandrés, 1987:53).

Sendo, sem dúvida, um reforço de legitimação de forte intensidade que permite a vantagem não despicienda de manter nas mãos de técnicos os aspectos técnico-processuais complexos e a decisão concreta (onde verdadeiramente reside o poder) nas mãos dos representantes do soberano, esta via padece, contudo, de um inultrapassável *deficit* de origem: os jurados não são – nem podem ser – eleitos. Ou seja, o júri, sendo efectivamente uma amostra aleatória do soberano, não é verdadeiramente um representante do povo, uma vez que não é resultado dum processo electivo, directo ou indirecto. Assim, por maior que seja o número de jurados – e quanto maior obviamente mais legítimo, à maneira do Grande Jurí norte-americano – o pecado original não desaparece. Ao júri falta a submissão à censura popular.

Sendo inultrapassável, este *deficit*, dada a completa indisponibilidade de eleger jurados para cada processo concreto – e recordamos que o júri terá que ser obrigatório para ter validade sob este prisma – cujo elevado número se mede em centenas de

audiências diárias num pequeno país como Portugal, e apesar das suas indicadas vantagens, a verdade é que, em si, a via peca da apontada deficiência.

O mesmo se teria que concluir da presença de juízes leigos no tribunal, cuja finalidade redundante, *mutatis mutandis*, no mesmo que o júri misto. Este modelo de tribunal escabinato, tem algumas aplicações práticas na actualidade, como p.e. na jurisdição militar brasileira.

n) Não me vou debruçar sobre modelos que não são, em si, vias de legitimação do exercício do judiciário, mas antes, como já vimos, modelos de controlo, em equilíbrio ou separação do poder, tais como a inamovibilidade dos magistrados (garantia inequívoca da sua independência), a existência ou não de magistrados de carreira, a tão defendida “legitimação” por via da admissão à carreira, que verdadeiramente nem sequer uma via de controlo se pode dizer que seja, quanto mais de legitimação, mas antes um “passe mágico de transmutação de jovens escolares em órgãos de soberania” (Canotilho, 1999:200), que aliás, com o passar dos tempos e a consolidação das práticas corporativas, se estão a transformar numa verdadeira via iniciática¹ de acesso à magistratura, e outros, tantos, modelos semelhantes.

o) É tão profícua a produção doutrinária, (“O juiz deve relegitimar-se em cada um dos actos próprios do seu ofício” – Ibañez, 2000:13, o que constitui autêntica auto-legitimação) sobretudo com origem em magistrados, (seguramente pelas razões que já aflorámos), que um tratado não chegaria para as analisar uma a uma, sendo certo que a sua esmagadora maioria se reporta a vias de controlo e que se subsumem, em última análise, aos tipos já analisados. Embora, na maioria dos casos, se arroguem e intitulem a si próprias de vias de legitimação, a verdade é que são, na melhor das hipóteses, meros

¹ Embora totalmente fora do âmbito deste trabalho, seria muito interessante um estudo sociológico que aprofundasse as indicações dum outro estudo recente sobre a proporção de juízes casados entre si, de filhos de juízes na magistratura e das “alianças” através de casamentos entre autênticas “dinastias” de magistrados. É assim que, lenta e sedimentarmente, dum corporação se passa a categorias sociais superiores de estratificação social, como a história ensina.

métodos de controlo e limitação, seguramente válidos enquanto tal, mas não como vias legitimatórias.

Analisemos, ilustrativamente, a este propósito, a doutrina que defende a legitimação do poder judicial através da vinculação “à verdade – em sentido mínimo ou relativo – que é fonte de legitimação específica da jurisdição num Estado de direito” (Afonso, 2004:58).

Fundando-se na doutrina de Luigi Ferrajoli (“nem no valor político do órgão judicial nem no valor intrínseco dessas decisões mas na verdade, necessariamente relativa, dos conhecimentos que adquiriu, reside a legitimação do juiz” [Ferrajoli, 1995:537]), Orlando Afonso – ele também magistrado – conclui que “o vínculo da verdade processual é a principal fonte de legitimação externa, ético-política ou substancial do poder judicial que, ao contrário dos demais poderes públicos, não admite uma legitimação do tipo representativo dado o carácter cognoscitivo dos factos e recognoscitivo da sua qualificação jurídica” (Afonso, 2004:59).

Claro que ao espírito menos atento logo ocorrerá perguntar de que verdade se trata, quem é que a determina (tanto mais que ela é consabidamente e, aliás, anunciadamente, relativa), e finalmente em que é que um processo de legitimação dum poder político soberano se pode confundir com a aplicação prática duma qualquer e concreta verdade processual.

Por mais importante que seja a dimensão da verdade processual no interior do processo concreto e até na ontologia do sistema – e é-o seguramente – em nada relevará para a aferição da validade da legitimação do exercício do poder em causa. Mais uma vez não se pode fugir à evidente constatação de que se trata de categorias em tudo assimétricas e que em nada se conotam entre si. Nenhum poder se pode considerar legitimado por ser ou não fundado na “verdade”, mas tão-somente por ser ou não consentido, na medida que já repetidamente vimos.

Sendo o objecto do estudo só e apenas a legitimação, serão aqueles modelos somente referidos quando com esta impliquem.

Neste sentido, creio corrida, em síntese e perfunctoriamente embora, como aliás competia à dimensão deste trabalho, as principais vias legitimatórias do exercício do poder judiciário.

Seguidamente, irei avançar no quadro que proponho como a via mais adaptada ao actual momento histórico.

3.4. A Assembleia Judiciária como via de legitimação do exercício do poder judiciário

3.4.1. A Assembleia judiciária: as razões

As sociedades objecto do nosso estudo são multi-complexas. Complexas na cultura, complexas na organização, complexas na experiência acumulada, complexas até pelo elevado número dos seus membros.

Estes factores, como vimos, impedem os modelos de democracia directa, tal como impedem até que parte importante dos procedimentos, como no caso do judiciário, seja desempenhada por leigos e exigem mesmo que o sejam por pessoal técnico. Mas não podem impedir que, a pretexto, os processos de legitimação do exercício do poder se desenvolvam e executem em obediência aos princípios democráticos e à regra da maioria, tal como vimos.

Imperioso se torna, portanto, buscar a formulação de um modelo que possa corresponder a todas as limitações impostas, sem subtrair à legitimação, tão intensa e directa quanto possível, o exercício do judiciário, como até aqui, mais ou menos, tem vindo a acontecer.

As nossas sociedades encontram-se num grau de desenvolvimento social que não só permite, como exige, a submissão do judiciário ao escrutínio popular. Uma tão vasta e tão importante zona do político não pode estar subtraída às regras da democracia.

É claramente chegado o momento de aprofundar, neste marco, o processo democrático. E é perfeitamente possível fazê-lo sem rupturas, a meu ver.

É o que proponho com o modelo de legitimação do exercício do poder judiciário através da criação duma Assembleia Judiciária.

3.4.2. A Assembleia Judiciária: o quadro básico

Assentemos então na necessidade de legitimar o exercício do judiciário e de o fazer de acordo com o actual grau de desenvolvimento da democracia e das relações sociais nas UPR's objecto do nosso estudo. E assentemos também na necessidade de encontrar uma via legitimatória de forte intensidade, que não evite o recurso aos processos electivos, antes pelo contrário os busque como fonte primária de qualquer via legitimatória em democracia, sobretudo quando se trata do exercício dos mais importantes poderes da esfera pública. Não há aqui modo de subtrair as vias legitimatórias baseadas no voto periódico do soberano, segundo os procedimentos da praxe.

E busquemos um modelo compatível.

A solução que proponho não a conheço proposta em caso algum, na prática e sequer em simples sede teórica, tirando o não equiparável e há muito extinto – apesar de inspirador, como vimos – modelo clássico ateniense.

1) A Assembleia Judiciária deverá ser uma câmara de deputados judiciários a quem, constitucionalmente, seja cometida a função de enquadramento, organização,

fiscalização da constitucionalidade, superintendência do exercício do poder judiciário da respectiva UPR, fixação de jurisprudência, etc.

