

# LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIAL<sup>1</sup>

NOÉMIA NEVES ANACLETO

Partindo da crise dos poderes em geral, ao longo de um artigo onde se debruça sobre a crise da legitimação do poder judicial como fenómeno global e, em particular no nosso país, a autora percorre os fundamentos de legitimidade do judiciário, evidenciando a complexidade do fenómeno, em constante evolução com a mudança de mentalidades, concluindo pela necessidade de uma legitimação actual, obtida com critérios aceites nos tempos que correm.

«Os juízes têm de corresponder a uma cidadania exigente: devem ter um perfil ético irrepreensível, uma boa preparação técnica jurídica, bom senso e sensibilidade social» devendo passar a contar com «o novo poder fiscalizador da opinião pública», como recentes acontecimentos têm demonstrado.

## 1. A CRISE DA LEGITIMAÇÃO DOS PODERES

1. Todo o poder, ainda que legítimo, carece de justificação. Precisa de se impor à comunidade sobre a qual se exerce, com a aceitação geral dos seus membros ou, pelo menos, da maior parte deles.

A preocupação com a busca da legitimidade de qualquer poder existiu desde sempre. Porém, nos últimos anos tem-se questionado mais intensamente a fonte da legitimação dos poderes e o modo como são exercidos. A busca da legitimação do poder judicial insere-se, assim, na preocupação, mais geral, de conferir legitimidade a qualquer forma de poder.

Vive-se actualmente uma grande exigência social de perfeição e de visibilidade na actuação do exercício dos poderes, reivindicando-se simultaneamente a responsabilização dos seus detentores pelos actos cometidos. É uma atitude nova, pelo menos na sua exteriorização e na forma de se manifestar.

A grandiosa resposta social dos movimentos antiglobalização, ocorrida em 1999 em Seattle e repetida depois em Porto Alegre e Génova, insere-se nesse fenómeno global e universal.

A par disto, emerge em todo o mundo uma nova força: a da opinião pública.

---

<sup>1</sup> Este texto teve por base uma comunicação apresentada pela autora em 2003, ao Congresso da Justiça.

Potenciada pelos meios de comunicação, com um peso e influência indiscutíveis, a emergência da opinião pública como força poderosa, exigente, crítica e actuante, constitui uma realidade inegável.

O alargamento da instrução e cultura a um número cada vez maior de cidadãos torna-os mais esclarecidos, mais interessados, mais intervenientes. Incrementa o interesse em seguir o que se passa no mundo que os rodeia e possibilita-lhes ter um olhar crítico sobre a forma como actuam os órgãos do poder, incluindo os tribunais.

## **2. A CRISE DA LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIAL**

1. Tal como aconteceu com as outras formas de poderes institucionais, o poder judicial também sofreu uma erosão, que provocou uma crise de legitimação indissociável da crise da justiça.

Não é uma questão nova, nem exclusivamente portuguesa. Está a acontecer na Europa, na América Latina e em África. Porém, há que reconhecer que nunca como hoje ela se apresentou com tanta visibilidade e suscitou tantos debates nas sociedades democráticas.

São várias as razões apontadas para explicar o que levou à situação actual.

2. Na evolução histórica, ao império do rei sucedeu o império da lei, trazido pelas ideias liberais nos séculos XVIII e XIX. O liberalismo pretendeu opor-se ao absolutismo do antigo regime, substituindo o governo dos homens pelo governo das leis. Considerando que a lei era um limite ao exercício do poder, os liberais entendiam que este não podia ser discricionário e teria de ser exercido de acordo com a lei. Por sua vez, a lei emanava da soberania do povo.

Retirada a função jurisdicional ao rei, foi atribuída aos juizes, que passaram a estar sujeitos à lei. A sua função era legitimada por contribuir para a aplicação da lei, com a cautela exigível para que, na decisão dos conflitos, não fossem violados outros interesses protegidos e com a necessária objectividade e imparcialidade para que a decisão imposta pudesse ser aceite pelos litigantes ou pelos membros da comunidade em geral.

