

Democratização e independência judicial em Portugal**

I. INTRODUÇÃO

Num recente artigo de 1993 sobre o papel do poder judicial na transição democrática argentina, Alejandro Garro notava que «a maior parte dos estudos sobre a reconstrução das democracias baseia-se em perspectivas económicas e políticas, e poucos tomaram em consideração a influência que as instituições legais podem ter sobre as mudanças sociais e económicas em sociedades em transição» (Garro, 1993, 5). Na verdade, este comentário parece ser amplamente justificado. Cingindo-o ao tema que será aqui abordado — a reforma judiciária e a independência judicial —, pode dizer-se que, apesar de a maior parte das definições de democracia incluírem a garantia dos direitos cívicos e políticos fundamentais, a bibliografia sobre os processos de democratização tende a apresentar a construção de um poder judicial independente, quer como uma consequência automática da institucionalização da democracia, quer como uma das condições *ceteris paribus* sob as quais se desenrola o comportamento dos actores políticos.

* Universidade Católica Portuguesa, Departamento de Ciências Sociais da Faculdade de Ciências Humanas.

** Originalmente escrito em língua inglesa, este texto consiste num conjunto de notas de pesquisa bibliográfica e documental, destinada à elaboração em conjunto com o professor Carlo Guarnieri (Universidade de Bolonha) de um estudo comparativo sobre o papel do poder judicial na consolidação das democracias da Europa do Sul, a incluir no volume *The Changing Functions of the State*, editado por Richard Gunther, P. Nikiforos Diamandouros e Gianfranco Pasquino, quarto volume de um conjunto de cinco sobre «A Nova Europa do Sul», no âmbito de um projecto apoiado pelo *Subcommittee on the Nature and Consequences of Democracy in the New Southern Europe* do *American Council of Learned Societies* e pelo *Social Science Research Council*, P. Nikiforos Diamandouros e Richard Gunther, *co-chairs*. Os meus primeiros agradecimentos vão precisamente para Carlo Guarnieri e para os editores do volume, cuja orientação tem sido determinante na evolução desta pesquisa. Gostaria de agradecer igualmente aos magistrados judiciais e do Ministério Público entrevistados; ao Dr. António Vitorino, que teve a seu cargo a primeira fase desta investigação e que me forneceu preciosas orientações; e finalmente ao Dr. Miguel Lobo Antunes, cujo apoio, orientação e encorajamento têm sido inestimáveis.

Este tratamento algo negligente não é difícil de explicar. Para abreviar, é possível adiantar três razões fundamentais: correntes dominantes da ciência política que explicitamente desvalorizavam o enquadramento legal e procedimental da actividade política (Stone, 1992, 5-6); as dificuldades sentidas pelos cientistas políticos em lidarem com o discurso técnico e especializado da actividade judicial (Shapiro e Stone, 1994, 338); o desconforto básico que decorre das contradições da teoria democrática, onde o problema da legitimidade democrática do poder judicial permanece irresolvido (e é, para alguns autores, insolúvel)¹.

Todavia, o estudo do papel do poder judicial nas democracias nunca terá sido tão importante como hoje. As transições democráticas na Europa de Leste converteram as noções de *rule of law* e «democracia constitucional» (como algo mais do que mera «democracia» — Murphy, 1993, 3-7) em temas absolutamente centrais para juristas e politólogos. Isto decorre do facto de o desrespeito pelo Estado de direito e pelo constitucionalismo nunca ter sido nos tempos modernos tão radical e tão integrado na cultura política e jurídica como nos antigos regimes socialistas (Thornburg, 1990, 14-17; Kitchin, 1992, 70; Sajó e Losonci, 1993, 322). Isto não significa que os autoritarismos da Europa do Sul ou da América Latina se tenham caracterizado por um respeito substantivo por aquilo que habitualmente se designa como Estado de direito. Todavia, é também duvidoso que tenham visto algo de remotamente semelhante ao «nihilismo jurídico» ou à pura e completa conversão dos dispositivos legais em instrumentos meramente simbólicos e legitimadores. Este é, portanto, um caso em que o estudo de transições posteriores desperta preocupações que podem influenciar de forma decisiva as perspectivas usadas para o estudo de transições anteriores, invertendo o que normalmente poderia ser esperado. A isto deveremos adicionar o rápido desenvolvimento de um ramo da ciência política hoje designado por *comparative judicial politics*: largamente inspirada nos trabalhos seminais de Martin Shapiro (1975; 1986, ed. orig. 1981), e recolhendo alguns dos ensinamentos dos estudos na área da *public law* sobre o Supremo Tribunal norte-americano, esta área de estudos visa responder àquilo a que já se chamou a «judicialização da política», a expansão e o crescente protagonismo do poder judicial na generalidade das democracias ocidentais, visíveis quer a nível do controle da constitucionalidade das leis, quer a nível da perseguição criminal de agentes políticos e económicos².

