

Recensão crítica da obra “Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos” (*)

*Tiago Miranda (**)*

Sumário: §1.º Introdução; §2.º Breve sinopse da obra; §3.º Reflexão crítica.

* O presente texto resulta da adaptação da recensão apresentada na unidade curricular de Direito Constitucional, do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica – especialidade Direito Administrativo, sob a regência do Prof. Doutor JOÃO MIRANDA.

** Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa. Actualmente, frequenta o Mestrado em Direito e Ciência Jurídica – especialidade Direito Administrativo, na mesma universidade.

§1.º

Introdução

I. *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos* de PAULO CASTRO RANGEL constitui um conjunto de textos esparsos e de intervenções orais inéditas que o Autor decidiu coligir e publicar numa única monografia. Este conjunto de estudos está organizado por capítulos, com a seguinte forma: uma nota introdutória com o título “Repensar o Poder Judicial – Chave de Leitura; Composição e Sequência”, pp. 13-19; o capítulo denominado “Alteridade” que contém um único texto cuja designação é “Dimensão Política do Poder Judicial – Um Olhar Continental sobre a Justiça Norte-Americana”, pp. 23-102; o capítulo dedicado à “Historicidade”, que engloba três estudos, “A Separação dos Poderes segundo Montesquieu”, pp. 105-127, “O Tribunal Constitucional e o Legislador – O Risco da Redução Metodológica do Problema Político”, pp. 129-158 e “O Arquétipo do Juiz – Questões de Legitimidade, Estatuto e Função”, pp. 159-180; em seguida é aberto o capítulo da “Organicidade”, contendo apenas um estudo, com o título “Justiça Administrativa e Administração Pública da Justiça”, pp. 183-227; e, por último, um capítulo dedicado à “Positividade”, também com um único texto, designado “O Direito ao Poder – Desenvolvimentos do Conceito de Reserva de Jurisdição”, pp. 231-332.

O Autor, nasceu em Gaia, em 1968. Licenciou-se em Direito na Universidade Católica (Porto), em 1991, sendo também, docente na mesma universidade. É advogado, tendo como área de incidência o Direito Administrativo. Tem algumas obras publicadas no âmbito do Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito do Ambiente, designadamente, e, a título ilustrativo, veja-se *Concertação*,

Programação e Direito do Ambiente, Coimbra Editora, Coimbra, 1994; *Reserva de Jurisdição: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Publicações Universidade Católica, Porto, 1997; *O Estado do Estado – Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*, Dom Quixote, Lisboa, 2009. É, também, um actor assíduo na cena política portuguesa e europeia, tendo já desempenhado as funções de Deputado à Assembleia da República e Líder da bancada parlamento do PSD. Actualmente, é Deputado ao Parlamento Europeu, eleito pelo Partido Social Democrata (que integra o grupo político do Partido Popular Europeu) e comentador residente no programa “Prova dos Nove” da TVI24.

II. Porque a síntese, precisão e brevidade são alguma das características da recensão, iremos seleccionar alguns aspectos para incidir a nossa análise e que, a nosso ver, esses mesmos aspectos são o grosso da obra. Assim sendo, sem prejuízo das considerações que iremos tecer relativamente à organização e aspectos formais da monografia, seleccionamos dois aspectos para apreciação, um aspecto de carácter mais geral, na medida que consideramos é um pensamento que perpassa ao longo da obra; e outro mais específico que incide sobre uma opinião mais específica de um dos textos da obra.

§2.º

Breve sinopse da obra

I. Em 2007, PAULO RANGEL escreveu o seguinte:

«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. [...] 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.»¹

Estas palavras escritas alguns anos depois da publicação obra objecto de recensão e que agora estamos a analisar, traduzem lapidarmente o quadro

¹ Cfr. PAULO CASTRO RANGEL, “Estado Fraco, Tribunais Fortes: De novo as questões de legitimidade e função”, in *Julgar*, N.º 3, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 95.

sinóptico da mesma obra e que, curiosidade, é quase *ipsis verbis* a transcrição do resumo de contracapa. Chegados aqui, vejamos, então, agora o desenrolar de cada estudo da obra.