O império da lei foi abalado quando se passou a exigir a submissão das leis aos princípios e valores jurídicos considerados fundamentais, que passaram a consubstanciar os ideais de justiça a que se entendeu dever submeter-se a prática jurídica.

Com o império da justiça, exigiu-se o abandono do legalismo como prática baseada num conceito restrito da lei. Os juizes continuaram a ser os agentes e os garantes da legalidade, passando a interpretar a lei de acordo com os ideais de justiça a que a prática forense deve estar submetida. Porém, as condições da legitimidade da sua actuação passaram a ficar sujeitas a um sistema de controlo processual e epistemológico. Os critérios de racionalização das decisões judiciais tornaram-se objecto de indagação.

3. Uma das causas que contribuiu para o desgaste do poder judicial foi o recente alargamento do seu campo de acção.

Os tribunais passaram a ser chamados a pronunciar-se sobre questões novas — questões ambientais, defesa de interesses difusos, questões de bioética, modificação genética de organismos, entre outras —, sem que tivessem preparação técnica e científica para as julgar, nem estruturas adequadas às novas exigências.

4. A isto acresce um novo fenómeno social e político que levou à transformação do papel do poder judicial e à mudança da sua posição relativamente aos demais poderes.

É aquilo a que se tem chamado “activismo jurisdicional” e resulta duma inflação da intervenção jurídica. Surge como uma consequência do enfraquecimento do Estado, a par da promoção da sociedade civil e da força dos *media*. Com a diminuição dos poderes tutelares com funções de autoridade, como o político, o clerical e o paternal, os juízes surgem como o último recurso para quem os cidadãos se voltam.

Esta inflação da intervenção judiciária tem ainda outras explicações.

A solicitação da justiça tornou-se geral e tudo e todos se tornaram objectos passíveis de jurisdição, ou, justiciáveis, no dizer de Antoine Garapon. Os políticos e os homens notáveis deixaram de estar acima da lei e são agora sujeitos à justiça penal comum; a própria lei pode ser escrutinada pelo Tribunal Constitucional; o Governo, pelo Tribunal do Luxemburgo; o funcionamento das instituições judiciais, pelo Tribunal de Estrasburgo.

Por outro lado, a integração dos Estados numa comunidade supra estadual e o aparecimento de fontes de direito supranacionais, a que as ordens jurídicas nacionais devem submeter-se, conferiu aos juízes o novo poder, e também a obrigação, de julgarem o próprio direito interno. Este deverá agora submeter-se a normas que exprimem princípios de valor superior. O juiz deixou assim de ser um mero aplicador do direito, de ser “a boca da lei” de que falava Montesquieu, para se tornar um intérprete crítico que verifica a conformidade da lei com um direito superior — a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o direito comunitário, etc.

A par desta emancipação do juiz, que agora pode julgar a lei de acordo com normas que traduzem princípios de um valor superior, verifica-se um ascenso do poder judicial, resultante duma renovada concepção da democracia, portadora de expectativas políticas novas, de que os juízes surgem como potenciais garantes. Os cidadãos recorrem cada vez mais aos tribunais para formular pedidos que correspondem às expectativas emergentes.

Com uma intervenção cada vez maior na vida social, do juiz se espera que seja não só o julgador, mas também o conciliador, o apaziguador dos conflitos sociais, que decida questões do interesse público, como as da bioética, do ambiente ou dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A explosão dos processos é, assim, um fenómeno social.

O activismo jurisdicional corresponde também à expectativa das novas exigências dos cidadãos para controlo, pelo poder judicial, da actuação dos políticos e dos notáveis envolvidos numa nova criminalidade complexa: a da corrupção.

A justiça invade as esferas da vida pública e privada e os juízes “comportam-se como guardiões da virtude pública”<sup>2</sup>

Pizzorno chamou-lhe “o controlo da virtude”. Em Itália deu lugar à operação *mãos limpas* e em Espanha a processos em que políticos e banqueiros muito poderosos foram levados a julgamento, destacando-se nesta actuação o juiz Baltazar Garçon.

No mesmo sentido, em Portugal surgiram, nos anos mais recentes, processos inéditos contra figuras conhecidas do mundo da política ou do futebol.

