

Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política¹

José Joaquim Gomes Canotilho²

Pontos de partida: o judiciário como poder

O tema que nos é proposto – magistraturas e política – leva-nos a calcar terrenos saibrosos e armadilhados da interdependência entre duas artes do espírito humano: a arte da política e a arte da justiça. A primeira é a arte mais nobre quando colocada ao serviço das pessoas e dos povos. A segunda é a arte que os deuses confiaram aos povos antes dos destinos da Divina Comédia. Consultemos os “Grandes Livros”. Livros há muitos, já se sabe. Grandes livros há poucos, também não é novidade para ninguém. Mas foi precisamente na tradição dos “Grandes Livros” que eu encontrei a melhor inspiração para responder ao desafio de estar aqui a transmutar o meu escrito em dito.

O mote que nos servirá de bordão em toda a nossa fala será este: os magistrados transportam uma pesada cruz que outra coisa não é senão a *cruz antropológica da decisão justa e prudente*. Numa época de ideologismos religiosos agressivos fractalmente perturbadores dos pilares de sabedoria dos “sábios” – a verdade, a justiça e a concórdia – parece-nos indispensável voltar a abençoar os tribunais terrestres. Dir-se-á que esta bênção é mesmo uma das mensagens mais seguras das nossas raízes civilizacionais. A criação de tribunais terrestres para se fazer justiça pode crismar-se, em linguagem moderna, como uma das poucas obrigações positivas – senão a única – impostas aos povos, às mulheres e aos homens antes de entrarem na Terra Prometida. Outrora, esta obrigação correspondia a uma mundividência religiosa. Hoje, pretende-se que esse secular mandamento se converta em esquema funcional de uma “governance” global. Qualquer que seja o templo da justiça,

¹ Tópicos para uma intervenção no Congresso dos Magistrados Brasileiros, Curitiba, 16 de novembro de 2006.

² Professor Doutor das Universidades de Coimbra e Macau.

os tribunais terrestres exigem a escolha de mulheres e de homens que façam justiça entre as pessoas. Aproximamo-nos de um tópico, como facilmente se intui, de grande acuidade nas controvérsias, diferendos e diferenças sobre os tribunais e a justiça. Os “Grandes Livros”, a começar pelo Livro dos Reis, não deixaram sem resposta esta questão. Os deuses e os povos sempre exigiram aos dignatários públicos – mas sobretudo aos que dizem o direito – que fizessem prova de sabedoria, de inteligência e de conhecimento. Quando, hoje, se importam anglicismos como *accountability*, *responsiveness* e *good governance* pretende-se, no fundo, em linguagem estrangeiramente econômico-reguladora, recuperar as qualidades institucionais e pessoais dos tribunais terrestres. *Accountability*, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos juízes (e de todos os operadores da justiça) não apenas perante Deus ou perante os seus pares, mas perante os cidadãos, corresponde, nos nossos tempos, a uma incontornável exigência de avaliação democrática. *Responsiveness*, ou, portuguesamente dito, responder às aspirações profundas de justiça de uma comunidade, significa, em termos simples, a indispensabilidade de o veredicto judicial calar fundo, pela sua bondade intrínseca, nas pessoas que habitam Jerusalém terrestre. *Good governance*? Sim, a “boa governança”, “bom governo” e “boa governação” dos tribunais e da justiça coloca-nos – a todos os parceiros de diálogo da justiça e do direito – perante o desafio central de qualquer governo público: evitar a marginalização ou diabolização dos tribunais, do poder judiciário e dos operadores jurídicos. Todos estaremos de acordo que a dessubstancialização da justiça como valor implica a perda de legitimidade do poder judiciário como poder. À perda de legitimidade do judiciário como *poder* está intimamente ligado o esvaziamento material do direito como saber. O sentido de perda é, algumas vezes, ligado à “crise da justiça” e à “crise do poder judiciário”. Não iremos por aí. E não iremos por aí porque, em muitos casos, as acusações transportam um moralismo imodesto em relação ao mundo pecador dos tribunais. Também não iremos por aí quando o eficientismo sem fronteiras pretende reconduzir apenas a cálculos as suspensões reflexivas da jurisprudência. Não iremos por aí quando se eleva a “tragédia da justiça” o seu próprio sucesso revelado na escalada jurisdicionalizadora dos conflitos. Regressemos, sim, ao direito e às regras de juízo.