2) Esses deputados deverão ser eleitos livremente de entre todos os candidatos, em listas uninominais, por voto secreto, directo e universal, em condições similares às dos deputados do parlamento político, *strictu sensu*, não sendo necessariamente juristas, embora, obviamente, também o possam ser.

3) A Assembleia Judiciária substituirá os tribunais constitucionais e assumirá as suas funções.

4) A Assembleia Judiciária nomeará os órgãos de governo próprios das magistraturas (vulgo conselhos superiores).

5) A Assembleia Judiciária funcionará como última instância de recurso, podendo sempre avocar a decisão de qualquer processo concreto.

6) A Assembleia Judiciária e toda a estrutura sob a sua superintendência, funcionará em situação de total autonomia financeira, com recursos próprios captados do OE e das taxas cobradas pelos serviços prestados, as quais, evidentemente, também pertencem ao OE.

7) A Assembleia Judiciária não poderá participar no processo legislativo, salvo a fixação de jurisprudência e a integração das lacunas da lei, por via dos processos concretos como já hoje têm os tribunais.

8) As magistraturas manterão a sua existência como carreiras públicas, submetidas disciplinarmente e organicamente à Assembleia Judiciária, mas independentes no seu julgamento, irresponsáveis (na medida que se indicará) e inamovíveis no exercício das suas funções, tal como se passa hoje.

9) A Assembleia Judiciária poderá – e deverá – funcionar como segunda Câmara, abrindo um enorme potencial de controlos e equilíbrios nos órgãos de soberania e no exercício do poder político *latu sensu*.

10) As polícias judiciárias, os ministérios públicos, os serviços judiciais e prisionais e a execução de penas estarão abrangidos no âmbito da superintendência da Assembleia Judiciária.

3.4.3. A Assembleia judiciária: o desenvolvimento. Questões prévias.

1. Os pontos atrás enunciados vão ser sumariamente desenvolvidos, de modo a deixar mais claro e estruturado o alcance da proposta. Contudo, trata-se dum desenvolvimento necessariamente sumário, uma vez que o seu desenvolvimento exaustivo faz transitar a sede científica deste trabalho do campo da sociologia e da teoria políticas para o marco da teoria jurídico-constitucional, além de alargar em excesso a dimensão proposta para esta dissertação. Não sendo a teoria jurídico-constitucional quer o desiderato, quer a teleologia pretendida no âmbito e na função deste trabalho, mas sim a sociologia política, como inicialmente foi definido e é o natural terreno da tese, basta já a permanente incursão no marco da teoria política, irmã natural daquela; não seria curial o desenvolvimento jurídico-constitucional da proposta. Este desenvolvimento poderá vir a ser feito em trabalho à parte, designadamente no âmbito de tese de

qual não estava programado para responder a esta nova quantidade e qualidade de procura, o que tem provocado, sobretudo nos países mais frágeis da zona, como é o caso português, gravíssimas dificuldades de adaptação. E, como é evidente, este sentido não é invertível, antes pelo contrário.

Estas dificuldades e a falta de legitimidade do subsistema, por sua vez, têm agravado seriamente a sua credibilidade, chegando ao ponto de desenhar uma autêntica ruptura e um caos que tem sido muito visível no caso português, mas que seguramente não é único. A fragilidade do sistema político, económico e social em Portugal, naturalmente que permite e facilita um desmoronamento mais ruidoso, mas dificuldades da mesma natureza são bem evidentes em Itália, em Espanha, na Grécia, etc.

4. Convém contudo esclarecer que o modelo proposto trata exclusivamente de legitimação, o que não tem que ver com eficiência do subsistema. O subsistema pode ser legitimado e simultaneamente ineficiente. Tal como o contrário também é possível, embora nesse caso a eficiência seja deficitária, como vimos. O que importa aqui deixar esclarecido é que se trata de realidades diferentes e que muito haverá a fazer no campo da eficiência, designadamente em profundas alterações ao modelo, em drásticas reduções do âmbito de jurisdição – a desjudicialização a que também já aludimos e que constituirá seguramente pedra angular da inevitável redução da procura, sem a qual nenhuma outra reforma poderá ter êxito – mas tudo isso está fora do terreno deste estudo.

3.4.4. A Assembleia judiciária: o desenvolvimento. Questões centrais.

1. A assembleia judiciária deverá consistir num órgão parlamentar de exercício de soberania, segmentário ou sectorial, incidente no subsistema judiciário,

entendidos estes conceitos como foram previamente definidos. De consagração necessariamente constitucional, o seu âmbito é mais restrito do que os tradicionais parlamentos legislativos, uma vez que se limita à regulação do exercício dum poder parcial que lhe é delegado pelo soberano, a *juris dictio*.

No marco da teoria da separação de poderes, face à relevância assumida pelo subsistema judiciário no complexo dos sistemas das UPR's definidas, a constituição da assembleia judiciária configura um aprofundamento da especialização da concepção montesquiviana da tripartição. No fundo não há alteração à concepção da tripartição; a única alteração contida nesta proposta consiste na total autonomização do judiciário (em grande parte já existente nos actuais modelos), que passará a depender apenas (ou melhor, fundamentalmente) dum órgão parlamentar especializado e próprio.

É evidente que esta especialização e autonomização implica a subtracção de parte – pequena, diga-se – da função tradicionalmente atribuída ao legislativo e ao executivo, exclusivamente no que ao judiciário diz respeito. Precisemos.

A parte de regulação legislativa concernente ao próprio judiciário, a produção das leis orgânicas e das concernentes ao seu próprio funcionamento, terá que ser da responsabilidade da assembleia judiciária. Embora o contrário seja admissível, em sede de teoria, não faria sentido que o modo de funcionamento do próprio subsistema fosse regulado por outro órgão de exercício da soberania, atenta – sublinhe-se – a fortíssima legitimidade de que este estará dotado. Seria um pouco como admitir que o regulamento do parlamento legislativo fosse atribuição do presidente da república. Poderia argumentar-se que o órgão presidente da república, p.e., tem a sua regulamentação funcional normalmente elaborada pelos parlamentos legislativos, sendo ele também fortemente legitimado, dum modo geral. Sendo verdade, a diferença reside contudo no facto

de a proposta assembleia judiciária consistir num órgão colectivo, de deputação, e, portanto, mais representativo por natureza do que um órgão singular. Sendo questão disputável, parece-me contudo esta a solução mais adequada, tanto mais que poderão ser criados mecanismos de controlo à maneira dos tradicionais, quer em sede de enquadramento constitucional, quer em sede de *checks and balances*, por parte dos outros órgãos de exercício da soberania. O contrário, por outro lado, seria criar um campo de conflitos desnecessário em matéria que não é da maior relevância. Alargar este item, contudo, seria incorrer no já anunciado erro de trasladar a sede científica natural deste trabalho para o marco da teoria constitucional, o que não é o meu propósito. Finalize-se precisando que nada mais a assembleia judiciária subtrairá ao legislativo, dentro dos tradicionais campos funcionais de poder.

Já no que ao executivo diz respeito é notoriamente maior o campo de subtracção de funções, embora também não particularmente significativo.

O alcance com que definimos o judiciário facilmente denota que algumas áreas tradicionalmente sob a alçada dos executivos passarão, no marco desta proposta, para a superintendência da assembleia judiciária, tais como as polícias judiciárias e os serviços prisionais (a execução das penas já pertence tradicionalmente ao judiciário e a assistência social deverá manter-se no executivo, à excepção da que diga respeito a actividades do judiciário, como o acompanhamento dos regimes de *probation*), bem como, por maioria de razão, os serviços judiciais.

Atente-se no caso português, a todos os títulos modelar neste domínio, para compreendermos que ao Ministério da Justiça seria retirada uma parcela da governação, aquela que diz directamente respeito ao judiciário, embora não aquela que diz respeito ao tradicional conceito governamental de justiça, *latu*

sensu, como os registos (incluindo o de pessoas colectivas) e o notariado, a assistência social prisional e de reinserção, a medicina legal, a tutela de menores (salvo se consistir em sistema para-prisional ou prisional, como sucede em vários países), os serviços sociais, etc.