O ascenso do prestígio e do poder das magistraturas judiciais, decorrente desta nova forma de actuação, além do incómodo que causou nas esferas atingidas, proporcionou aos juízes uma notoriedade e uma exposição à curiosidade pública e aos órgãos de comunicação social, que lhes foi claramente desfavorável, por falta de estruturas para o desempenho das novas funções. Goadas as expectativas para a magistratura resolver os novos problemas, o seu protagonismo cedo passou a ser negativo.

### 3. O CASO PORTUGUÊS

1. A crise do nosso sistema judicial insere-se na evolução que ficou apontada.

Importa porém assinalar que o caso português tem de relevante a rapidez com que se tem desenvolvido.

Ultimamente apresenta algumas características específicas ou, pelo menos, que se verificam com uma intensidade maior do que na generalidade dos demais países em que o fenómeno ocorre.

2. Nos últimos trinta anos, passou a recair sobre o nosso poder judicial o controlo da constitucionalidade, alargou-se o campo da sua intervenção na garantia contra lesões dos direitos fundamentais, na defesa dos direitos difusos, no controlo da legalidade dos actos da administração, na imputação da criminalidade a figuras públicas.

Tudo isto perante uma sociedade em conflitualidade crescente.

A par da expansão derivada destas novas situações, o poder judicial passou a interferir no campo do poder político e do poder legislativo.

O Tribunal de Contas controla agora parte da actividade do órgão executivo, limitando o seu poder e a sua acção.

---

<sup>2</sup> Ricoeur, Paul, *in* prefácio a “Guardador de Promessas” de A. Garapon, pág. 10, ed. Instituto Piaget.

Na sua forma de fiscalização abstracta, o Tribunal Constitucional interfere com a esfera do poder legislativo, exercendo sobre ele um efectivo controlo da adequação da sua acção aos preceitos constitucionais.

3. Decorrente das profundas transformações sociais ocorridas com a Revolução de Abril, em Portugal assistiu-se a uma repentina massificação dos processos judiciais, fruto da consciencialização dos direitos individuais que conduziu ao aumento do poder reivindicativo dos cidadãos.

4. Ocorreu nos últimos anos uma legiferação vasta e por vezes deficientemente formulada, resultado de difíceis processos de negociação, que introduziram factores de dificuldade na aplicação do direito e na função judiciária. A maior tecnicidade das matérias a regulamentar passou a reclamar dos órgãos legislativos conhecimentos e preparação que não têm, dando origem a textos imperfeitos e de difícil interpretação.

5. A fragmentação do poder judiciário, trazida pela criação de tribunais e comissões arbitrais, provedores, julgados de paz, órgãos de mediação e de resolução de pequenos conflitos, articulados com os tribunais judiciais por via do recurso das respectivas decisões, foi um dos factores que contribuíram para o enfraquecimento do poder judicial, agora dividido.

6. Na sociedade portuguesa, a questão da legitimação do poder judicial assume hoje um especial relevo e importância.

Há que ter a consciência de que, nos últimos anos, entre nós se passou a questionar o acerto das decisões dos nossos juizes, o desempenho dos tribunais, os males da justiça.

É inevitável que estas questões ponham em causa a natureza e a origem da legitimação do poder. Nos últimos anos, tornou-se patente o mal-estar entre os cidadãos acerca da justiça que temos e agudizaram-se as relações entre eles e os operadores judiciários.

Questões relevantes como o segredo de justiça, a prisão preventiva e o abuso da sua aplicação, o recurso a escutas telefónicas inaceitáveis para o cidadão comum, tem sido recentemente objecto de debates constantes, interessados e com larga divulgação.

Admitir a existência destes problemas, reconhecer a necessidade de os debater, promover a sua discussão, é procurar o caminho para a busca de soluções que se impõem urgentemente.

## **4. LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIAL**

### **4.1. Fundamentos da legitimidade formal**

1. Num Estado democrático, a regra é a de que a legitimidade decorre do sufrágio popular.

Entre nós, o Presidente da República, o Parlamento, o Governo são eleitos democraticamente, decorrendo daí a legitimidade do seu mandato e também a sua sujeição ao controlo externo da sua actuação.