À guisa de uma liminar: a colocação jurídico-constitucional do discurso

Os magistrados brasileiros, através dos seus representantes, convidaram-nos a estar aqui com um pesado caderno de encargos: falar sobre as relações entre o *direito* e a *política*. À primeira vista, devia sentir-me preparado para enfrentar o tema. Para quem há largos anos se dedica ao estudo da constituição entendida como o *estatuto jurídico do político* seria natural que na análise deste estatuto – do político, para o político e sobre o político – viesse a convergir o tópico obrigatório das *relações sobre o poder judiciário e a política*. Dificilmente se poderá contestar que no

campo específico do direito constitucional, as controvérsias em torno da justiça constitucional – desde logo a incontornável polémica entre Kelsen e Carl Schmitt sobre o *defensor da constituição* – incidem frontalmente sobre o lugar de uma justiça que controla a constitucionalidade da política no sistema democrático. Por que então a revelação desta angústia num simples *incipit* retórico? Justifiquemo-nos.

Não é desconhecido que os discursos sobre os *tribunais* e a *justiça* no mundo contemporâneo são hoje mais estudados sob o ângulo da ciência política e da sociologia política do que sob o prisma da ciência jurídica. No meu próprio país é de elementar “justiça” assinalar que os trabalhos mais exaustivos dedicados ao estudo da justiça se devem a um cultor da sociologia crítica (referimo-nos a Boaventura Sousa Santos, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Lisboa, 1996). E pertencem também a um colega, também ele oriundo do direito mas particularmente atento às práticas sociais tal como eles se revelam nas experiências jurídicas, as observações mais penetrantes sobre as estruturas fechadas e formais em que se cristaliza a ciência jurídica (ver António Manuel Hespanha, *Introdução à história do direito europeu*, Lisboa). A *observação sobre as observações judiciais* aprofundada por várias correntes teóricas e metodológicas – *sociological jurisprudence, critical jurisprudence, legal realism, judicial behaviour, judicial process, rational choice* – teve o imenso mérito de localizar o sistema judiciário na *ambiança* político-social e descobrir as dimensões internas e externas explicativas dos “fenômenos” judiciais. O olhar analítico-sociológico concentra-se, por um lado, no interior dos esquemas organizatórios dos tribunais, nos processos decisórios da magistratura, nas origens sociais dos magistrados, nos quadros políticos e sociais de referência dos actores judiciais. Por outro lado, as dimensões externas conduzem os estudiosos a dar o devido relevo aos esquemas relacionais das magistraturas com as instituições políticas e sociais e às implicações políticas do exercício de função judicial. Não falta mesmo o *ecological approach* a descobrir o filão institucional das *políticas públicas* onde o juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos (temos aqui em vista sobretudo os trabalhos de H. Jacob, “The governance of trial judges”, in *Law and Society Review*, 31, nº 1, p. 3-30). A pouco e pouco aproximamo-nos da *judicialização da política*, ou seja, a dilatação do raio de acção dos tribunais e dos juizes com a conseqüente alteração das competências decisórias, do legislativo e do executivo (a expressão *judicialização da política* adquire direito de cidade sobretudo a partir da obra de referência de C. N. Tate/T. Vallinder, *The global expansion of judicial power*, New York, 1995). É óbvio que o processo de judicialização nos leva ao problema de fundo da presente intervenção: qual o papel e a legitimidade política dos tribunais nos sistemas democráticos? À míngua de ferramentas teóricas e metodológicas para acompanhar os juizes nos termos políticos, outro remédio não temos senão o de afivelar a máscara de jurista constitucional e captar nas estruturas normativas e na aplicação-concretização de

regras e princípios jurídico-constitucionais a interdependência e independência dos poderes do estado. A liminar que certamente nos apresentariam talvez fosse esta: coloque-se no mundo normativo das constituições, dos códigos, dos tratados e das jurisprudências e descubra os lugares do político escondido no dizer do direito.