¹ Obviamente que as razões aduzidas não se aplicam ao caso português, onde a ciência política está tradicionalmente dependente do direito constitucional e do formalismo jurídico. Todavia, não deixa de ser curioso que o atraso e a deficiente institucionalização da ciência política em Portugal acabem por fornecer algumas oportunidades de aproximação às correntes neo-institucionalistas que emergem na ciência política internacional.

² V. Holland (1991), Jackson e Tate (1982), Volcansek (1992), Tate e Vallinder (1994), Shapiro e Stone (1994).

Dentro destes novos temas e preocupações, o objectivo da presente fase desta investigação é enganosamente simples: determinar a compatibilidade entre a consolidação democrática e a construção de um poder judicial independente em Portugal, procurando algumas das influências mútuas entre ambos os processos. Todavia, são necessários alguns comentários prévios sobre a noção relativamente difusa de «independência judicial», que irá ser usada abundantemente nas secções seguintes. No seu sentido mais frequente, «independência judicial» refere-se à noção de *independência externa* (ou «insularidade política» — Fiss, 1993, 56), entendida como a autonomia do poder judicial face a pressões de outros poderes estatais, sociais ou políticos. Para os observadores externos dos sistemas judiciais de tipo continental, outra noção de independência judicial se torna imediatamente relevante, porque normalmente ausente nos países da tradição *civil law*. Referimo-nos neste caso à *independência interna* (ou «autonomia individual» — Fiss, 1993, 55), significando a ausência de um sistema de recompensas e sanções distribuídas por autoridades colegiais e burocráticas no interior da magistratura. A terceira noção de independência relaciona-se com a ideia de *imparcialidade* (ou «distanciamento das partes» — Fiss, 1993, 55) e corresponde à lógica prototípica da tríade judicial em que partes individuais buscam a resolução de conflitos junto de uma autoridade neutral (Shapiro, 1975, 321-322). Finalmente, alguns autores referem-se ao conceito de *independência ideológica*, em que as decisões judiciais seriam independentes das crenças políticas e orientações normativas de juízes e partes envolvidas (Kahn, 1993, 79). Na realidade, estas diferentes dimensões do conceito de independência estão inter-relacionadas e podem até interagir³, como se verá posteriormente. Para além disso, o problema da medição do grau destes vários tipos de independência num sistema judicial concreto é particularmente relevante, especialmente quando alguns deles (tais como «imparcialidade» ou «independência ideológica») são mais mitológicos do que reais. Assim, neste momento abordaremos principalmente as questões da independência externa e interna do poder judicial.

II. PODER JUDICIAL E AUTORITARISMO

A importância da natureza do regime anterior para a explicação dos processos de democratização é hoje amplamente reconhecida [Linz, Stepan e Gunther (a publicar), 123-125]. Não há razões para supor que o mesmo não

³ Por exemplo, o «distanciamento das partes» torna-se semelhante à «insularidade política» quando uma das partes é o próprio Estado (Fiss, 1993, 56). Por outro lado, ambos os conceitos podem ser criticados quando os juízes partilham de valores políticos idênticos aos de determinadas elites políticas, sociais ou económicas (veja-se Drewry, 1992, 16).

seja igualmente verdadeiro quando falamos sobre instituições legais e culturais jurídicas. Deste modo, procurar-se-á descrever as principais características do sistema judicial autoritário em Portugal, buscando pistas que ajudem a compreender as evoluções posteriores e definindo os parâmetros em torno dos quais foram feitas as principais escolhas institucionais de reforma judicial na transição democrática: a ordem jurídica global do autoritarismo, a jurisdição dos tribunais, a estrutura organizacional e a independência judicial e o controle da constitucionalidade das leis pelos tribunais⁴.

À primeira vista, no que respeita aos direitos cívicos e ao respeito pelo império da lei, a Constituição Política de 1933 não parece muito diferente de outras constituições liberais modernas. A sua primeira parte era composta por um extenso elenco de direitos, incluindo muitas das liberdades cívicas tradicionais, assim como direitos de propriedade e de compensação⁵. A protecção destes direitos estava supostamente garantida por um poder judicial independente e inamovível, capaz de recusar a aplicação de legislação contrária à Constituição, num sistema de fiscalização difusa da constitucionalidade das leis.

