

## **ESTADO FRACO, TRIBUNAIS FORTES: DE NOVO AS QUESTÕES DE LEGITIMIDADE E FUNÇÃO**

PAULO CASTRO RANGEL

Revisitando historicamente o perfil funcional do juiz e as suas formas de legitimação numa altura em que a voragem legislativa e reguladora se afirma numa sociedade aberta, conflitual e poliárquica, marcada geneticamente pelo pluralismo, o poder judicial apresenta-se como um poder participante do processo de governo. Importa, por isso, repensar a orgânica constitucional da jurisdição, a legitimação e o controlo democráticos da investidura e da actividade dos juizes e o sentido profundo do princípio da independência judicial. Para que os tribunais deixem de estar numa posição de «abandono político» e possam a prazo assumir, com plenitude de garantias, o lugar constitucional que o novo arranjo das comunidades políticas lhes reserva.

### **1. A “RATIO” ENTRE LEGITIMIDADE E FUNÇÃO**

Em política — ou, se se preferir, numa perspectiva político-constitucional —, as questões de legitimidade nunca são independentes das questões de função. É, aliás, conhecida (e avisada) aquela máxima de direito constitucional (ou, talvez, de “política constitucional”), segundo a qual deve haver uma “proporção” — um balanço, um equilíbrio — entre legitimidade e função.

O tema é frequentemente glosado a propósito dos poderes do Chefe de Estado e, em especial, do Chefe de Estado em regimes semipresidenciais ou de aparência semipresidencial. Com efeito, é uso dizer-se que a eleição directa do Presidente, pela legitimidade imediata e forte que lhe confere, deve ser acompanhada da devolução de alguns poderes efectivos, de poderes “proporcionados” àquela forma requintada de legitimação. Se assim não fôr, corre-se o risco de criar uma entidade “sobre-legitimada”, mas “sub-poderosa”, que pairará e vagueará ameaçadoramente sobre o sistema político. E a asserção inversa é simetricamente verdadeira. Se se cometem poderes reais e efectivos ao Chefe de Estado, mas se restringe a sua legitimidade a um título indirecto, as movimentações que aquele vier a fazer serão sempre recebidas e percebidas como uma intrusão ou uma ingerência em domínio alheio. Em suma, e sem mais delongas, pondo as coisas numa linguagem intencionalmente simplista: a definição de um certo leque de poderes ou competências postula uma dose adequada e afinada de “legitimidade”.

Tomando como boa e como válida esta “ratio” entre legitimidade e função, vale a pena revisitar a função ou o perfil funcional do juiz — do titular do poder jurisdicional —, para daí procurar tirar consequências ou corolários para o velho problema da legitimidade.

## 2. AS RAÍZES CONSTITUCIONAIS DA LEGITIMAÇÃO PELA “LEI”

A imagem funcional que ainda hoje guardamos do juiz — o fantasma ou espectro com que trabalhamos — é largamente inspirada numa leitura retalhada de Montesquieu e dos seus textos. A concepção do juiz como “boca que pronuncia as palavras da lei” ou da função de julgar como uma função “nula” ou “neutra” constituem apenas os exemplos mais frisantes. Os quais, de resto, podiam ir já buscar-se a Marco Túlio Cícero e à sua célebre equação segundo a qual “a lei é o magistrado mudo” e “o magistrado é a lei que fala”. Eis, numa palavra, o que nos remete para o paradigma da afirmação do magistrado judicial como a “viva vox legis” — paradigma que, faça-se jus, anda longe e bem longe do sentido e da visão do Barão de Montesquieu.

Um tal figurino — diga-se, sem receio de errar — só se tornou possível e só se pôde consolidar pelo advento ulterior de um movimento filosófico possante, o positivismo jurídico. Positivismo que acreditava piamente na identidade entre lei e direito ou, para usar a fórmula canónica de Castanheira Neves, acreditava que o “direito era a lei e a lei era o direito”.