A implementação dum modelo de legitimação como o proposto conduziria, necessariamente, à reformulação dos modelos governamentais dos ministérios da justiça e, eventualmente, à sua fusão com outros ministérios (Administração Interna e Justiça, *v. g.*), dado o relativo esvaziamento do conteúdo funcional daqueles.

Atente-se contudo que a solução legitimatória proposta não configura uma revolução, como já disse, sequer uma reforma de excessiva profundidade, como se torna visível neste passo do estudo: no fundo, trata-se do trânsito em bloco de competências funcionais do estado relativas a três ou quatro direcções gerais, de um ministério para uma nova assembleia. A turbulência da proposta situar-se-á mais ao nível dos conceitos políticos do que propriamente no terreno das práticas funcionais.

Uma parte substancial das funções que a assembleia judiciária terá que assumir são hoje já dos conselhos das magistraturas, como adiante veremos.

2. Órgão de exercício da soberania de natureza sectorial ou segmentária não significa submissão ao legislativo *latu sensu*, ou seja, aos tradicionais parlamentos. Significa separação. Mas não implica também necessariamente que não possa haver um aproveitamento mútuo das câmaras para a criação dum mais apurado e complexo sistema de controlos e equilíbrios recíprocos, tal como se passa hoje entre os vários órgãos de exercício de soberania tradicionais e tal como se passa já naqueles países com parlamentos de duas câmaras.

Seria perfeitamente admissível, p. e., no âmbito desta proposta, que um modelo concreto contemplasse a possibilidade de dissolução da assembleia judicial pelo presidente da república, em determinadas condições excepcionais, com a evidente obrigatoriedade correlativa de convocação de novas eleições.

O que parece impositivo, por outro lado, em resultado desta natureza segmentária, é que a assembleia judiciária seja um parlamento com menor número de deputados do que o parlamento legislativo. Faria pouco sentido que tivesse maior número, ou igual, uma vez que no modelo proposto o centro vital da política, ao nível do aparelho de estado, deverá continuar a ser o parlamento legislativo, representativo da generalidade do sistema e mais significativo do soberano, quer pela extensão da sua natureza política, quer pela sua proximidade proporcional ao soberano. Este é um aspecto importante da proposta, que aliás reduz os seus naturais impactos políticos reformadores e de ruptura. Os parlamentos legislativos devem manter a sua centralidade política nas UPR's alvo do estudo, do modo como o têm a vindo a fazer até aqui. Mais uma vez se realça assim o baixo impacto da ruptura provocada pela proposta.

3. Os deputados judiciários deverão ser eleitos directamente, em sufrágio universal, do mesmo modo que o são os deputados dos parlamentos legislativos.

Nem de outra forma se compreenderia a proposta. A intenção é dotar o subsistema judiciário dum legitimação de forte intensidade, em tudo semelhante à dos outros órgãos de exercício da soberania, regular e periodicamente renovada. Só assim a proposta se insere na linha de aprofundamento da democracia, de “revolução democrática”, que a ela preside, que a enforma e informa e que lhe dá corpo e espírito, como foi previamente anunciado.

Qualquer outra solução, designadamente indirecta, seria uma espúria repetição das várias formas actuais que no fundo constituem apenas tentativas de legitimar o ilegítimo, como já foi visto, de tentar subtrair ao escrutínio do soberano uma das mais importantes funções do estado, um dos poderes constitutivos da própria concepção de estado. A eleição directa dos deputados judiciais é fundamento da proposta, é dela indissociável, é-lhe consubstancial.

Coisa diferente é o método utilizado para a apresentação das candidaturas, para o apuramento de resultados, para as campanhas eleitorais, para o alinhamento ideológico, para o agrupamento de candidaturas, para as relações com os partidos, etc.

Comecemos pela apresentação de candidaturas, a qual me parece que deverá ser por listas uninominais, como já atrás adiantei, em círculos de dimensão relativamente reduzida, que permitam a aproximação entre eleitos e eleitores, por um lado, e que permitam também, por outro lado, a escolha privilegiada da pessoa do deputado eleito em detrimento do agrupamento em que eventualmente se insira.

Esta relação entre o soberano e o seu mandatário, que se privilegia absolutamente, é corolário, também ela, da linha de pensamento da revolução democrática, como melhor adiante se verá, quando se falar das relações dos partidos.

O problema maior de distanciamento por-se-á, como já hoje se põe em diferentes actos eleitorais do mesmo tipo, nas grandes concentrações urbanas onde as formações sociais e o relacionamento social tendem a escapar às regras de proximidade das comunidades mais pequenas, nas quais evidentemente o conhecimento pessoal dos candidatos presta muito mais verdade e consistência democrática ao processo de legitimação e conferência do mandato. O problema,

contudo, não só não é exclusivo desta proposta, como há métodos sobejamente conhecidos em ciência política que diminuem significativamente o impacto desse distanciamento, designadamente, entre outros, fazendo coincidir o círculo com as unidades residenciais urbanas onde existe ainda alguma estruturação social e onde se faz sentir alguma força centrípeta. O problema escapa, contudo, ao âmbito deste trabalho, para além do seu enunciado e com a referida estipulação ao quadro de inspiração da proposta.

Os círculos, evidentemente, deverão ainda ser constituídos de modo a preservar o princípio da proporcionalidade, como nas eleições dos parlamentos tradicionais: um círculo mais populoso elegerá mais deputados judiciais do que um menos populoso. Num caso como o português, em que a assembleia judicial teria, p. e., 70 ou 80 deputados, muitos círculos menos populosos, como por exemplo no Alentejo, teriam apenas um lugar para uma vasta região geográfica, enquanto que um só bairro lisboeta poderia ter 3.

As campanhas eleitorais deverão ser levadas a cabo dentro do espírito da proposta, ou seja, cada candidato fará a sua campanha, transparentemente colocado perante o eleitorado por si só, com as suas próprias propostas, o seu passado, a sua experiência, enfim a sua pessoa, sujeito a todas as obrigações usuais neste tipo de eleições nas UPR's em questão – declaração de rendimentos e de interesses, etc. – e demais que se convenha em sede de concretização de positividade da proposta.

Como é evidente, todos os cidadãos serão elegíveis exactamente nas mesmas condições em que o são os deputados dos parlamentos tradicionais. Qualquer outra solução, como a restrição da elegibilidade apenas a juristas, constituiria exactamente aquilo que se pretende evitar, como já foi dito. A política da justiça constitui trave mestra da organização do estado, diz portanto respeito a todos e

todos dela deverão poder participar. A organização do subsistema judiciário só desta forma faz sentido.

Levanta-se agora a questão do relacionamento com os partidos políticos, que constitui, sem fundamento como se verá, um dos principais argumentos dos detractores da proposta.

4. Os partidos políticos são um veículo natural da organização das famílias ideológicas em democracia e dela fazem parte integrante. Não há, efectivamente, democracia representativa moderna sem partidos. O que não quer dizer que os partidos sejam a própria democracia.

Nas UPR's em estudo e nesta fase incipiente do processo histórico democrático, tem-se notado uma acentuada tendência para a monopolização dos processos políticos por parte dos partidos, num movimento a que se tem vindo a chamar comumente de partidocracia, pretendendo-se com esta denominação ressaltar o notório excesso de protagonismo conferido aos partidos, quer e desde logo pela própria normatização, designadamente constitucional, quer na *praxis* política. Este movimento, hoje em início de refluxo por força do processo de aprofundamento da democracia a que já aludimos, muito tem contribuído para a descredibilização acentuada da actividade política que é apanágio generalizado das nossas UPR's. De facto, parece inaceitável que os procedimentos de apresentação de candidaturas aos órgãos de soberania, p. e., sejam monopólio dos partidos políticos em muitos casos e em muitos países, negando aos cidadãos não filiados partidariamente a possibilidade de participarem nesses processos.¹

¹ Em Portugal, p. e., as candidaturas à Assembleia da República continuam monopolizadas pelos partidos políticos e até as autárquicas só muito recentemente foram libertadas desse monopólio, o que de imediato gerou um vasto movimento de candidaturas independentes, muitas delas vencedoras, prevendo-se que o

E é dessa descredibilização que parte o substrato fundador da crítica aos processos eleitorais como via legitimatória do judiciário. Exorcizam-se os partidos políticos como o Mal em si, quando no fundo o que se está exorcizar é a própria democracia. Bem vistas as coisas, fica-se sem se compreender, perante estes argumentos, a razão que permite que um presidente da república seja eleito (e com origem partidária), mas o mesmo procedimento já seja contaminador da eleição dum juiz.