II. No primeiro texto do capítulo da “Alteridade”, o Autor delinea um estudo sobre o estado da arte na Justiça Norte-Americana. Nesta sede, PAULO CASTRO RANGEL através de uma resenha histórica sobre a organização judiciária dos EUA, dá nota da sua opinião relativamente aos diversos tipos de responsabilização dos juízes. Neste texto, é citada diversa literatura jurídica estrangeira, o Autor utiliza estas mesmas de modo a relatar algumas situações que configuram interferências de outros poderes no Poder Judicial, e elucida cabalmente o leitor sobre realidades da vida judiciária do sistema americano desconexas com a realidade da nossa tradição jurídica (romano-germânica).

No segundo estudo apresentado, entrado no capítulo da “Historicidade”, o Autor releva o Princípio da Separação de Poderes tendo como referência histórica MONTESQUIEU. No entendimento do Autor, existem mitos sobre a interpretação e compreensão do pensamento do Barão de *La Brède* e, nesse sentido, o mesmo elabora as suas considerações a esse respeito.

Em relação ao terceiro texto, o Autor entra na famigerada polémica do Poder Legislativo vs Poder Judicial, tendo como ponto de partida o pensamento de MONTESQUIEU e como pano de fundo o Tribunal Constitucional português.

Quanto ao último escrito do capítulo supracitado, o Autor socorre-se novamente dos ensinamentos de MONTESQUIEU e da experiência anglo-saxónica para evidenciar as trilhas históricas que arriaram caminho para o entendimento hodierno do papel do juiz. Para finalizar, PAULO RANGEL faz uma série de considerações que, a seu ver, são essenciais para a reforma da Justiça.

No tocante ao quinto texto, e único do capítulo da “Organicidade”, o Autor percorre longas páginas sobre a questão da dualidade de jurisdições em Portugal. Em primeiro lugar, enuncia as razões históricas da existência da jurisdição judicial

e da administrativa e fiscal, e, posteriormente, debruça-se sobre o dualismo das jurisdições, auxiliando-se do Direito Comparado, e, finalizando, com algumas propostas de reforma sobre a sindicância do Conselho Superior da Magistratura e do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos.

Por último, o estudo que encerra a obra é dedicado ao conceito de reserva de jurisdição. É realizada uma resenha da jurisprudência do Tribunal Constitucional português sobre a questão da reserva de jurisdição e é explanada a forma como esse conceito interage com a função legislativa e a função administrativa.

§3.º

Reflexão crítica

I. O primeiro aspecto positivo que consideramos ser de assinalar é o tema escolhido pelo Autor. Embora já há muito se fale na “crise da Justiça”², a doutrina não se tem debruçado o suficiente sobre o Poder Judicial, em sentido geral, bem como no lançamento de propostas que poderão fundar a reforma da Justiça. Se tal facto é verdade, não será menos verdade que, recentemente, a doutrina retomou a discussão em torno da Justiça Constitucional e do figurino do Tribunal Constitucional em confronto com o Poder Legislativo³, em virtude da “jurisprudência da crise”. Sem prejuízo de que o Autor não tencione dar resposta à “crise da Justiça”, na verdade o mesmo dá um grande contributo para a reflexão académica e debate de alguns problemas que enferma o Poder Judicial.

Sem sombra para dúvidas, é de salutar a fluidez do discurso, a correcção linguística e clareza do pensamento do Autor, aspectos que merecem reparo positivo, sem que se tenha perdido o rigor científico e a profundidade técnica.