Apenas o poder judicial, enquanto órgão de soberania escapa a esta forma de designação.

## 2. Quais são então os fundamentos da sua legitimação?

Tantos quantos são os autores que se pronunciaram sobre a legitimação do poder judicial assim se contam as diversas fundamentações invocadas. E, se algumas são coincidentes, diverge a relevância que lhes é dada.

Apontando apenas alguns exemplos, citaremos:

O IV Congresso dos Juizes Portugueses, em Fevereiro de 1997 concluiu que a legitimação dos Juizes reside na lei enquanto referência de uma consciência comum.

O V Congresso dos Juizes Portugueses, em Novembro desse ano, concluiu que a legitimidade do poder judicial decorre directamente da Constituição e que a sua legitimação se faz através de reformas processuais e orgânicas eficazes que permitam uma judicatura independente.

O Juiz Joel Timóteo Pereira defende que a independência é o pilar fundamental da legitimação dos Tribunais, enquanto o Juiz Henriques da Graça entende que a legitimação do poder judicial radica na Constituição.

Para o Juiz Igreja de Matos, a legitimação dos juizes decorre da sua sujeição à Constituição e à lei, existindo no poder de proferir uma decisão judicial e decorrendo da publicidade da sua intervenção, dos mecanismos de conservação da prova, da fundamentação obrigatória das decisões e da sujeição destas a recurso.

O Juiz Mouraz Lopes defende que a legitimação judicial se sustenta na imparcialidade e independência, pressupondo visibilidade, transparência, fundamentação e inequívocidade das decisões para que sejam aceites

Numa comunicação ao Congresso da Justiça, em Março de 2003, a Juiz Maria de Fátima Mata-Mouros sustenta que a questão fundamental subjacente ao tema da legitimação do poder judicial se reconduz à problemática da fundamentação da decisão.

## 3. A grande diversidade de pontos de vista com que deparamos quando percorremos comunicações sobre a legitimação do poder judicial deriva, antes de mais, do facto deste conceito abranger vários campos diferentes entre si.

Se umas vezes se fala em legitimação na sua vertente formal, noutras, fala-se em legitimação no aspecto material.

Há ainda que definir o âmbito da própria expressão. Uns autores entendem que ela se refere aos juizes, outros estendem-na aos magistrados do Ministério Público, havendo ainda quem defenda que abrange todos os participantes processuais, nomeadamente os advogados, na medida em que todos podem e devem contribuir para a produção de decisões judiciais.

Referir-nos-emos apenas aos juizes, os protagonistas mais importantes da função jurisdicional e, por isso mesmo, aqueles cuja legitimação mais se discute e está na ordem do dia.

4. A legitimação democrática corresponde a uma legitimação formal — é aquela que deriva da vontade popular expressa pelo sufrágio.

O sistema electivo vigorou em França, onde a eleição dos juizes era uma profissão de fé da oposição republicana desde a Restauração. Em 1882, a Câmara dos Deputados proclamou “ Os juizes de todas as ordens são eleitos por sufrágio universal”.

Abandonado em França, este sistema é seguido actualmente na Suíça e nos Estados Unidos, sendo hoje excepcional mesmo nas sociedades democráticas.

Não obstante o facto de, em Espanha, os juizes não serem eleitos por sufrágio dos cidadãos, Alfonso Villagómez Cébrian, magistrado do Tribunal Superior de Justiça da Galiza, recorre a um interessante argumento para defender a sua legitimidade democrática. Sustenta que o juiz encontra tal legitimidade na aplicação da lei, cuja oportunidade e conteúdos concretos procedem sempre do poder legislativo, que emerge legitimamente da expressão da vontade popular manifestada em eleições. Por sua vez, estas servem também para configurar o sentido político da realidade social de cada momento, realidade com a qual o juiz se tem de sintonizar na sua função applicativa do direito. E é precisamente na aplicação da lei que o juiz encontra a sua legitimidade democrática.<sup>3</sup>