Tudo isto pareceria indicar, pelo menos e para já em sede teórica, que nada obstasse, no marco da proposta deste estudo, a que os candidatos a deputados judiciários pudessem provir de partidos e até apresentarem-se ao escrutínio do soberano nessa condição. A questão, contudo, merece mais detalhe.

A defesa de listas uninominais, já expendida, e o espírito de aprofundamento da democracia que preside à presente proposta, por um lado, e a própria função do judiciário, como actividade controladora dos restantes poderes de estado e garante dos direitos dos cidadãos, por outro lado e principalmente, parecem aconselhar que na positivação do modelo sejam seguidos critérios que distanciem os candidatos a deputados judiciários da prática política quotidiana dos partidos políticos. É sempre melhor que o mandato seja conferido a pessoas do que o seja a entidades colectivas. Em sede de aprofundamento da democracia o mandato concretamente conferido a uma pessoa é mais representativo, só pode ser, do que aquele conferido a uma entidade colectiva, necessariamente mais abstracta, como é o caso dos partidos políticos. Por outro lado, não deixa de ser verdade que a descredibilização dos partidos políticos está tão enraizada nas nossas sociedades que a implementação duma proposta deste tipo, nesta fase “juvenil” das democracias coevas, só terá a ganhar, em termos pragmáticos, se

movimento se continue a acentuar. Não seria muito de admirar se dentro de uma década os executivos autárquicos independentes fossem mais do que os partidários. Semelhantemente se passa noutros países.

se iniciar prudentemente por uma certa distanciação dos partidos políticos, sem que isso signifique, como já foi dito, a diabolização destes em si. Contudo, e como já foi visto, uma proposta deste tipo acarreta consigo alguma ruptura institucional (e mais do que isso), pelo que será bem-vindo tudo o que possa minorar esse impacto e contribuir para “cozer” os rasgões causados por essa ruptura, sem contudo pôr em causa os princípios essenciais da proposta. O distanciamento do processo relativamente aos partidos políticos, será sem dúvida um contributo para a diluição da ruptura referida, sendo que, verdadeiramente, em nada põe em causa a essencialidade teórica dos princípios da proposta, talvez até antes pelo contrário, como se viu.

Tudo parece portanto indicar que, *de jure constituendo*, assentemos neste patamar quanto a este aspecto particular da proposta.

O que não significa – antes pelo contrário – que os candidatos a deputados judiciais se não possam apresentar ao soberano, na promoção das suas candidaturas com vista à obtenção da autorização deste para o respectivo mandato, com filiações ou agrupamentos entre si. Tal será não só natural como merecedor de incentivo, na medida em que permite e facilita a natural agregação democrática fora do termo e da jurisdição dos partidos políticos, constituindo novas realidades de intervenção política mais fluidas, sem a rigidez dos partidos, e aglutinadoras das grandes tendências exclusivamente de cariz judicial, ou melhor, no termo exclusivo do político especificamente relativo ao judicial.

No que diz respeito à apresentação de candidaturas, parecem ser estas as linhas gerais de definição do quadro da proposta, sem prejuízo, evidentemente, dos candidatos terem simpatias ou filiações partidárias.

5. Os tribunais constitucionais nasceram com o objectivo de atenuar o *deficit* de legitimidade do subsistema, injectando-lhe alguma – ténue e tímida, reconheça-se – presença do princípio da representatividade, permitindo ao mesmo tempo algum controlo político à prolação das decisões concretas dos tribunais ordinários, pelo menos sob o ponto de vista da aferição constitucional. Hoje existem em muitas UPR's da zona em estudo, com este ou com outro nome, com maior ou menor âmbito jurisdicional, mas fundamentalmente com o mesmo alcance funcional e a mesma intenção política. Conhecemo-los em mais de vinte países.

Estas reformas, tais como, *v. g.*, a proliferação dos conselhos superiores das magistraturas, trazem todas elas subjacentes a mesma intenção política de democratização do subsistema judiciário e o implícito e conseqüente reconhecimento do *deficit* democrático de que este padece. Contudo, constituem todas elas passos tímidos e pouco profundos, processados com uma tal lentidão que torna notória a diferença de velocidade com o que o aprofundamento da democracia se vai fazendo nos outros subsistemas. Mesmo aceitando que a dialéctica das alterações históricas é por vezes – na maior parte das vezes – lenta e errática, preñe de avanços e recuos, não deixa de ser no mínimo curioso o esvaziamento sintético resultante do relacionamento entre teses e antíteses neste concreto processo dialéctico referente ao subsistema judiciário, constituindo uma espécie de tabu no conjunto do processo histórico democrático. Será seguramente do maior interesse, no domínio da sociologia e da teoria políticas, a descodificação das razões que determinam este movimento, mas alheias ao terreno em que situo o estudo, desde logo pelas vastíssimas dimensões que certamente implicaria.¹

¹ Muitas agruras tem trazido às classes e grupos económica e politicamente dominantes – pelo menos a alguns dos seus protagonistas – a forma como tem evoluído o já referido movimento de judicialização e a

Importa agora, isso sim, atinar que, no domínio da proposta que apresento, não faria o menor sentido a manutenção (ou a criação) dos tribunais constitucionais, pela simples razão que à assembleia judiciária competirão as respectivas funções. A assembleia judiciária, como já ficou acima descrito, exercerá necessariamente todas as funções que são atribuídas aos tribunais constitucionais, embora não só, como se viu.

A subtracção das funções dos tribunais constitucionais à assembleia judiciária constituiria um contra-senso: ela seria criada exactamente para o exercício dessas funções e doutras que, com essas, constituem as de maior relevância do subsistema.

Uma vez que a assembleia judiciária, no modelo proposto, está munida de toda a legitimidade democrática, por outro lado, também não faria qualquer sentido manter soluções que foram criadas para introduzir legitimações de fraca intensidade no subsistema. Uma vez plenamente legitimado, serão logicamente dispensáveis as legitimações coincidentes de categoria inferior.

Na orgânica de funcionamento das assembleias judiciárias certamente que caberá a criação de secções, agrupamentos, assessorias, etc., que preenchem essas funções, mas isso é um domínio do concreto processual e adjectivo que,

inegável descoincidência entre as ideologias dominantes daquelas classes e as dos grupos sociais que se têm tornado dominantes no subsistema judiciário, cujos protagonistas são hoje maioritariamente oriundos de segmentos sociais não dominantes, e cada vez mais ciosos e conscientes da sua pretensa “independência”, a qual, tendo sido apenas, historicamente, uma mera bandeira ideológica do programa revolucionário da burguesia tardo-oitocentista, com funções propagandísticas – como tantas outras bandeiras – de arregimentação das classes populares. É exactamente neste mesmo tipo de movimentos que reside uma das maiores virtualidades do sistema democrático-formal e uma das maiores potencialidades da revolução democrática que inexoravelmente gera: a formalidade “entranha-se” lentamente, normalmente pela via da ideologia, acabando por conduzir à sua assunção substancial e desvirtuando o sentido primeiro, meramente propagandístico, com que tinha sido criada. Estas duas faces da “moeda” democrático-formal geram, no seu relacionamento dialéctico, sínteses democrático-substanciais que aprofundam a democracia e conduzem, por sua vez, a novos processos de nível superior, exponenciando o respectivo potencial. Este processo é imparável e inexorável, só podendo ser detido fora do quadro democrático-formal, o que constituiria uma contradição nos termos do sistema e, portanto, não produzível. A estas razões não andarás alheio o referido *tabu* – como seguramente a muitas outras – pelo que se compreenderá facilmente como seria divergente, relativamente a este estudo, o seu aprofundamento.

como já foi atrás dito, não cabe na dimensão simplesmente generalista deste estudo.