II. No que concerne aos aspectos formais, somos da opinião que a estruturação do conjunto de textos por capítulos, de acordo com a matéria em análise, é um aspecto merecedor de elogio. Por outro lado, consideramos que os textos que corresponderam a intervenções orais, como por exemplo, “O Arquétipo

² Sobre a “crise da Justiça”, vide ORLANDO VIEGAS MARTINS AFONSO, *Poder Judicial – Independência in Dependência*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 194-196

³ Veja-se a título meramente ilustrativo JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014; GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO / LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO (Coord.), *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014; STAVROS TSAKYRAKIS, “Justice Unrobed: Judicial Review of Austerity Measures in Portugal”, in *E-pública*, Vol. 4, N.º 1, Lisboa, 2017.

do Juiz – Questões de Legitimidade, Estatuto e Função”, deveriam ter sido mais enriquecidos com notas de pé de página, de modo a permitir ao leitor a verificação das fontes. No entanto, o Autor ressalva, e adverte o leitor, o facto de que alguns dos textos correspondem a registos de intervenções orais, pelo que é possível denotar alguma informalidade e falta de rigor na citação⁴, todavia, cremos que a transposição para uma obra (escrita) de apontamentos orais deverá ser acompanhada de adaptações ao discurso literário jurídico e de uma maior acuidade no registo das citações bibliográficas. Adicionalmente, acreditamos, por razões de comodidade da leitura e de consulta pelo leitor, que o índice bibliográfico de cada texto deveria ser a forma de encerramento dos próprios, ao invés de haver vários índices reunidos no final da obra para cada texto⁵.

Note-se, também, que a maioria das citações feitas pelo Autor são de ilustres juristas da Escola de Coimbra, em especial, CASTANHEIRA NEVES, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. Em nome da verdade se diga que autores proeminentes da Escola de Lisboa, como PAULO OTERO e JORGE MIRANDA, são citados, mas são citados de forma residual e pontual. O que nos leva a crer, salvo o devido respeito e melhor opinião em contrário, que não houve um equilíbrio na repartição equitativa das fontes entre a Escola de Coimbra e a Escola de Lisboa, o que permitiria o enriquecimento científico da obra, na sua globalidade. Todavia, esse desequilíbrio que nós estamos a referir, poderá dever-se à proximidade nortenha da academia de que o Autor é oriundo à Escola de Coimbra, o que, em parte, é compreensível, essa ligação académica, científica e afectiva a uma academia.

III. Ao longo da obra, o Autor chama à colação o pensamento de MONTESQUIEU para demonstrar o ponto de partida do seu próprio pensamento

⁴ Cfr. PAULO CASTRO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, p. 18.

⁵ Veja-se, por exemplo, a estruturação da colectânea de estudos, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Direito Constitucional e Administrativo Sem Fronteiras*, Almedina, Coimbra, 2019.

relativamente ao papel do juiz e ao Princípio da Separação de Poderes. Embora, somos da opinião que o estudo deste autor seja importante e relevante para as matérias que PAULO CASTRO RANGEL quer apresentar, não é novidade que o pensamento montesquívino não é um ponto de partida, no plano da História Constitucional e da construção das bases fundamentais da Democracia moderna, mas, porventura, será um ponto de chegada. Nesse sentido, faremos um breve excuro por este pensado.

O Espírito das Leis, a famosa obra de MONTESQUIEU, citada em inúmeras ocasiões pelo Autor, propõe a tese de que a liberdade implica a limitação do poder e que, por seu turno, o poder deverá limitar o próprio poder: a separação entre os poderes, legislativo, judicial e executivo, tomando como modelo a ordem axiológica e os preceitos constitucionais emergentes da Constituição britânica, aprofunda a tese da separação de poderes com uma outra face da moeda, a interdependência de poderes, com máxima “*faculté de statuer et faculté d’empêcher*”⁷, postulando um verdadeiro sistema de “*checks and balances*”. Um apontamento adicional, para referir que deve ser salientado que, na mesma obra, o mesmo pensador liberal procurou, através de factores edafoclimáticos, demográficos, orográficos, comportamentais, religiosos, entre outros, explicar a razão de ser das leis, o espírito do legislador e as relações que as mesmas estabelecem entre si, estabelecendo relações do Direito com elementos inerentes à vida quotidiana das pessoas: a chamada Teoria dos Climas⁶. MONTESQUIEU considerava que a lei é cega e clarividente, referindo que o poder de julgar seria invisível e nulo caso a independência do juiz fosse conservada, a sentença é fruto de uma escrupulosa interpretação imparcial e impessoal da lei, na medida em que o julgador é um mero servo da mesma⁷.