Todavia, uma única frase do texto constitucional permitia uma cláusula que iria converter as regras constitucionais naquilo a que já se chamou uma «Constituição semântica» (Moreira, 1977, 70), uma imagem jurídica que o regime autoritário apresentava de si próprio de forma a ocultar a sua verdadeira natureza. O artigo 8.º, após expor os diversos direitos e liberdades ao dispor dos cidadãos portugueses, estatua que «leis especiais regularão o exercício da liberdade de expressão, ensino, reunião e associação»⁶. Esta disposição é uma das chaves para a compreensão da cidadania política no regime autoritário português, já que através dela a Constituição colocava nas mãos do legislador o poder para definir exactamente como iriam ser gozadas as liberdades cívicas. Num sistema político onde o parlamento era eleito por processos eleitorais irregulares e assumia uma mera função de *rubber-stamp*, o Executivo assumiu a tarefa de produção de uma miríade de decretos e outros instrumentos reguladores, que astuciosamente tomavam partido de uma disposição constitucional para anular os princípios constitucionais gerais, justificando essa acção pela natureza «provisória» e «especial» desses diplomas. Essa legislação definia e permitia explicitamente vastas áreas de discricionariedade governamental na aplicação dos direitos fundamentais, acabando por limitar grandemente os direitos de associação, a liberdade de imprensa e a regularidade do processo eleitoral. De facto, como sintetiza um jurista constitucional português, «os direitos fundamentais moviam-se no âmbito da lei, em vez de a lei se mover no âmbito dos direitos fundamentais» (Canotilho, 1993, 334).

⁴ Uma tipologia dos conceitos estruturais para a comparação da *performance* dos tribunais, algo distinta mas particularmente influente na que é por nós utilizada, pode ser encontrada em Tate, 1992, 313-314.

⁵ No entanto, os direitos de participação política estavam excluídos do catálogo de direitos.

⁶ Constituição Política de 1933, artigo 8.º, § 1.

Todavia, há um aspecto notável do autoritarismo português que não deve passar despercebido, já que ele ajuda a compreender as diferenças entre as transições democráticas de regimes autoritários e de regimes pós-totalitários. É certo que vastas áreas de discricionariedade governamental abriam potencialmente o caminho para a arbitrariedade total, e, de certa forma, é nessa direcção que o regime vai progressivamente evoluindo (Braga da Cruz, 1982, 780). No entanto, o facto é que o regime sempre mostrou uma preocupação quase obsessiva em apoiar a maior parte das restrições aos direitos fundamentais na ordem jurídica. O próprio projecto de Salazar era a construção de uma «ditadura de direito» (entrevistas com Ferro, 1933, 78), uma espécie de autoritarismo constitucional transitório (Braga da Cruz, 1982, 781). Não há dúvida de que aquilo que era para ser transitório se tornou permanente e que a discricionariedade policial e administrativa se agudizou com o tempo. Todavia, ela estava, em grande medida, cuidadosamente prevista e salvaguardada na própria ordem jurídica. Ao contrário de sistemas onde a legalidade é sistematicamente invalidada por regulamentos informais, extralegais e secretos (veja-se Thornburgh, 1990, 16, e Sajó e Losonci, 1993, 325), a ordem jurídica do autoritarismo procurava fornecer uma validação sistemática e coerente das violações do *rule of law* na base de normas positivas, fossem elas regulamentos menores, decretos governamentais ou mesmo disposições constitucionais.

Esta obsessiva «juridificação do autoritarismo» era acompanhada por um importante trabalho doutrinal por constitucionalistas e outros académicos. A sua teorização, doutrinação e mesmo participação política activa nas instituições do regime produziram dois efeitos básicos: em primeiro lugar, eles contribuíram para conservar a agressividade do regime dentro dos limites mínimos da lei (Garcia, 1993)⁷; em segundo lugar, eles foram não só capazes de introduzir na doutrina jurídica uma legitimação da limitação dos direitos cívicos (a prevalência da moral e dos interesses sociais sobre os direitos individuais), mas também de ver essas fontes ideológicas de legitimação consagradas enquanto disposições positivas da própria Constituição⁸.

A juridificação era de enorme importância no que respeitava ao poder judicial, que estava desta forma plenamente equipado com parâmetros de

⁷ Professores das faculdades de direito desempenhavam um papel importante na legislação e sua aplicação através do poder consultivo que exerciam na Câmara Corporativa e nos próprios tribunais. Para além disso, a predominância de juristas na classe política era esmagadora, naquela que é uma das continuidades entre os regimes autoritário e democrático.