Muitas das UPR's nem sequer passariam por este problema, uma vez que não têm tribunais constitucionais.

Creio que as razões aduzidas são suficientes para encerrarmos este ponto.

6. Tal como os tribunais constitucionais, também os conselhos superiores de magistratura foram introduzidos com idênticas intenções políticas de legitimação, como já atrás foi visto, o que desde logo pareceria indicar, à semelhança do propugnado no ponto anterior, a sua pura e simples extinção, perante o modelo proposto, de forte intensidade legitimatória, que dispensaria logicamente os modelos de inferior intensidade e com contudo funcional sobreposto. Contudo, parece-me que aqui a questão merece algum detalhe, embora a simples extinção dos conselhos também não seja de afastar e seja, teoricamente, perfeitamente aceitável e compatível com a proposta.

Duas razões contudo parecem aconselhar a manutenção dos conselhos, embora, obviamente com diferenciada inserção no subsistema. A primeira é simplesmente de ordem pragmática e prende-se com a difusão extraordinária que o modelo alcançou e continua a alcançar em UPR's que a ele têm vindo a aderir.

A implementação política dum modelo como o proposto neste estudo implica, com já sobejamente vimos, uma ruptura de alguma dimensão dentro não só do próprio subsistema judiciário como até fora do seu marco, pelas ondas de choque que naturalmente provocará e pelas necessárias clivagens ao nível desde logo dos conceitos e das práticas político-ideológicas tão longamente enraizadas.

Aconselha portanto a prudência que se reduza ao mínimo as zonas de cortes e se

proceda com toda a cautela nas inevitáveis costuras que as práticas concretas necessariamente implicarão.

É assim que melhor se compreende a natureza pragmática desta razão.

A manutenção dos conselhos como órgãos de governo próprios das magistraturas será evidentemente menos uma zona de corte, logo menos uma zona de conflito.

E a verdade é que a manutenção dos conselhos em nada ofende a lógica e a filosofia da proposta, desde que, evidentemente, deixem de ser entendidos como vias legitimatórias do subsistema (o que na realidade não são, nunca foram, nem nunca poderão ser), para serem simplesmente órgãos de governo do subsistema, necessariamente subordinados ao órgão de soberania que detém, esse sim, a verdadeira legitimidade, conferida plenamente – tão plenamente quanto possível – pelo soberano para o exercício da respectiva função do estado, como é apanágio do modelo proposto. Esta é a segunda razão.

Poderão assim os conselhos, emanados agora da assembleia judiciária, ainda que compostos por membros que lhe sejam estranhos, e dela dependentes, exercer as funções de governo das magistraturas que vêm tradicionalmente a exercer nas UPR's onde têm vindo a ser desenvolvidos o que poderá até prefigurar alguma similitude com o tradicional modelo relacional parlamento-governo.

Avançar mais seria contudo passar do marco da teoria política para o da teoria constitucional, ou até simplesmente para o da teoria jurídica, o que, como vimos, está voluntariamente vedado neste estudo.

7. Abordemos agora uma das questões centrais da proposta, a saber, a possibilidade de recurso para a assembleia judiciária.

A soberania, ou melhor, a parcela de soberania reflectida no subsistema judiciário, reside no poder de decidir sobre os outros, como atrás se viu, ou seja, na capacidade de determinar o comportamento dos outros, *maxime* pela utilização da força, o que constitui apanágio do tipo de poder do subsistema judiciário.

Ora, se a decisão não for definitiva e executória, então não é uma decisão de soberania (pese embora possa ser uma decisão de *poder*). Se alguém decide o que eu devo fazer, mas essa decisão é recorrível, então o verdadeiro poder soberano – aquele que tem que ser legitimado – reside na última instância decisória e não na primeira. Na lógica da proposta e na teleologia da tese só aqui terá que haver verdadeira e irrecusável legitimação.

Por isso a possibilidade de recurso para a assembleia judiciária – possibilidade quase universal, como veremos – é pedra angular do modelo proposto. Precisemos.

Embora em sede de teoria jurídica adjectiva seja admissível, *de jure constituendo*, que muitas decisões no decurso do processo judicial não sejam recorríveis – tal como se passa hoje, *de jure constituto*, em todas as leis processuais, designadamente no marco das decisões interlocutórias – importa relevar que, salvo no campo das decisões finais de processos previamente definidos como de menor expressão (as chamadas “bagatelas”), todas as decisões finais deverão ser passíveis de ser apreciadas pela assembleia judiciária, sendo que algumas deverão sê-lo obrigatoriamente, ainda que não seja essa a vontade dos réus. Este será, *v.g.*, o caso das decisões penais graves, que por definição recaiem sobre crimes que constituem ofensas à comunidade e sobre os quais esta se pronunciará obrigatoriamente através dos seus deputados judiciários, p. e. por meio dum mecanismo de recurso obrigatório por parte do

Ministério Público. Não seria admissível, na teleologia da proposta, que escapassem ao escrutínio dos deputados judiciários, logo ao escrutínio popular, decisões que mobilizam todo o sentir duma comunidade política, como p. e. os homicídios dolosos graves, apenas por que o réu se satisfazia com a prolação concreta do aresto em causa. No limite, poderá ser admissível que a assembleia judiciária se pronuncie por simples adesão à decisão judicial proferida, afirmativa e expressamente, o que será uma forma expedita de fazer sua a decisão proferida.

Já as decisões cíveis, que por definição se inscrevem no marco das relações privadas, poderão escapar ao escrutínio da assembleia judiciária se as partes se conformarem com o conteúdo da prolação e se, sempre se, aquela não pretender avocar o processo.

Em todas as jurisdições, sem excepção, mormente a administrativa, a assembleia judiciária terá o poder soberano de avocação processual e de prolação da decisão final. Nem de outra forma a arquitectura da proposta seria coerente.

Por princípio, bastará também ainda a vontade de recurso da parte vencida, do Ministério Público ou até de um número significativo de cidadãos, para que os processos concretos tenham que subir à apreciação dos deputados judiciários.

Este princípio só poderá ser afastado em caso de óbvias “bagatelas” e mesmo assim com possibilidade de queixa para um qualquer órgão a instituir no seio da assembleia judiciária (um provedor, o presidente, etc.), à semelhança do que se passa hoje com o instituto processual da reclamação, no direito português, correspondente ao recurso de queixa no nosso direito antigo e correspondente a tantos institutos similares nos outros direitos da nossa zona.

A primeira e imediata crítica que sofrerá a proposta, neste particular, será a de que este sistema é inexequível, porque a assembleia não suportará dar resposta à

multitude de procura concreta em que caíram os nossos sistemas judiciários, como já vimos atrás. Mas não colhe. E não colhe desde logo porque a situação de excesso de procura – a qual aliás contém em si a prova da vitalidade crescente das democracias e da consciência dos direitos – existe já em todas as UPR's da nossa zona, em escala acentuada, provocando estrangulamentos acentuados no subsistema, em maior ou menor grau, sem que isso seja fundamento argumentativo para que alguém ponha em causa a existência de tribunais ou, sequer, de tribunais supremos, os quais sofrem particularmente o efeito de funil das várias instâncias.

Por outro lado, várias UPR's da nossa zona têm encontrado soluções eficazes sob o ponto de vista da celeridade e eficiência processuais (que não sob o ponto de vista da legitimação), alcançando resultados aceitáveis e até bons.