Numa linha diferente da anteriormente citada, mas não divergente dela, um grupo de quatro Magistrados do Ministério Público, num trabalho apresentado ao Congresso da Justiça de 2003 por, intitulado “Legitimidade do poder judicial”, sustenta que se recomenda para os tribunais uma legitimação não eleitoral, uma vez que exercem o poder soberano de administrar a justiça segundo uma lógica cognitiva (indagar os factos e apurar a verdade) e declarativa (declarar a justiça do caso segundo o direito pré-constituído), contrariamente ao poder representativo cuja função é a de constituir a ordem jurídica. Aplicando os tribunais o direito criado pelos representantes do povo, que agem em nome deste, justifica-se uma legitimação diferente da dos órgãos eleitos. Numa perspectiva inovadora, faz-se ainda notar que o voto popular confere uma forma imperfeita de legitimação porque a soberania não pode ser delegada e que, sendo embora o sufrágio o paradigma da legitimação em democracia, não é fonte exclusiva da legitimidade. O poder judicial teria assim uma legitimação material derivada da sua actuação sujeita à lei pré-constituída, criada pelos órgãos eleitos.

No actual sistema português, a lei constitucional estabelece uma conexão entre a soberania popular e o exercício da função jurisdicional, no art. 202.º:

---

<sup>3</sup> Artigo de opinião, no jornal *El País* de 9.02.2009.

“Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”.

Temos assim uma legitimação formal que é constitucionalmente conferida aos tribunais. Esta legitimidade formal, ainda que acrescida pela legitimação legal — sujeição dos juízes à lei — é hoje reconhecidamente insuficiente, não obstante provir da Constituição e decorrer de outros princípios ali definidos (como a apreciação oficiosa pelos tribunais da constitucionalidade da lei nos casos concretos submetidos ao seu julgamento, publicidade das audiências, fundamentação obrigatória das decisões, natureza obrigatória do caso julgado).

## 4.2. Fundamentos da legitimidade material

1. O que justifica o poder do juiz ditar uma decisão e a obrigação de nos submetermos a ela?

Alguns autores apresentam três tipos de legitimidade: a funcional, a política e a orgânica.

Na primeira, o juiz retira a sua legitimidade da eminência da própria função, das suas competências e da garantia da sua independência.

A legitimidade política do poder judicial provém do facto de ser responsável pelas condições que permitem o funcionamento dos poderes legislativo e executivo. A justiça é uma instituição que cumpre uma função ética. É um serviço público que diverge dos demais, pois tem a responsabilidade de salvaguardar o Estado de direito e de manter os seus valores.

O terceiro tipo de legitimidade deriva do modo de designação — uma eleição pelo povo.

2. Afastada a concepção de Montesquieu, segundo a qual o juiz tinha uma função puramente mecânica de aplicar as leis, de serem a boca que pronuncia as palavras da lei, hoje exige-se do juiz que aplique a lei, mas entende-se que a função cognitiva que lhe está subjacente — indagação dos factos e interpretação da lei — deve ser feita de forma actualizada, em conformidade com o sentimento geral da comunidade e de acordo com os princípios jurídicos a que a lei deve submeter-se.

Assim, antes de aplicar a lei, espera-se que o juiz verifique a sua conformidade a um direito superior — a Constituição e as convenções internacionais a que o Estado se obrigou (entre elas as regras comunitárias inseridas no direito positivo).

Os juízes portugueses não se têm mostrado sensíveis à necessidade de verificação da conformação da lei às normas internacionais, cada vez mais importante face à globalização do direito e das sociedades.

Isto mesmo foi constatado, com lucidez e coragem, pelo Juiz José Mouraz Lopes no VI Congresso dos Juízes Portugueses, lançando um alerta nesse sentido e um apelo para que os tribunais questionem e não apliquem as leis quando não respeitem os princípios a que estão obrigados,

designadamente os aceites pelo Estado Português em Convenções Internacionais.

3. Pensar a legitimação do poder judicial é, sobretudo, pensar a legitimação do juiz.

A função de julgar, legitimada pela vinculação do juiz à lei, exige uma dupla liberdade: uma perante os outros poderes, a outra, relativa às consequências das suas decisões.