Em primeiro lugar, descobriu-se a dimensão objectiva dos direitos que não só abriu caminho para a transformação dos direitos em *ordem objectiva* da comunidade como forneceu o substracto dogmático para a irradiação dos direitos em direcção a toda a ordem jurídica civil. Mas não só isso: a objectivização dos direitos conduz à *ressubjectivização* de posições prestacionais, configurando-se os próprios direitos, liberdades e garantias como esquemas de garantia dos direitos sociais. A radicalização objectivante dos direitos fundamentais acaba logicamente na redescoberta da constituição como “ordem de valores e de princípios” legitimadora da ultrapassagem dos tradicionais *limites metodológicos e metódicos* do poder judicial. Concretizemos um pouco esta última afirmação. Dentro do arsenal metódico-metodológico várias categorias dogmáticas servem hoje para abrirem aos juizes os interstícios da política dos direitos e dos valores. Uma dessas categorias é, desde logo, a *concretização* dos direitos. A concretização exprime uma tendência incontornável para o alargamento do espaço de discricionariedade das magistraturas no dizer do direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição. Outra categoria é a da *ponderação* ou *balanceamento de bens e direitos*. Não é por acaso que alguns autores vêem no chamado Estado ponderador (assim W. Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Berlin, 1997) um dos cavalos de Tróia da erosão da juridicidade estatal. As relações funcionais e competenciais entre o poder legislador e o poder judiciário deslocam-se estreitando a margem de conformação política de quem ao fazer política deve fazer o balanceamento justo em caso de conflito de bens, e alargando o espaço discricionário de quem, não fazendo política, é agora o ponderador, em termos definitivos, da solução de conflitos de direitos e bens. A terceira categoria politicamente suspeita de converter os juizes em legisladores políticos é a que diz respeito à concretização do princípio da *competência orçamental* em sede de realização de direitos. Este último tópico conduz-nos a outro dos aspectos da liminar que nos foi endereçada: a das relações entre o poder político e o poder judiciário no campo das *políticas públicas de direitos*. Sejam-nos, porém, permitidas algumas considerações sobre a pretensa deriva do activismo judiciário. É indiscutível que as relações entre a magistratura e o sistema político não são os mesmos sistemas em que existe controlo da constitucionalidade da lei (sobretudo fiscalização abstracta concentrada) e nos sistemas em que continua a valer a insindicabilidade judicial das leis.

○ activismo político-judicial no estado ponderador

O poder judiciário faz política quando se proclama como o *poder de defesa dos direitos dos cidadãos* contra as orientações das instituições político-representativas

e quando se assume como o *poder de revelação* dos valores fundamentais da comunidade. O juiz guardião dos direitos e o juiz que realiza *objectivos* moralmente justos representam hoje, com efeito, os arquétipos de ruptura relativamente ao modelo jacobino de *juiz executor*, passivamente fiel à vontade do legislador (“a boca que prenuncia as palavras da lei”) ou de *juiz declarativo*, limitado a declarar mas nunca criar o direito. Nestes últimos modelos, a política é proibida aos juízes (e ao poder judiciário no seu conjunto). Um conhecido autor italiano num penetrante estudo sobre *direito*, ... e *uso* define este modelo como equivalendo à “esterilização política da magistratura” (cf. G. Tarello, *Diritto, enunziatti, usi*, Bologna, 1974, p. 476).