Chegados a este ponto e, como já referimos, e agora fica evidente que o estudo deste filósofo é relevante para a análise das matérias que o Autor apresenta,

⁶ Cfr. MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, trad. CRISTINA MURACHCO, 2.ª edição, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 239 e ss.

⁷ Cfr. MONTESQUIEU, *O Espírito ...*, p. 175.

no entanto, este último não faz qualquer alusão a outros pensadores que já tinham esboçado ideias sobre a Separação dos Poderes⁸, ou que trataram da mesma temática após MONTESQUIEU. Nessa esteira, damos o exemplo de MARSÍLIO DE PÁDUA, que na obra *O Defensor da Paz* defendeu um rompimento entre o Poder de César com o Poder de Deus⁹, onde se vislumbra o início da teorização da Separação de Poderes. Outros pensadores, como CESARE BECCARIA, BENJAMIN CONSTANT e KELSEN também não são considerados pelo Autor, e seria de salutar fazer menções aos pensamentos destes autores para uma mais abrangente compreensão da Separação de Poderes. Vejamos, então, de que modo seria importante enaltecer a referenciação destes, CESARE BECCARIA fez jus à máxima da figura do “juiz-funcionário”, dizendo que interpretação das leis penais não pode ser imputada ao julgador, uma vez que este não é o legislador¹⁰. BENJAMIN CONSTANT afirmava que os direitos individuais dos cidadãos estavam garantidos com a divisão de poderes¹¹. KELSEN, considerando o Tribunal Constitucional austríaco, defendia que o juiz deveria ser um legislador negativo, rompendo com o paradigma proposto por MONTESQUIEU¹².

IV. Em particular, o Autor, no estudo “O Tribunal Constitucional e o Legislador – O Risco da Redução Metodológica do Problema”, revela uma posição inédita e que entra em rota de colisão com a esmagadora parte da doutrina. Na hipótese de haver uma supressão pela Assembleia da República de um veto por inconstitucionalidade (ou veto jurídico) do Presidente da República, isto é, a confirmação de diploma que foi alvo de um juízo de inconstitucionalidade por

⁸ Em abono da verdade, veja-se que o Autor cita JOHN LOCKE, vide PAULO CASTRO RANGEL, *Repensar o ...*, p. 123.

⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 113 e ss.

¹⁰ Cfr. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, trad. JOSÉ DA FARIA E COSTA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, p. 68.

¹¹ Como denota, PAULO OTERO, *Instituições Políticas ...*, I, p. 237.

¹² Cfr. WLADIMIR BRITO, *Teoria Geral do Processo*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 85 e ss.

parte do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva¹³, o mesmo diploma poderá ser novamente alvo de fiscalização pelo mesmo tribunal, mas, em sede de fiscalização sucessiva. Aqui centra-se a discórdia do Autor. Refere o mesmo que:

«[...] a viabilidade de uma fiscalização sucessiva, pura e simplesmente, neutraliza e torna inútil o mecanismo de superação do veto por inconstitucionalidade, que é um mecanismo que o legislador constituinte acolheu e consagrou expressamente. Por outro lado, faz tábua rasa de uma convergência democrática [...]»¹⁴⁻¹⁵