Lei essa, por sua vez, que era o produto único e exclusivo do Parlamento. Sabendo-se, ademais, que o Parlamento era, nas sociedades pós-revolucionárias, o órgão que representava a Nação. Efectivamente, ele representava o triunfo da Nação sobre o Monarca, ela era a hipóstase da limitação e do acantonamento do monarca absoluto. Lugar simbólico esse que o Parlamento ocupou, tanto em regimes constitucionais monistas, onde o Rei foi relegado para funções protocolares, como em regimes dualistas, onde o Rei logrou manter uma “maîtrise” sobre o braço executivo do Estado.

O Parlamento consubstanciava, afinal, uma espécie de glândula que segregava “racionalidade” e “justiça” em forma de decretos. Já muito antes, outro dos nomes grandes da separação dos poderes, John Locke, havia reclamado para a lei as notas da generalidade, da publicidade, da clareza e da durabilidade.

O carácter geral da lei — assinalado numa sociedade de diferenças e distinções, largamente tributária de um quadro medieval, como era a sociedade inglesa do final do séc. XVII — correspondia a uma inerência imediata do ideal de justiça. A generalidade da lei era um corolário da ideia de igualdade e a igualdade é, desde os alvares gregos, a “matéria-prima” da justiça.

A exigência de publicidade, pelo seu lado, ordenava-se ao serviço do valor da segurança. Só há segurança e previsibilidade, se se conhecer de ante-

mão o conteúdo da lei. E o mesmo se diga da necessidade de clareza ou precisão, pois de nada adianta uma lei pública, se o seu sentido se mostra indecifrável ou imprevisível. E, com foros de maior imperatividade, idêntica coisa se diga ainda da durabilidade, tão evidente se afigura que uma lei pública e clara não fomenta qualquer segurança, se vier a ser alterada frequentemente. As notas da publicidade, clareza e durabilidade, como requisitos da lei, apresentavam-se, portanto, como instrumentos ao serviço de um valor: o valor da segurança, da paz jurídica.

Neste quadro explicativo, a definição daquelas quatro notas da lei perfazia um ideal substantivo de direito, uma “Ideia de Direito”, por isso que a lei realizaria necessariamente os valores da justiça e da segurança. *Iustitia et Pax*, como diziam os antigos.

### 3. O DISCURSO DA LEGALIDADE E O “SILOGISMO DA JUSTIÇA”

Tomando as coisas esta feição, não será arriscado dizer que a lei — a instância legislativa — não só é legítima, como dispõe de uma particular força ou aptidão legitimadora. Aptidão legitimadora que resulta das suas origens parlamentares — e dos consequentes pergaminhos democráticos —, mas outrossim daquela sua intenção recta ao Direito, a uma ideia material de Direito (de realização necessária dos ideais de justiça e segurança).

Procurando conjugar essa aptidão legitimadora com a natureza rasteiramente executiva da função judicial (tal como era compreendida), logo se percebe que a orgânica judicial dispense títulos adicionais e próprios de legitimação. Se o juiz se remete a aplicar a lei, a executá-la, abstraindo de qualquer outro tópico, factor ou padrão decisório, então parece óbvio que ele não carece de qualquer outro tipo de legitimação. Se o seu “modus” decisório é apenas e só o clássico silogismo judiciário, então o juiz não está apenas coberto de legitimidade, ele goza realmente de legitimidade democrática. Em cada espécie, compete-lhe dizer o que diz a lei, o produto do Parlamento; ele não é senão a “longa manus” do Parlamento.

Pode, com efeito, e como noutro lugar escrevi, transitar-se do silogismo judiciário para o silogismo da justiça, cujos termos acabam por ser estes:

“A lei é democraticamente legitimada.  
O juiz aplica a lei e só a lei.  
O juiz goza de legitimidade democrática.”

### 4. AS CONSEQUÊNCIAS ESTATUTÁRIAS E FUNCIONAIS DA VIA DE LEGITIMAÇÃO

O círculo de consequências daquele quadro heurístico não se esgota, porém, nas questões formais de legitimação. A partir do momento em que

se aceita que o juiz se limita a aplicar a lei — a lei dada e posta pelo legislador democrático — e que o faz sem qualquer autonomia constitutiva ou decisória, então facilmente se percebe que ele tenha de ser havido por irresponsável. Não faria qualquer sentido, na verdade, responsabilizar o juiz pela aplicação de uma estatuição que lhe é exógena ou exterior. Eis o caldo de cultura em que se forjou o dogma da irresponsabilidade dos juizes.