Finalmente, e mais importante, releva o argumento de que a assembleia judiciária, sob o estrito ponto de vista da eficiência, só poderá é melhorá-la, uma vez que funcionará em última instância com muito maior número de deputados do que qualquer tribunal supremo e podendo ainda, dada a sua autonomia política e financeira, criar as comissões, assessorias, secretariados, serviços administrativos, etc., que entenda por necessários. Se a isto acrescentarmos que a implementação concreta da proposta poderá conduzir à criação de secções regionais, ou mesmo parlamentos regionais judiciários, dependendo da dimensão da UPR em causa, da vontade política da comunidade e das necessidades casuísticas, facilmente compreenderemos que a crítica é falaciosa e, seguramente, ideológica e destinada a esconder a vontade de perpetuar a ausência de legitimação.

Não seria demais rematar acrescentando que, ainda que menos eficiente – o que como vimos não é verdadeiro – um sistema legítimo é sempre melhor que um

ilegítimo, aqui tal como no domínio estrito do político, onde ninguém se lembraria de defender uma ditadura eficiente contra uma democracia ineficiente, como seria seguramente o caso português recente em que a actual democracia tem manifestamente demonstrado, em tantos domínios (a segurança pública, p. e.) menos eficiência do que o regime ditatorial anterior ou, por noutro lado, o caso dos denominados PALOP's, onde mais notória ainda é a ineficiência resultante das independências, quando comparada com a era colonial, que já de si não seria um exemplo de eficiência. A verdade é que, em qualquer dos exemplos, não se ouvem vozes a pôr em causa a democracia ou a independência.

8. A autonomia financeira é instrumental relativamente à proposta, ou seja, a mesma não é exequível com qualquer tipo de subordinação financeira, como facilmente se compreende.

Aliás, este constitui um dos maiores pontos de fricção política entre os subsistemas judiciários e de governo, como é sabido, o que se compreende uma vez que é muito difícil ser politicamente independente e financeiramente dependente. Se esta situação é aceitável no quadro da actual arquitectura constitucional das UPR's em questão, dada a falta de legitimação de que padece o judiciário e a forte legitimação presente nos parlamentos e até nos governos deles emanados, já o não será no quadro da presente proposta, a qual propugna um subsistema judiciário fortemente legitimado, com a mesma intensidade da legitimação do parlamento político, o que necessariamente implica – e permite – a respectiva autonomia financeira.

A autonomia financeira será obtida subsidiariamente através das taxas pagas pelos serviços prestados, as quais necessariamente não cobrirão a totalidade das despesas, uma vez que se trata do mais sensível subsistema e do menos

permeável às privatizações, e principalmente através do recurso ao Orçamento de Estado, por qualquer meio que se entenda apropriado, constitucionalmente prefigurado (incluindo um imposto “judiciário”), mas que nunca coloque a assembleia judiciária na dependência de outro órgão de soberania e que estabeleça a necessidade de revisão constitucional, eventualmente qualificada, ou de referendo, para a alteração das regras.

Não repugnaré aceitar que determinados sectores ou departamentos do subsistema sejam privatizados – aliás já o são em muitos dos países em questão – concessionados ou parcialmente privatizados e concessionados. Atente-se, p.e., em muitos dos serviços prestados no sector prisional, tais como refeitórios ou lavandarias, ou até o caso dos tribunais e comissões arbitrais. A análise detalhada deste aspecto extravasa, mais uma vez, o âmbito da proposta e a sua concretização terá tanto de interessante como tem de criativo, desde que não se perca de vista que se trata do subsistema mais sensível às privatizações e dum daqueles de que mais dificilmente a comunidade política poderá abrir mão, exactamente porque trata do exercício dum dos mais intensos poderes de soberania, como se viu.

Ninguém imaginará uma empresa privada a julgar um crime de homicídio.

Se é verdade que no financiamento do subsistema residirá um dos importantes aspectos da sua exequibilidade e se nunca será excessivo ressaltar a importância da sua autonomia financeira, muito mais importante contudo será a manutenção dos princípios, no caso exactamente a inalienabilidade dum poder soberano.

9. A lógica da proposta, inserida dentro da aceitação da filosofia da separação de poderes, até da sua maximização, como se tem vindo a ver, implica necessariamente que se vede à assembleia judiciária, salvas as raras excepções

que se analisarão perfunctoriamente, o processo legislativo. Na realidade, não faria qualquer sentido a atribuição, em concorrência com as assembleias legislativas, de poder legislativo às assembleias judiciárias. A intenção da proposta é exactamente maximizar o princípio da separação de poderes, pelas razões já analisadas. Os parlamentos produzem o direito, os heliastas aplicam-no, à semelhança do que já hoje se passa no quadro das nossas UPR's com os tribunais: mais uma vez se enfatiza que neste domínio a única alteração reside no processo de legitimação. Dir-se-à que aos parlamentos tradicionais compete a parte substantiva da produção de justiça, enquanto que às assembleias judiciárias competirá a parte adjectiva.

Algumas excepções, contudo devem ser assinaladas. A primeira dentre elas reside na natureza de fonte de direito que terão, necessariamente, e pelas mesmas razões, as decisões proferidas pela assembleia judiciária, no que diz respeito ao assentamento jurisprudencial e à integração das lacunas da lei. Aliás, agora até por maioria de razão, pelo reforço legitimatório de que gozarão. Não haveria qualquer razão, antes pelo contrário, para alterar esta tradição. Assim, o subsistema continuará a produzir direito por via do assentamento jurisprudencial e por via da criação de normas integrativas – nalguns casos até interpretativas – das lacunas da lei.

Uma outra excepção – esta sim inovadora – parece ser de assumir: a auto-regulação do sector e o seu financiamento.

O elevado grau de legitimação derivado do processo proposto conferirá ao subsistema tão intensa legitimidade que dificilmente se compreenderia que não se pudesse auto-regular e determinar o seu próprio financiamento. Contudo, não deixa também de ser verdade que a sede do poder democrático, o seu centro nevrálgico, continuará a residir nos parlamentos, que constituem as assembleias

legislativas, terão maior número de deputados e a sua funcionalidade política geral confere-lhes uma categoria necessariamente superior e abrangente de toda a realidade política. Este tensão aconselhará a procura de modelos concretos de *checks and balances* que, conferindo embora a disciplina normativa do subsector a si próprio, estabeleçam no parlamento um mecanismo excepcional de vigilância e limitação da assembleia judiciária que poderá passar por inúmeros métodos à semelhança dos já existentes nas nossas UPR's entre outros órgãos de soberania, como p.e. o poder de dissolução da assembleia judiciária pelo parlamento e/ou o veto político de medidas legislativas de auto-regulação por parte do parlamento e/ou do chefe de estado (desde que este seja eleito, o que exclui as monarquias; a instituição monárquica é obviamente incompatível com um modelo radical de democracia como aquele que perfilhamos, ainda que em quadros constitucionais). Veremos adiante este assunto com um pouco mais de pormenor.

Aqui, o que basicamente importa fixar, na lógica da proposta, é o princípio da separação entre o judiciário e o legislativo, na senda aliás da amplíssima tradição revolucionária de 1776 e 1789 que tudo indica se deve manter mesmo na perspectiva da defendida democracia radical, como já atrás ficou referido.

10. Importante alteração que derivará do modelo proposto será a repercussão sobre a natureza constitucional dos tribunais e as carreiras das magistraturas. Pese embora a profundidade das alterações, ainda aqui se pode continuar a falar de reforma e não de revolução.

Começemos pelos juízes, que definitivamente terão que ser considerados funcionários públicos e não órgãos de soberania, como muitos hoje pretendem, embora mesmo dentro do actual quadro, v.g. no caso português, seja

amplamente duvidoso que assim se possam considerar, uma vez que o órgão de soberania seria o tribunal, entendido em sentido amplo, e não o elemento juiz, apenas um dos seus componentes. Não pretendendo entrar nesta discussão, que conduz alguns ao entendimento de que nem sequer os tribunais são verdadeiros órgãos de soberania, o que parece ser consequência inelutável da proposta será a indiscutível funcionalização dos juizes – o MP não oferece qualquer dúvida que já o é – dependentes disciplinarmente e organicamente, em última instância, da assembleia judiciária, essa sim o órgão de exercício da soberania no subsistema. O magistrado estará para o conselho respectivo como o funcionário dum ministério está para o governo, funcionalmente com a mesma natureza que terá o oficial de justiça, p. e., embora com outro conteúdo funcional e diferente categoria. O conselho por sua vez, como vimos atrás, estará para a assembleia como o governo está para o parlamento, *mutatis mutandis*.