Precisamente, é, mormente, com base no postulado do sistema de freios e contrapesos que advém do Princípio da Separação e Interdependência dos Poderes (art. 111.º da Lei Fundamental), bem como no Princípio da Legalidade/Juridicidade, que a maior parte da doutrina encontra amparo para sustentar a susceptibilidade dos diplomas confirmados pelo Parlamento serem, posteriormente, alvo de fiscalização sucessiva¹⁶. Ao longo da obra, o Autor é da opinião que o julgador

¹³ Para mais desenvolvimentos sobre todo o processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade no direito pátrio, vide CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional: O Direito do Contencioso Constitucional*, Tomo II, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 21 e ss; JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, Vol. II, 1.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 295 e ss; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1025 e ss; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português – Organização do Poder Político*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 452 e ss. Em termos históricos, o conflito de posições no debate da projecto de revisão de 1980, no que respeita à manutenção do modelo de controlo preventivo da constitucionalidade, vide ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política – A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade”, in *Julgur*, N.º 3, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 103 a 105.

¹⁴ Cfr. PAULO CASTRO RANGEL, *Repensar o ...*, p. 149.

A mesma opinião é partilhada, por PEDRO COUTINHO, “Pedimos desculpa por esta inconstitucionalidade. A Legislação segue dentro de momentos? O Art. 279º/2 da CRP – Reflexões sobre a Confirmação Parlamentar de uma Norma Julgada Inconstitucional”, in *Revista de Ciência Empresariais e Jurídicas*, N.º 27, Porto, 2016, p. 288-290.

¹⁵ Quanto ao quadro de relações entre Parlamento e Tribunal Constitucional, vide JORGE MIRANDA, “Juizes Constitucionais e Parlamentos – A experiência de Portugal”, ICJP-CIDP, Lisboa, pp. 11 e ss (disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1117-2436.pdf>).

¹⁶ Referindo que o diploma fica «onerado com uma presunção de inconstitucionalidade», PAULO OTERO, *Direito Constitucional ...*, II, p. 253.

moderno não se enquadra no “juiz-funcionário” preconizado por MONTESQUIEU e que o juiz deverá possuir uma ampla liberdade de conformação das normas no ordenamento jurídica, ora, e com a devida vénia, não se compreende como, ao menos tempo, defende que o Tribunal Constitucional (e em bom rigor, todos os tribunais, devido à fiscalização difusa da constitucionalidade) fique manietado e impedido de voltar a julgar um diploma que, outrora, julgou ser não conforme à Constituição da República.

V. Aqui chegados, podemos colocar a seguinte questão, qual é a visão do Autor sobre a função do Poder Judicial? De entre as três concepções sobre a função do Poder Judicial num Estado de Direito Democrático¹⁷, somos da opinião que o Autor se enquadra na posição intermédia. Por um lado, PAULO CASTRO RANGEL critica a concepção conservadora, preconizada por MONTESQUIEU, que vê o Poder Judicial como um poder neutro e o julgador como um autómató, por outro lado, não nos afigura que o Autor seja admirador da concepção progressista que configura um poder justiceiro no âmago de uma “República de Juízes”, nos termos precisos em que PAULO RANGEL prefere as decisões de titulares de cargos com legitimidade democrática directa do que titulares apenas com legitimidade institucional.

VI. No mais, trata-se de uma obra que apesar de sido publicada há 18 anos, mantém ainda a vivacidade algumas das problemáticas atinentes à Justiça. Embora, tal como assume o Autor, não seja uma obra que trate da famigerada “crise da Justiça”, a verdade é cumpre o seu desígnio de ser uma reflexão desensombrada de preconceitos e receios e que coloca a tónica nos locais certos. Com as lembranças passadas e com os pensamentos do presente e do futuro patentes na obra,

¹⁷ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Uma Introdução à Política*, Bertrand Editora, Lisboa, 2014, pp. 164-167.

terminamos dizendo que este livro fala de nós, de quem somos e onde nós estamos.
E um livro que fala de nós deve e merece ser bem falado.