É certo também, e por outro lado, que se a actividade do juiz é funcionalmente dependente do Parlamento, não se veja nem vislumbre qualquer problema em integrar os juizes na máquina de burocratas do Monarca. Ou, colocando as coisas em linguagem de hoje, integrá-los no aparelho executivo do Estado, em subordinação hierárquica ao Ministro da Justiça. Bem vistas as coisas, a circunstância de tomar o juiz por um funcionário executivo, naquele contexto institucional, em nada perturba ou belisca a proverbial independência dos juizes. Se o único critério que pauta a actuação do juiz é a lei — o produto exclusivo e registado do Parlamento —, então não há ordens ou instruções burocráticas que possam interferir no exercício da sua função. A função haure-se e exaure-se na aplicação dos critérios legislativos, em nada podendo ser afectada pela integração organizatória dos juizes na administração pública. Eis uma concepção que só se pode sufragar, naturalmente, num sistema em que os Governos ainda não legislavam e em que não existia contencioso administrativo nem contencioso constitucional. O Estado não era parte e, por conseguinte, nunca poderia ser julgado: o juiz enquanto funcionário do Estado era sempre um terceiro, isento e imparcial. Ou para regressar a uma fórmula de Montesquieu na descrição da “constituição de Inglaterra”, o poder judicial executa “as coisas que dependem do direito civil”.

Admitida esta integração dos juizes na máquina organizatória da administração, já se avista ou vê claramente a origem da estruturação da profissão judicial numa carreira, numa espécie de “cursus honorum”. Cura-se, a bem dizer, de um modelo directamente decalcado dos funcionários públicos — ou, talvez, dos altos funcionários públicos —, com óbvios paralelos e ecos nas restantes funções de soberania (militares e diplomatas, por exemplo). O ingresso é genérico: trata-se de um ingresso numa profissão e não propriamente — como seria de esperar a respeito de uma função constitucional — do provimento num cargo. Daí a regra do recrutamento precoce de jovens licenciados, sem qualquer experiência profissional prévia, de modo a que a socialização profissional se opere rigorosamente “inter pares”. Regra essa acompanhada do estabelecimento de uma carreira, disposta hierarquicamente, em que a progressão profissional se faz com base no mérito e na antiguidade, com base numa avaliação endógena ao sistema. E, bem assim, a predisposição de instrumentos disciplinares exclusivamente internos, sem possibilidade de qualquer controlo heterónimo. Tudo o que conduz, afinal, à construção de um modelo napoleónico ou prussiano da magistratura: o modelo do “juiz-burocrata” ou do “juiz-funcionário”.

## **5. A EROSÃO DA “LEGALIDADE”: DÉFICE DE LEGITIMIDADE E “REVALORIZAÇÃO” DA FUNÇÃO JUDICIAL**

Todo este quadro heurístico foi construído em cima da premissa, cristalizada e condensada pelo movimento positivista, de que o juiz era um mero executor da lei. Mas esse mundo — o mundo do direito reduzida à lei e às “suas” apertadas formas de exegese — desabou e desapareceu. Basta pensar quão longe estamos da escola do direito positivo e dos seus corolários; basta pensar na verdadeira revolução metodológica que a aplicação do direito sofreu no último século. Não há hoje quem não tenha consciência do papel criativo e constitutivo do juiz na prolação da decisão judicial, da sua intervenção própria, da sua tensão criadora de direito para o caso concreto.