Creemos que não vale a pena voltar a insistir no modelo de “juiz autómatos” da lei mesmo quando se pretende esgrimir com as razões a favor da sobrevivência desta espécie de decisor. Através do juiz aplicador-executor da lei defende-se a independência do juiz que em nome do povo diz o direito normativamente posto pela vontade popular. Também se nos afigura deslocado neste momento retomar as discutidas teorias hermenêuticas da realização do direito e as teorias morais da decisão justa, para vir dar apoio ao juiz garantidor dos direitos ou ao juiz concretizador de valores. A vossa liminar é mais incisiva: a radicação jurídico-política de magistraturas activas conduz ou não a um *estado de juízes* dominado por um activismo politicamente conformador das magistraturas?

A nossa resposta é decididamente negativa se recortamos com rigor os limites do activismo judicial. Desde logo, *limites jurídico-constitucionais*, ou seja, limites do direito constitucional positivo. Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como “legisladores negativos” (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem “normas” para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático. É certo que estes limites jurídico-constitucionais não têm sido suficientes para evitar aquilo que os autores chamam de “activismo judicial” à sombra do desenvolvimento e complementação jurisprudencial do direito. O desenvolvimento tem passado – sobretudo a nível dos tribunais constitucionais e dos tribunais ordinários com funções constitucionais – pela *descoberta* de novas funções e novas dimensões do direito.

A mediação política dos Conselhos Superiores da Magistratura

Começarei por lembrar duas experiências pessoais. A primeira localiza-se num colóquio celebrado na cidade do Porto (em Portugal) em que apresentei uma comunicação provocatoriamente intitulada: “Para que serve um Ministro da Justiça?” A resposta foi: para muito pouco. O Ministro da Justiça está reduzido a “ministro dos códigos” (e muitas vezes nem isso, dada a barganha legislativo-parlamentar e o *outsourcing* legislativo) e a “ministro das prisões”. O recrutamento de magistrados, a sua promoção e a sua disciplina é hoje tarefa quase burocrática dos

Conselhos Superiores das magistraturas. A independência das magistraturas – do judiciário e do Ministério Público – corta as tradicionais influências directivas do “executivo” sobre o exercício da função judicial. A segunda experiência é marcada pelas minhas conversas no Brasil. Em muitos colóquios, a pergunta que os magistrados me colocavam reiterada e sistematicamente era esta: concorda com o sistema de controlo externo das magistraturas através dos conselhos superiores? Tive também a experiência de quatro anos como membro de um desses conselhos.

Os estudos efectuados sobre estes “conselhos superiores” apontam para estas conclusões: (1) os conselhos superiores foram criados com o objectivo de reforçar a independência das magistraturas, subtraindo-as à órbita do poder governamental; (2) a articulação dos conselhos com as esferas da política é institucionalizada através da selecção de membros laicos pelos poderes políticos representativos; (3) a maioria de “membros laicos” ou de “membros togados” oscila entre a manutenção dos princípios corporativos (favorecedor da maioria de membros togados) e o princípio da legitimação política externa (o que aponta para a maioria de membros laicos) (cf., sobretudo, C. Guarnieri, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, 1992; C. Guarnieiri/ P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997).

No plano da independência interna, a criação de conselhos superiores teve também conseqüências institucionais relevantes: (i) relativiza os esquemas hierárquicos tradicionais das magistraturas através da prevalência do princípio da colegialidade; (ii) cria espaços de tensão entre os magistrados de diversos graus que se arvoram o mesmo título e a mesma competência; (iii) diversifica os grupos de referência dos juízes pluralizando as chamadas elites judiciárias.