Esta liberdade é geradora da independência do poder judicial perante os poderes legislativo e executivo. A legitimidade do juiz radica na sua independência, que constitui a garantia prestada aos cidadãos duma decisão justa porque tomada ao abrigo de pressões exteriores.

Mas, esta liberdade e independência têm como corolário uma responsabilidade ética perante o Estado de direito.

Na já citada comunicação, a Juiz Fátima Mata-Mouros, com notável espírito crítico, faz notar que a via social de responsabilização dos juízes é uma meta incontornável nas sociedades actuais, destacando-se a motivação das decisões entre os pressupostos institucionais para a atingir, sem a qual a vigilância externa do poder judicial se torna completamente impossível.

Ainda segundo a mesma autora, a motivação é dirigida à generalidade dos cidadãos e destina-se, sobretudo, a possibilitar um controlo externo e geral dos fundamentos factual, lógico e jurídico da decisão. Deve ser pública e perceptível para qualquer pessoa, quer quanto ao fundamento lógico e jurídico da decisão, quer quanto às justificações de facto e de direito enunciadas.

Descrevendo a evolução histórica da prática da fundamentação das decisões, Jorge Malem Seña faz notar que, em Espanha até ao século XIX, os juízes não fundamentavam as suas decisões e actualmente constitui uma exigência legal<sup>4</sup>.

Entre nós, a evolução foi no mesmo sentido, porém, a obrigatoriedade da fundamentação já foi imposta no século XVI<sup>5</sup>.

E. como disse o Advogado Alberto Luís no Congresso da Justiça de 2003, "... é tempo de passarmos a exigir uma maior qualidade às motivações das decisões judiciais".

4. Como já anteriormente ficou referido, quando o império da justiça prevaleceu sobre o império da lei, abandonou-se o estrito legalismo, e passou-se a interpretar a lei de acordo com princípios e valores jurídicos considerados fundamentais. Os juízes continuaram a ser os agentes e os garantes da legalidade, mas as suas decisões e os respectivos critérios de racionalização passaram a ser controlados.

<sup>4</sup> In «Podem As Más Pessoas Ser Bons Juizes?», Rev. *Julgar* n.º 2 de 2007, pág. 32.

<sup>5</sup> Juíza Maria de Fátima Mata-Mouros, na já citada comunicação ao Congresso da Justiça.

Numa sentença judicial, a argumentação jurídica é lógica se partir de premissas válidas e se obedecer a certas características como a universalidade, a não contraditoriedade com as premissas, a coerência e a racionalidade. Para além disso, a motivação tem de ser clara, perceptível e aceitável para a maioria da comunidade. A publicidade dos processos decisórios é outra exigência imprescindível.

Ainda segundo o Professor Modesto Lopez, da Universidade de Granada, "... o juiz deve procurar a aceitabilidade da sua decisão por parte dos que participam no processo de argumentação jurídica. Deve orientar-se por um possível consenso em torno das razões da sua decisão... a aceitabilidade da decisão por parte da sociedade é o que guia o juiz na busca do direito".<sup>6</sup>

5. A legitimação é conseguida através do controlo externo e será, porventura, esta uma das mais importantes vias para o seu reconhecimento.

Nas sociedades democráticas considera-se essencial que num Estado de Direito todos os poderes sejam limitados por outros poderes e nem mesmo o poder judicial, cuja função se reconduz ao controlo dos demais poderes do estado, deve deixar de ser controlado.

Como bem disse o Procurador-Geral Adjunto Maia Costa, "Não podemos esquecer que o poder judicial é um lugar de exercício do poder e que em democracia todo o poder é responsável perante o povo, que é o único titular da soberania"<sup>7</sup>.

António Cluny, Procurador-Geral Adjunto, sustenta que "só valorizando o papel de controlo e direcção dos conselhos superiores se pode responder à crítica — formalmente infundada, mas praticamente verdadeira — de que os órgãos do poder judicial agem sem prestar contas"<sup>8</sup>.

É hoje consensual a necessidade da existência dum órgão exterior aos tribunais dotado de eficácia no controlo dos mesmos e não se põe em causa a sua contribuição para a legitimação do poder judicial. Contudo, há divergências quanto às suas funções e objectivos e mais ainda quanto à sua composição.