Essa tendência para a valorização de um espaço de autonomia — no sentido etimológico — do juiz no exercício do seu poder é, aliás, reforçada pela alteração da natureza da lei, do acto legislativo, da instância legislativa. A lei perdeu prestígio e, mais do que isso, mais grave do que isso, perdeu legitimidade. Por um lado, porque passou a padecer a concorrência de outros modos de produção ou revelação normativa. A eficácia da constituição, a proliferação das normas internacionais, a diversificação das modalidades legislativas (leis reforçadas de todo calibre e sorte), a redescoberta dos princípios gerais de direito submeteram a lei a padrões de vinculação heterónoma. Por outro lado, porque essa vinculação a padrões heterónomos está garantida por mecanismos de fiscalização judicial, o mais relevante dos quais é seguramente o controlo da constitucionalidade das leis. O que significa que se deu um salto em frente, pois a lei passou a estar sujeita ao juiz — ao exame de constitucionalidade feito pelo juiz do caso —, quando antes era o juiz que estava sujeito à lei.

Ao mesmo tempo, a lei deixou de ser um produto exclusivo das assembleias parlamentares, confiando-se aos Governos — antes apenas dotados de atribuições executivas e administrativas — uma enorme competência legislativa. O que contribuiu outrossim para que os cidadãos começassem a perceber a lei como uma “entidade” com potencial agressivo para os direitos dos cidadãos. A lei era, até aqui e seguramente, uma instância de defesa, por via da representação parlamentar, dos cidadãos contra as ameaças do poder público. Entretanto, passou a ser apenas mais uma provisão ou providência do poder soberano que tanto pode ampliar como pode restringir a esfera de liberdades, garantias e direitos dos cidadãos. Também esta mudança de percepção ajuda a explicar a aceitação pacífica da sujeição das leis ao controlo judicial, designadamente ao controlo da constitucionalidade. Experiência que, diga-se de passagem, os norte-americanos — ao contrário dos europeus — tinham desde os primórdios da sua vida constitucional. Com efeito, a circunstância da revolução ter nascido, não apenas contra o rei inglês, mas também contra o parlamento britânico — ou não fosse este a entidade responsável em matéria fiscal —, sedimentou uma desconfiança de raiz da ins-

tituição parlamentar e da sua obra legislativa. Esse menor prestígio do Parlamento ajuda a explicar a opção pelo regime presidencial e o nascimento temporário dos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade na outra margem do Atlântico.

Mudança não menos drástica vem a ser a fenomenologia da “inflação legislativa” e o efeito de “vulgarização” e “banalização” das normas legislativas que lhe anda associado. A produção de leis em massa originou um autêntico “caos” normativo. A situação é tal que, em cada caso, o juiz é chamado a reconstruir o ordenamento e a desempenhar um papel ainda mais “constitutivo” e “estabilizador” do que aquele que dele se esperaria. O ritmo de produção e alteração legislativa é tão intenso que, em bom rigor, já não há “leis”, subsiste apenas um “processo legislativo em curso”, um impulso legislante contínuo. As implicações da mudança induzida por essa “motorização legislativa” já não podem ser vistas — como foram durante largo tempo — como uma “patologia” ou “doença” do sistema. A inflação legislativa não configura uma doença, antes denuncia uma “mutação genética”. É uma “mutação genética” da própria essência da regulação normativa, que deixa de se oferecer em leis razoavelmente organizadas e estáveis. Mutação genética bem evidente no efeito de espiral, que faz com que, quanto mais se regula, mais necessário se torne regular. O acto de legislar sobre uma certa área determina que se “destape” ou “descubra” umas outras tantas matérias sobre as quais não se legislou e implica, na vertigem de não deixar lacunas, uma cada vez maior produção de regras e normas.

A regulação apresenta-se agora como um *continuum* que, em cada momento e em cada contingência, se altera pontual e “localizadamente” para responder a certa necessidade. Essa modificação cirúrgica do ordenamento, postulada por aquela exigência de normação contínua, por sua vez, induz outras alterações e, um pouco à guisa da borboleta dos jardins de Pequim, desencadeia consequências imprevisíveis sobre a totalidade do ordenamento. Daí que a “teoria do caos” seja tão atractiva como modelo explicativo dos ordenamentos jurídicos dos nossos dias. Uma coisa é certa e não oferece dúvida: quanto maior é a voragem reguladora e legislativa, mais relevante se torna a função do juiz; mais ele é chamado a desempenhar as funções de “redução da complexidade” a que alude Luhmann na sua versão da teoria sistémica. Um sistema inundado de normas exhibe uma dispersão e complexidade que não é muito diversa da dispersão e complexidade dos sistemas de *Common Law*. Eis porque não pode estranhar-se que aos juízes seja atribuído, a cada instante que passa, um papel mais preponderante e decisivo.