Embora isso possa parecer paradoxal, a prática dos Conselhos Superiores tem demonstrado que a convivência de “membros laicos” e de “membros togados” nos Conselhos Superiores tem reforçado quer o “princípio corporativo” quer o “princípio da legitimação política externa”. Quando os membros externos são escolhidos majoritariamente pelos parlamentos, as magistraturas têm acesso à política através dos partidos sem necessidade de prestar contas ao ministro da justiça. A participação de membros togados oriundos dos vários graus da magistratura possibilitou o acesso das “associações dos magistrados” ou dos “sindicatos das magistraturas” ao poder decisório através dos Conselhos Superiores, com influência nas promoções e carreiras dos magistrados. O “sindicalismo” das magistraturas reforça o poder político do judiciário, mas transporta congenitamente factores de incompatibilidade que, em último termo, poderão justificar revisões constitucionais purificadoras da sua independência. Estamos a referir-nos às tentativas avançadas por alguns sectores no sentido de prever incompatibilidades constitucionais entre a qualidade de membro togado de um conselho e a qualidade de dirigente sindical, entre a qualidade de órgão de soberania dos magistrados incompatível com o direito à greve, e a qualidade de funcionários de carreira sindicalmente vinculado às estratégias laborais.

Nos limites do direito e da política. As leis antiterroristas e o direito penal contra o inimigo

O *punctum cruxis* das relações entre as magistraturas e a política localiza-se agora nos confins da política e do direito: a fiscalização das leis antiterroristas pelos tribunais e a decisão dos litígios que opõem autoridades e indivíduos na execução dessas leis. Deve dizer-se que já antes a criminalidade organizada e violenta tinha colocado a política e operadores judiciários perante novos desafios. Neste contexto, surgiram também as novas escolas de doutrina penal (“direito penal contra o inimigo”) que, quando não reduzem as constituições a magnas cartas de criminosos e os códigos penais e processuais penais a cartas de alforria dos agentes do crime, sugerem explicitamente a necessidade de relativização dos princípios da culpa e da responsabilidade individual estruturantes da cultura jurídica ocidental.

O que agora se pede aos juristas – e desde logo aos magistrados – é que não se constituam em forças de bloqueio em nome dos direitos, dos princípios e dos valores, contra a transformação do direito penal em direito de excepção permanente e contra a suspensão apócrifa dos direitos constitucionais por motivos de combate ao terrorismo. De uma forma ou de outras os tribunais e as magistraturas vão dando sinais de que não abdicam da sua função de garantes dos direitos e liberdades. O Tribunal Constitucional Alemão, apreciando uma acção constitucional de defesa interposta por um cidadão sírio-alemão contra a sua extradição da Espanha por motivos de crime de auxílio ao terrorismo, negou-se a acompanhar as reses dos tribunais judiciais e das autoridades diplomáticas sobre a bondade do acto de extradição. A fórmula rotunda das considerações preambulares desta sentença merece ser aqui lembrada: os cidadãos confiam antes de mais nada que a sua ordem jurídica é uma ordem de um Estado de direito em que, entre outras coisas, está radicado na consciência jurídica geral e na lei fundamental o princípio de *nullum crimen sine lege* e da aplicação retroactiva das leis penais. Não deixaram – os juízes que votaram o acórdão por maioria – de ser acusados (desde logo por alguns dos colegas dissidentes) de demonstrarem pouca sensibilidade no combate ao terrorismo. A mensagem, porém, foi clara: não peçam a um tribunal de garantias para se transmutar numa instância administrativa de execução das políticas de combate ao terrorismo. O terrorismo não causou terror aos juízes, embora deva ser levado a sério. É precisamente esta tese de um notável juiz do Supremo Tribunal de Israel, Aharon Barak. As suas palavras são lúcidas e claras:

“Há um célebre ditado que diz que quando os canhões falam, as musas ficam silenciosas. Cícero exprime uma idêia semelhante ao escrever *silent enim leges inter armas* (na batalha, as leis estão silenciosas). Estas declarações são lamentáveis. Espero que elas não correspondam às democracias actuais. Eu sei que elas não reflectem a maneira de como as coisas deveriam ser. Cada batalha que um país desencadeia – contra o terrorismo ou contra

qualquer outro inimigo – é feita segundo as regras e as leis. Há sempre o direito nacional ou internacional – segundo o qual o Estado deve agir.”