Para Antoine Garapon, juiz francês e Secretário Geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça, o conselho superior da magistratura existente em diversos países, procura proteger a imparcialidade dos juízes, assegurar a sua representatividade e garantir a ética<sup>9</sup>, entendendo ainda que a este órgão compete julgar os juízes.<sup>10</sup>

Laborinho Lúcio preconiza um novo modelo de auto-governo que assegure uma gestão global do sistema de justiça, uma co-responsabilização formal e institucional dos vários subsistemas, uma inequívoca legitimação demo-

<sup>6</sup> Jueces para la Democracia, *Information y Debate*, 18.

<sup>7</sup> *In O Sistema Judiciário Português*, pág. 65.

<sup>8</sup> *Idem*, pág. 27.

<sup>9</sup> *O Guardador de Promessas*, pág. 261

<sup>10</sup> *Idem*, pág. 274

crática, uma real eficácia de controlo e de responsabilização e uma transparência renovada.

Impõe-se a necessidade de criar um novo órgão que funcione como um conselho superior para a justiça. Seriam seus objectivos assegurar a independência do poder judicial e o controlo eficaz e externo do sistema judiciário. A esse órgão competiria a gestão global das questões judiciais e teria a consequente responsabilização pela mesma. Caber-lhe-ia também a fiscalização da actividade dos tribunais e atribuições da disciplina dos seus membros.

Da composição deste órgão depende muito a realização dos seus objectivos. Pretende-se que seja actuante, eficaz, não corporativo, capaz de assegurar a independência do poder judicial e também de o dignificar, fiscalizando o exercício da função judicial e exercendo o poder disciplinar quando ele se imponha.

No V Congresso dos Juizes Portugueses, estes concluíram que o C.S.M. deve ser constituído maioritariamente por Juizes eleitos pelos seus pares.

Uns juizes defendem a representação, pelo menos paritária, entre juizes e não juizes, com o voto de qualidade do Presidente da República, enquanto outros defendem que os membros do Conselho devem ser eleitos pela Assembleia da República, com a garantia da participação de magistrados, que poderão constituir maioria desde que esta resulte de uma legitimidade democrática externa.

No pólo oposto, se situa Antoine Garapon que afirma que os representantes dos magistrados nestes conselhos devem ser, imperativamente, minoritários, argumentando que um conselho superior da magistratura composto maioritariamente por juizes não poderá preencher um papel terceiro<sup>11</sup>.

6. A legitimação do poder judicial passa, também, pela avaliação da qualidade dos juizes, mas também do seu recrutamento e da sua preparação. A sua personalidade e o seu comportamento são a face mais visível, ainda que superficial, do mérito ou demérito da justiça que deles emana. Exige-se justamente deles que, para serem críticos e poderem julgar os outros, devam responder pela sua própria ética e pelo seu comportamento.

“A maneira de se comportar, de fazer as perguntas, de recomeçar uma instrução pública na audiência é do domínio exclusivo da prática profissional... Esta maneira de ser escapa, por definição, a toda a tentativa de controlo profissional”, escreve Antoine Garapon<sup>12</sup>.

Na nossa prática forense todos assistimos frequentemente a actos de descredibilização da justiça, decorrentes duma actuação criticável.

Isso acontece quando um juiz começa uma audiência depois da hora marcada e para agravar a situação, não dá qualquer justificação aos advogados, partes e testemunhas que fez esperar, por vezes, duas ou três horas.

<sup>11</sup> Obra citada, pág. 273.

<sup>12</sup> Obra citada (nota 9), pág. 272.

Ou, quando diariamente chega ao tribunal duas horas depois da hora para que marca habitualmente o início das diligências. Ou quando dirige uma audiência com manifesta arrogância. Ou quando deixa de dar andamento aos processos durante meses ou anos, sem motivo aparente. Ou quando tem o seu serviço atrasado, mas, por hábito, não comparece no tribunal senão em determinados dias da semana.

O novo juiz tem que corresponder a uma cidadania exigente com que vai confrontar-se.

Exigir-se-lhe-á um perfil ético irrepreensível, uma boa preparação técnica jurídica mas também em outras áreas em que seja chamado a julgar.