Questão diferente, e específica do subsistema em geral e das magistraturas em particular, é a que se prende com a independência, a irresponsabilidade e a inamovibilidade.

A independência do poder judicial foi já analisada atrás tendo ficado entendido que não se trata de independência relativamente ao soberano, perante o qual só se pode considerar haver dependência, mas apenas perante o poder político *strictu sensu*. Esta questão fica contudo prejudicada face ao modelo de auto-governo proposto para o subsistema, uma vez que a intensidade da via legitimatória proposta é semelhante e as dependências ficam, por natureza e definição, mutuamente afastadas, salvo os mecanismos de *checks and balances* aceitáveis e recomendáveis, mas que não constituem em si, evidentemente, uma relação de dependência política. Assim, e nesta medida, parece evidente que não faz sentido falar de dependência.

Questão diferente será a da independência funcional do juiz e do agente do MP no exercício das suas funções, mormente a actividade de decisão do julgador.

E, neste plano, parece não poder haver outra resposta que não seja a da manutenção do modelo de independência, neste caso até reforçada pela natureza não definitiva nem executória da decisão, a qual, segundo a proposta, reside sempre na assembleia judiciária, nos termos já atrás adiantados. O juiz deve julgar em consciência e com total independência, tal como hoje sucede nas UPR's objecto do estudo. Ainda aqui e mais uma vez a proposta não colide com o tradicional funcionamento do subsistema.

Isto, evidentemente, sem prejuízo do funcionamento disciplinar e orgânico, tal como também hoje acontece, agora com redobrada legitimidade, uma vez que os conselhos dependem e são nomeados pela assembleia, o que não acontece nos modelos actuais, como já sobejamente vimos.

No que à responsabilidade – civil e penal – diz respeito, dos magistrados no exercício das suas funções, já a resposta do modelo proposto não poderá deixar de ser no sentido da concordância com as regras existentes nos restantes subsistemas. Convém aqui, contudo, fazer um parêntesis para notar que esta é, pelo menos em grande parte da sua interpretação, uma falsa questão. De facto, os magistrados, mormente os juizes, já são responsáveis em termos muito similares aos dos restantes funcionários dos outros subsistemas do Estado. Ou seja, têm que responder pela sua actuação se actuarem com culpa ou negligência relevante. Este princípio é o já praticado, dum modo geral, em todas as UPR's da nossa zona. Não sendo, contudo uma questão relevante relativamente ao presente estudo, não será desenvolvida.

Finalmente, uma nota apenas também no que concerne ao princípio da inamovibilidade. Embora esta também não seja questão de relevância central

relativamente ao estudo, tudo parece indicar que a especificidade se mantenha no subsistema, ou seja, não permitindo que o magistrado seja deslocado por razões que se prendam exclusivamente com o modo como desempenha as suas funções, e apenas com esta dimensão. Não seria aceitável, por outro lado, que o magistrado recusasse a sua colocação, ainda que contra a sua vontade, em diferente local ou jurisdição, impedindo a aplicação de políticas do órgão de soberania, sem prejuízo evidentemente das normais regras de direito laboral já existentes para os restantes funcionários públicos.

11. A existência duma segunda Câmara, nos países que a não possuem, como é o caso português, e mesmo de uma terceira naqueles que possuem sistemas constitucionais bicameralistas, potencia a possibilidade de complexizar os processos de controlo mútuo dos poderes políticos, os chamados mecanismos de *checks and balances*, o que constitui sempre um saudável princípio de limitação do exercício do poder.

Sem perder de vista que a proposta assembleia judiciária constitui, como se viu atrás, um órgão de exercício da soberania segmentário, regulador dum subsistema específico e que, como tal, não poderá estar dotado de poderes da mais ampla magnitude, como seria o caso, p. e., do poder de dissolver o Parlamento, ou de impugnação do Presidente, ou de demissão do Governo, a verdade, contudo é que, fora destes casos extremos, fica um mundo de possibilidades de interações com os outros órgãos de exercício da soberania que poderão potenciar os mecanismos políticos de controlo mútuo do poder.

Evidentemente que a definição dos modelos constitucionais destes mecanismos foge totalmente ao âmbito deste trabalho, além de que dependerá muito das tradições políticas e das condições económicas, sociais e históricas de cada UPR,

pelo que as combinações possíveis são quase infinitas, dependendo muito também da imaginação dos intérpretes legisladores de cada unidade.

Não se deverá também perder de vista, na elaboração desse trabalho de descida ao concreto, que a proposta assembleia deverá sempre ser de mais reduzida dimensão do que os parlamentos políticos de âmbito geral, até pela sua própria natureza, como já foi dito. Não faria qualquer sentido que uma assembleia segmentária e subsistémica tivesse maior número de deputados que o Parlamento, evidentemente. O maior número de deputados conferir-lhe-ia, pelo menos aparentemente, uma maior legitimidade política, o que seria um contra-senso. Assim, embora seja plausível que a assembleia judiciária necessite de um elevado número de funcionários para o seu funcionamento específico, acrescido das funções que lhe sejam constitucionalmente conferidas no âmbito dos mecanismos de *checks and balances*, a verdade é que muitas dessas funções deverão ser acompanhadas por assessores e não por deputados judiciários. Não seria compatível com a democracia moderna e com o conceito actual de legitimação a existência de uma assembleia à maneira da Helieia ateniense, com os seus 6000 heliastas em funções, por vezes em simultâneo.

Finalmente, convém também não perder de vista que, mesmo no estrito marco das suas funções específicas, à assembleia judiciária deverá ser sempre cometida a natureza de tribunal constitucional, como foi atrás dito, o que por si só a força a interagir no domínio das relações com os outros órgãos de soberania.

12. Por fim, uma última consideração quanto aos serviços tradicionais das funções do Estado que deverão estar submetidos à superintendência das assembleias judiciárias.

O princípio consonante com o espírito da proposta enuncia-se com simplicidade: ao judiciário o que é do judiciário. Ou seja, todos os serviços do Estado que se inscrevam no marco da administração da Justiça, entendida como função do Estado, devem estar submetidos à superintendência da assembleia judiciária.

A concretização deste princípio dependerá das culturas e tradições específicas de cada UPR, sendo embora relativamente fácil encontrar um denominador comum que incluirá, desde logo, os tribunais, os serviços do MP, os serviços prisionais no seu núcleo central, as polícias judiciárias, o acompanhamento da execução de penas e, evidentemente, os conselhos das magistraturas.

É importante notar que esta solução implica alguma re-arrumação dos serviços na sua orgânica tradicional. Se por um lado parece óbvio que deverão ser subtraídos ao âmbito da assembleia judiciária os serviços notariais e de registos, que nada têm a ver com a administração da Justiça, por outro não poderão deixar de passar para o terreno do judiciário as actividades de serviços sociais que se dedicam ao acompanhamento da execução das penas, como, v.g., os assistentes sociais que acompanham os condenados em regime de *probation*. Assim como não deverão nele ser incluídos, como é tantas vezes reclamado pelos agentes do judiciário, os serviços das caixas de previdência, a assistência médica e medicamentosa, etc.

Esta perspectiva levaria, p.e., à inadmissibilidade de soluções como a recentemente proposta em Portugal, de fusão das polícias, incluindo a própria polícia judiciária, submetendo-a a um comando único, no marco da superintendência governativa. As polícias judiciárias constituem, no espírito desta proposta, um dos mais importantes instrumentos de política de Justiça e deverão estar na directa dependência dos heliastas; devem constituir uma polícia da assembleia judiciária, com o mais lato âmbito e sem concorrência com as outras

polícias e actividades semelhantes, como as diversas inspecções de institutos e serviços ministeriais. As actividades de investigação criminal terão que estar todas elas superintendidas pela assembleia judiciária, através da sus polícia, sem prejuízo, evidentemente, da colaboração especial e técnica que daí possa advir, sempre sob a coordenação da polícia judiciária.