E acrescenta:

“Nós, os juízes nas democracias modernas, estamos encarregados de proteger a democracia simultaneamente contra o terrorismo e contra os méis que o Estado entende utilizar para combater o terrorismo.”

“E será oportuno que os juízes controlem a legalidade da guerra contra o terrorismo. Muitos, colocados nos extremos do espectro político, sustentam que os tribunais não se deveriam misturar com estas questões. De um lado, sustenta-se que o coe um atentado à segurança; do outro lado afirma-se que o controlo jurisdicional confere uma legitimidade indevida aos actos do governo de combate ao terrorismo. Estes dois argumentos são inaceitáveis. O controlo jurisdicional da legalidade da guerra pode tornar esta guerra mais dura a curto prazo, mas reforça o jogo a longo prazo. O Estado de direito é um elemento primordial da segurança nacional.”

(Cf. Aharon Barak, “L’exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 66/2006, p. 297).

Estas considerações do juiz Barak reflectem bem a complexidade de ponderação de direitos e bem nas situações de emergência. Mas, em vez de enveredar por uma lógica binária do género “direito à segurança ou segurança de direito”, aponta com *sagesse* o caminho da velha *prudentia* aristotélica que outra coisa não é senão a arte de dizer o direito justo em situações de incerteza. O problema que, afinal, a política de guerra contra o terrorismo coloca com cruel acuidade é saber se o poder judiciário deve assumir a cumplicidade de colaboração na política criminal de combate ao terrorismo que viola o núcleo essencial dos direitos e liberdades.

A criminalização da política

A judicialização da política e, por conseguinte, o alargamento da intervenção do judiciário no âmbito político entraram, em tempos recentes, num terreno explosivo: o da *criminalização da responsabilidade política*. O que está em causa não é apenas a prossecução da acção penal relativamente aos tradicionais casos de responsabilidade financeira ou aos esquemas de corrupção, mas sim o judiciário fiscalizar a bondade política das decisões tomadas no exercício das funções políticas. O caso do “sangue contaminado” que fez correr rios de tinta em vários países, como Portugal e a França, deu origem a processos contra ministros (a Ministra da Saúde, no caso português) e até contra primeiros-ministros (o caso de L. Fabius,

em França). Nestes processos, a chamada responsabilidade política eventualmente conducente a sanções políticas (ex.: demissão, exoneração do cargo, foi substituída por uma *responsabilidade penal* centrada no dolo dos responsáveis políticos na adopção (ou não adopção) de medidas adequadas. O próprio esquema acusatório desenvolvido pela magistratura do Ministério Público parecia apostado em atingir os objectivos desejados por toda as formas incluindo a manipulação da própria moldura penal. Assim não deixou de causar “espanto” a acusação formulada p... contra Laurent Fabius (homicídio, genocídio, crime contra a humanidade) para, entre outras coisas, evitar situações de prescrição do procedimento criminal. Em Portugal, o incômodo processo da “Casa Pia” pôs a nu as difíceis relações da magistratura contra a inconstitucional automovimentação dos agentes judiciais nas escutas telefônicas universalmente alargadas a todos os que tivessem contactos com os argüidos (ex.: o Presidente da República). Contra-argumentavam os agentes do Ministério Público através da mensagem veiculada pelos órgãos de comunicação social sobre o pretenso estatuto de imunidade reclamado pelos políticos quanto à aplicação igual da lei. Dois autores franceses estudaram este fenómeno num livro sugestivamente intitulado *A republica penal* (A. Garapon e D. Salas). As dissidências chegaram a pôr em causa o figurino da magistratura do Ministério Público, havendo vozes no sentido de deslocar novamente o Ministério Público para o raio de acção do governo. Como quer que seja, a criminalização da responsabilidade política dos governantes continua a ser a linha de fractura mais complexa no contexto da judicialização da política (Cf. Olivier Beaud, *Le sang contaminé: essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, 1999).