Terá de ter sensibilidade para perceber que os processos não são apenas um conjunto de actos burocráticos mas representam interesses, pessoas, direitos e deveres. Substituirá a actual cultura autoritária e técnico burocrática por uma cultura judicial democrática que permita realizar o princípio da igualdade de todos perante a lei.

A sua personalidade e o seu comportamento são a face mais visível do mérito ou demérito da justiça que deles emana. Exige-se justamente dele que, para ser crítico e poder julgar os outros, deva responder pela sua própria ética e pelo seu comportamento.

Terá de utilizar as ferramentas trazidas pelas novas tecnologias: a informática, a internet, os novos meios de comunicação.

Tudo isto implicará novas regras de recrutamento, selecção e formação. Implicará uma actualização permanente e sistemática. Implicará uma nova exigência a nível disciplinar.

Para Denis Salas, magistrado e professor na L'École Nationale de la Magistrature, a legitimidade do juiz não vem dum origem electiva, nem dum sistema de sanção. Exprime-se no quotidiano dum prática profissional que aceita reflectir sob o olhar dum opinião esclarecida.

A capacidade crítica e interventiva dos cidadãos de hoje não deixa de exercer uma fiscalização sobre o comportamento e a conduta dos juizes no exercício das suas funções.

“Nenhum debate sobre a independência do juiz é útil se estiver separado de uma reflexão sobre a estatura intelectual e social do juiz” escreveu Jean-Denis Bredin no Libération em 6 de Maio de 1991.

Para Capelletti, os ganhos do controlo social compensam largamente os riscos da pressão ilegítima sobre a decisão.

## 5. CONCLUINDO

Garapon dedicou a sua obra “Le Gardien des Promesses” ao tema de que o juiz, do ilustre ao modesto, está aí como guardião das promessas de vida e de dignidade, feitas à humanidade pelos nossos antepassados revolucionários e por tantos outros. Mas, não deixa de reconhecer uma existente preocupa-

ção com a possibilidade de vida para as gerações futuras perante as quais temos compromissos. Reconhece também que nos defrontamos com novos desafios, dos quais considera a exclusão o maior e que obriga o direito a repensar a sua missão.

Aguardam-nos a globalização do direito, o aumento das desigualdades sociais, a exclusão dos cidadãos sem capacidade para se exprimir, o crescente aumento dos grandes grupos multinacionais de actividades económicas, a criminalidade organizada a uma escala nunca antes existente.

Para fazer face a estes desafios e às novas exigências das sociedades democráticas há que reconhecer que se impõe uma nova cultura judicial, em permanente actualização.

Uma sociedade democrática não pode prescindir dum poder judicial prestigiado, aceite pelos seus cidadãos e que garanta a sua segurança e a paz social.

Para isso, é necessário que não seja posta em causa a sua legitimação. E esta tem de ser actual, obtida com critérios aceites nos tempos que correm.

A legitimação do poder judicial é um fenómeno complexo e os seus fundamentos estão em constante evolução, de acordo com as mudanças de mentalidades. Procurámos apontar neste trabalho alguns deles, sem a pretensão de os termos esgotado.

Pensamos que a legitimação só será obtida com base na conjugação de diversos fundamentos, embora com maior relevância uns do que outros.

A independência dos magistrados é uma responsabilidade democrática para assegurar a sua isenção e imparcialidade. Não pode ser confundida com privilégios corporativos. Tem de ser usada para garantir os direitos humanos e para impedir a exclusão e a denegação de justiça.

A motivação das decisões é imprescindível para possibilitar o controlo externo e para que possam ser compreendidas e aceites pelos cidadãos.

Para a legitimação do poder judicial é também necessária a existência dum órgão exterior aos tribunais, perante os quais estes respondam.

Os juízes têm de corresponder a uma cidadania exigente: devem ter um perfil ético irrepreensível, uma boa preparação técnica jurídica, bom senso e sensibilidade social.

Considerando a força e eficácia da opinião pública, os juízes portugueses terão de passar a contar com este novo poder fiscalizador, como recentes acontecimentos têm demonstrado.