Os serviços de inteligência e defesa do Estado, evidentemente, são do estrito âmbito governativo.

A advocacia, quando em serviço público, segundo o modelo americano, estará necessariamente no marco da assembleia, enquanto que se se tratar de serviço privado, deverá a ele ser subtraído.

Epílogo

A proposta cujos traços fundamentais acabo agora de alinhar não é um acto de proselitismo, embora, verdade se diga, se possa considerar *engagé* numa determinada perspectiva política, que é, em suma, a do aprofundamento da democracia, ou seja, para utilizar a linguagem mouffiana, a da Revolução Democrática.

Como disse inicialmente, o judiciário é, sem dúvida alguma, o subsistema mais refractário à democratização de entre todos os das nossas UPR's, o que mais se tem mantido subordinado aos paradigmas anteriores ao espírito – ainda incumprido – do ideário de 1789. O subsistema judiciário é, na sua essência e nas suas estruturas fundamentais, filho do pensamento medieval. Dito assim parece chocante, mas é a pura verdade. Qualquer análise estrutural mais aprofundada nos revelará – como espero que aqui se tenha parcialmente desnudado – a profunda submissão do subsistema aos paradigmas medievais, desde as suas mais simples estruturas às mais complexas. É corporativo, anti-democrático, autoritário, iniciático, elitista, antiquado, etc.

Tudo indica que isto se começou a perceber e que uma profunda revolução tem que abalar o subsistema e adaptá-lo às realidades actuais, sobretudo à democratização em curso nas sociedades desenvolvidas.

Esta é uma ideia, ainda que possivelmente má. Mas é também de ideias que se faz a Universidade.

Espero, assim, ter contribuído para esse desiderato, ainda que modestamente.

Bibliografia

AFONSO, Orlando V. M., Poder Judicial, Independência in Dependência, Almedina, Coimbra, 2004

ANEX-CABANIS, Danielle, *La magistrature en Suisse*, em *L'Élection des Juges*, sob a direcção de Jacques Krynen, P.U.F., Paris, 1999

ARISTÓTELES, *A Política*. Editorial Presença, Lisboa, 1965

BANDRÉS, José Manuel, *Poder Judicial y Constitución*. Bosch, Barcelona, 1987

BICA, António, *O Poder de Julgar em Portugal, Estado de Direito Democrático*, Veja, Lisboa, s/d

BOBBIO, Norberto, *Teoria Geral de Política*. Editora Campus, Rio de Janeiro, 2000

BONAVIDES, Paulo, *A Despolitização da Legitimidade*. O Direito, Ano 125º, I-II, Lisboa, 1993

CAETANO, Marcelo, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 2 tomos, Coimbra Editora, Coimbra, 1970

CANAS, Vitalino, *Preliminares do Estudo da Ciência Política*, Publicações “O Direito”, Macau, 1992

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Legitimidade do Poder Judicial*, em *A Justiça em Portugal*, Conselho Económico e Social, Lisboa, 1999

CASTÁN, Francisco Marín, *Control democrático y legitimación del Poder Judicial*. Poder Judicial, Nº Especial XI, Madrid, 1989

CASTRO, Luciano Varela, *Sobre la legitimidad del Poder Judicial*, Poder Judicial, Nº Especial XI, Madrid, 1989

COSTER, Michel de, BAWIN-LEGROS, Bernadette, *Introdução à Sociologia*. Editorial Estampa, Lisboa, 1998

FERRAJOLI, Luigi, *Justicia Penal y Democracia*. El contexto procesal, Jueces para La Democracia, Nº 4, Madrid, 1995

- FERRERO, Guglielmo, *Potere*. ed a cargo de Gina Lombroso, Milão, 1959
- GAGO, Mariano, *O Problema Epistemológico da Complexidade*. 2ª ed., Europa-América, Lisboa, 1996
- GALBRAITH, John Kenneth, *Anatomia do Poder*. Difel, Lisboa, s/d
- GÓMEZ, Manuel Peris, *El Poder Judicial dentro del Poder del Estado*, Poder Judicial, nº Especial XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989
- GONZALEZ-CUELLAR, António, *El poder Judicial en la Constitución*. La Ley, nº 2224, Maio, Madrid, 1989
- GRANDA, Piedad González, *Independencia del Juez y Control de su Actividad*. Tirant, Valencia, 1993
- GUARNIERI, Carlos; PEDREZOLI, Patricia, *Los Jueces y la Política*. Taurus, Madrid, 1999
- GUERRA, Luís López, *La legitimidad democrática del juez*. Cuadernos de Derecho Publico, Instituto Nacional de Administración Publica, nº 1, Maio-Agosto, Madrid, 1997
- HABERMAS, Jurgen, *Como es posible la legitimidad por via de legalidad?* Doxa 5, Cuadernos de Filosofia del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1988
- HABERMAS, Jurgen, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Edicions Cátedra, Madrid, 1999
- IBÃNEZ, Andrés, *Poder Judicial e Democracia política: lições de um século*, sub júdice/ideias, Nº19, Lisboa, 2000
- KISSINGER, Henry, *Diplomacia*. Gradiva, Lisboa, 1996
- LIPSON, Leslie, *Les Grands Themes de la Pensée Politique*. PFNSP, Paris, 1999
- LUHMAN, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts*. Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1983
- LUHMAN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*. Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1983
- LUHMAN, Niklas, *Soziologie des politischen Systems*, em *Soziologische Aulklärung*, Opladen, 1970
- MAGALHÃES, Pedro Coutinho, *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, org. António Barreto, D. Quixote, Lisboa, 2000

- MAYALI, Laurent, *La selection des juges aux États-Unis*, em *L'Election des Juges*, sob a direcção de Jacques Krynen, P.U.F., Paris, 1999
- METAIRIE, Guillaume, *L'électivité des magistrats judiciaires en France 1789-1814*, em *L'Election des Juges*, sob a direcção de Jacques Krynen, P.U.F., Paris, 1999
- MIRANDA, Jorge, *Estudos sobre a Constituição*, Vol. I, Petrony, Lisboa, 1983
- MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*. Ed. Istmo, Madrid, 2002
- MOUFFE, Chantal, *El Retorno de lo Político*. Paidós, Barcelona, 1999
- POULANTZAS, Nicos, *Poder Político e Classes Sociais*. 2 vol., Portucalense Editora, Porto, 1971
- POUMAREDE, Jacques, *L'élection des juges en débat sous la IIIe République*, em *L'Election des Juges*, sob a direcção de Jacques Krynen, P.U.F., Paris, 1999
- RANGEL, Paulo Castro, *Repensar o Poder Judicial*. Univ. Católica, Lisboa, 2001
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*. Editorial Presença, Lisboa, 2000
- RIDLEY, Matt, *The Origins of Virtue*. Penguin Books, New York, 1996
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Legitimidad y independencia del poder judicial en el estado democratico de derecho*, Direito e Justiça, Vol. XIV, Tomo I, Lisboa, 2000
- RUSSEL, Bertrand, *Power: A New Social Analysis*. George Allen and Unwin, London, 1938
- SCHMITT, Carl, *El Concepto de lo Político*. Alianza Editorial, Madrid, 2002
- SENDRA, Vicent Gimeno, *Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*. Revista de Derecho Procesal iberoamericano y filipino, Madrid, 1978
- SILVA, Germano Marques da, *A fundamentação das decisões judiciais. A questão da legitimidade democrática dos juízes*. Direito e Justiça, Vol. X, Tomo II, Fac. Direito da Univ. Católica Portuguesa, Lisboa, 1996
- SOARES, Fernando Luso, *Direito Processual Civil*. Almedina, Coimbra, 1980
- TATE, C. N. e Vallinder, T., *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, Nova Iorque, 1995
- TAWNEY, Richard, *Equality*. Unwin Books, London, 1964

VERRET, Michel, *Theorie et Politique*. Editions Sociales, Paris, 1967