## **6. “POLITIZAÇÃO” DOS FENÓMENOS SOCIAIS E CRESCIMENTO DA FUNÇÃO DE REGULAÇÃO POLÍTICO-SOCIAL DOS TRIBUNAIS**

A par da alteração fundamental da natureza do processo de regulação político-social anda também a mudança de “qualidade” dos fenómenos políticos.

Enquanto se acreditou que o Estado era, à maneira weberiana, o detentor do monopólio da coerção e da legitimidade, as nossas instituições constitucionais foram construídas para lidar com fenómenos politicamente “puros”. No fundo, as comunidades políticas, em homenagem ao princípio da divisão do trabalho, canalizavam ou drenavam a resolução das questões políticas para uma secção especializada, o chamado sistema ou subsistema político. O que sucede, talvez, é que deixou de haver fenómenos políticos em “estado quimicamente puro”, que sejam só políticos e, portanto, que possam ser resolvidos por uma instância social especializada a que se chama *subsistema político*. Na verdade, ocorrências que ontem eram politicamente indiferentes ou neutras (pense-se, por exemplo, em matérias como o ambiente ou o futebol) apresentam hoje uma dimensão política, a par, naturalmente, de outras dimensões com as quais se misturam e confundem. Contrariamente ao que parece uma “ideia feita”, não há, efectivamente, uma deserção ou desmobilização do político, do fenómeno político. Assistimos actualmente, isso sim, a uma crescente politização dos fenómenos sociais. Questões tão importantes como o uso do “tchador” ou a autorização da clonagem, que muitos remeteriam respectivamente para o mundo religioso ou para o atlas científico, são hoje questões eminentemente políticas. E o mesmo vale para o conflito entre a multinacional “empregadora-poluidora” e os grupos ambientalistas, para a promoção ou desclassificação dos clubes de futebol, para a proibição das touradas, para a criminalização dos políticos corruptos. Todas elas questões que, apesar daquela fortíssima carga político-social, podem paradigmaticamente ser resolvidas, a título cauteloso ou final, por instâncias judiciais.

Os tribunais desde sempre se mostraram instituições aptas a regular e arbitrar conflitos sociais, com um tónus ou carga política relevante. O processo judicial, com a sua estrutura retórica e argumentativa, foi sempre a via de enquadramento político da conflitualidade social. Perante o tribunal, a relação social do poder é assumida pelas partes como questão política, como questão comunitariamente relevante. Os tribunais apresentam-se, por isso, como a instância organicamente adequada a lidar com esta nova conflitualidade política. O processo judicial com a sua inevitável abertura retórica e argumentativa e com uma dimensão irrecusável de publicidade e mediatização é, por isso, a via adequada de politização do conflito social.

Aquela “contaminação política” de questões outrora “apenas sociais” faz com que as velhas estruturas do designado sistema político, altamente especializadas e funcionalizadas, percam todos os dias capacidade de resposta e de actuação. A luta política passou para o nervo, para a medula da sociedade e revela-se nos mais insuspeitos lugares e nos mais insignificantes conflitos. Ora, quanto mais esta “medievalização” ou “atomização” do poder se acentua, mais os tribunais são chamados a converter-se na instância de solução “política” (nesse lato sentido, de social politicamente relevante). E, por aqui, já se anticipa que faz todo o sentido perguntar, de novo e outra vez, pela legitimidade do poder judicial, agora reinvestido nesta funcionalidade “política”.

## 7. O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO E A DEVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM POLÍTICO-INSTITUCIONAL AOS TRIBUNAIS

Tudo isto casa, de resto, com um recrudescimento dos poderes fácticos (económicos, religiosos, culturais), muitos deles com raízes transnacionais, sem nexos a qualquer poder estadual. E casa outrossim com o gizar de sociedades pouco homogéneas, plurais e conflituais, onde coabitam etnias e línguas diversas, mundividências existenciais incompatíveis, diferenças sociais assinaláveis. Ao que acresce uma recente tendência para a retirada do Estado — pelo menos, do Estado eleitoralmente responsável —, seja pela via da privatização de grande parte dos serviços públicos típicos, seja pela via da criação de entidades administrativas independentes (com tarefas de mera “regulação”).

A nova coisa política caracteriza-se pela pluralidade, heterogeneidade e alta diferenciação dos actores políticos, com um nítido e acentuado enfraquecimento — uma relativização — dos poderes estaduais (aquilo a que, por vezes, se tem chamado a “medievalização do poder”). Tanto no plano interno como no plano externo, vulgariza-se a ideia da ausência, do desaparecimento ou da intermitência do Estado, enquanto titular ou depositário monopolista da autoridade política. Desapareceu, para abusar da sugestiva formulação de Casse, a sociedade «estatocêntrica» e afirmaram-se, portanto, poderes “públicos” nacionais e internacionais de matriz não estadual e entidades portadores de interesses próprios, não coincidentes com os do Estado.

Essas novas realidades consubstanciam, a par dos Estados e das organizações internacionais de recorte clássico, sujeitos de uma nova ordem política. Muitos deles não serão ainda sujeitos jurídicos públicos ou de reconhecimento público, mas são já decerto sujeitos “de facto” (porventura, “juridicamente relevantes”). Todos eles fazem parte integrante de um novo equilíbrio político-constitucional em que os Estados manterão decerto a primazia, mas já não dispõem do exclusivo ou do monopólio. O que é novo não é, obviamente, a dispersão e multiplicidade dos poderes, mas antes a sua intrínseca diferenciação. Não há identidade de natureza, de estrutura e de intenção entre um Estado, uma empresa multinacional, um cartel da droga, uma organização internacional, um grupo terrorista e uma confissão religiosa. E, no entanto, não pode esquecer-se que a empresa, o cartel e o grupo actuam numa escala pública, “para-pública”, amiúde transnacional, com uma pretensão própria e autónoma, muitas vezes, plurilocalizada e sem mobilização de estruturas estaduais de apoio, suporte ou *background*. Cura-se, pois, de uma ordem política pautada pela fragmentação do poder, pela sua descolagem do Estado e por uma desvinculação da base territorial. Deixou, pois, de subsistir um poder hegemónico, que, por si só, seja capaz de instaurar uma regra, um princípio, uma ordem. O que vemos é uma multiplicidade avassaladora de poderes, profundamente desiguais na sua relação de força, obedientes a códigos morais e teleológicos muito diversos que, na complexidade da sua rede, tendem para

um equilíbrio espontâneo, natural e dinâmico em constante mudança e modificação.

Os tribunais, pela sua história e estrutura, parecem ser justamente as únicas instituições públicas do velho Estado com vocação arbitral para regular e compor os litígios e disputas entre entidades com pretensões concorrenciais de poder. Numa sociedade aberta, conflitual e poliárquica, marcada geneticamente pelo pluralismo, o poder judicial apresenta-se como um poder participante do processo de governo. Os tribunais são instâncias criadoras de direito, que arbitram e regulam conflitos sociais, muitos deles com carga politicamente relevante. A tomada de consciência da nova centralidade dos tribunais obriga a repensar a orgânica constitucional da jurisdição, a legitimação e o controlo democráticos da investidura e da actividade dos juízes, o sentido profundo do princípio da independência judicial. Repensar, sem ter medo de exorcizar os fantasmas da história, de recolher as sugestões das experiências alternativas, de fazer concessões aos constrangimentos da condição “natural” (jurídica, processual e orgânica) dos tribunais. Repensar, para que os tribunais deixem de estar numa posição de “abandono político” e possam a prazo assumir, com plenitude de garantias, o lugar constitucional que o novo arranjo das comunidades políticas lhes reserva.