⁸ Desta forma, o sistema jurídico autoritário corresponde às características do moderno Estado de direito (formal), aquilo que a sociologia do direito designa de «um sistema jurídico autónomo»: «A qualidade legal das pretensões e das decisões pode ser deduzida apenas de outras operações do mesmo sistema; não pode ser fornecida por fontes externas, tais como a religião e a política, e mesmo, se no sistema jurídico podem ser encontradas referências a essas fontes externas, então essas referências são, por sua vez, normas legais, que *legalmente* legitimam a aceitação em bloco de normas ou decisões externas.» (Luhmann, 1986, 20).

decisão relativamente estáveis e coerentes, uma distinção clara entre legalidade e ilegalidade, e extensivas justificações doutrinárias e jurisprudenciais, mesmo se, como veremos, aqueles parâmetros determinavam que os tribunais se iriam auto-excluir de jurisdição sobre determinadas matérias. Por outro lado, as autoridades políticas, exercendo controle social através do direito positivo, forneciam o poder judicial de material «usável» para assim melhor o usarem. E, finalmente, olhando para o processo do ponto de vista dos cidadãos, havia uma dimensão consistente de formalismo e previsibilidade, que tendia a substituir uma abordagem coerciva e casuística à violação dos direitos pelos mecanismos de «autolimitação» típicos dos sistemas autoritários consolidados.

No entanto, apesar da «juridificação do autoritarismo», os tribunais judiciais não podiam ser inteiramente confiados pelo regime na aplicação de legislação repressiva. Em primeiro lugar, porque o funcionamento dos tribunais implica sempre um grau considerável de complexidade procedimental interna, que aumenta os custos de tomada de decisões, custos que têm de ser ponderados contra os ganhos em legitimação que derivam da aplicação desses mesmos procedimentos; em segundo lugar, porque a natureza híbrida e «semântica» da Constituição permitia certas disposições de natureza liberal (nomeadamente um elenco de direitos), que apontavam para contradições internas da ordem jurídica que poderiam ser exploradas pelos juizes; finalmente, porque, à medida que se olha para além da simples resolução de conflitos entre particulares, verifica-se que a necessidade de controle por parte do Estado de uma interpretação unívoca da lei se torna imperativa. Deste modo, o regime produziu mecanismos que reduziam a jurisdição dos tribunais judiciais em áreas onde o potencial desafio ao regime era mais significativo, submetiam os juizes a uma autoridade hierárquica e política, e neutralizavam a capacidade dos juizes em questionarem a vontade dos legisladores.

A redução do espaço de autoridade judicial era obtida em primeiro lugar através da integração administrativa de diversos tipos de tribunais, de uma forma em que deixavam de ser verdadeiros órgãos judiciais para se tornarem virtualmente órgãos quasi-governamentais. Formalmente, o Estado Novo exibiu uma extensiva pluralidade de ordens judiciais, ligadas a vários ministérios e directamente dependentes deles⁹. Vários destes tribunais não dispunham de uma carreira judicial, já que o seu pessoal era recrutado tanto junto de juizes como de funcionários públicos. A ideia da jurisdição de órgãos quasi-governamentais sobre os actos administrativos, dentro da tradição continental, recebia justificação na doutrina do direito administrativo português, como meio de assegurar um controle interno do Estado que não afectasse a «unidade do procedimento administrativo».

⁹ Tais como os tribunais do trabalho, integrados no Ministério das Corporações, os tribunais fiscais, integrados no Ministério das Finanças, os tribunais militares, integrados no Ministério da Defesa, e mesmo os tribunais administrativos, directamente ligados à Presidência do Conselho.

Todavia, a mais importante limitação de jurisdição judicial existia no processo criminal. Com o autoritarismo, a intervenção judicial na instrução criminal foi extinta, passando esta para a dependência directa da Polícia Judiciária e, nos crimes contra a segurança do Estado, para a Polícia Internacional de Defesa do Estado (PIDE). À medida que a PIDE adquiria autonomia a vários níveis para o exercício da repressão política, outros aspectos do processo criminal foram adaptados de forma a fornecerem-lhe larga discricionariedade, tais como as indefinidamente renováveis prisões preventivas e as medidas de segurança. A recusa sistemática de intervenção dos advogados dos suspeitos no processo fornecia à polícia política liberdade para o uso de variados métodos de tortura para obtenção de informações e confissões, que eram adicionadas ao processo dos suspeitos.

Uma outra redução de jurisdição existia no próprio julgamento. Substituindo os tribunais militares previamente responsáveis pelo julgamento de crimes contra o Estado, novos tribunais especiais, os tribunais plenários, foram criados em 1945. O seu funcionamento era extremamente simples: os advogados dos réus encontrariam os seus clientes pela primeira vez no próprio dia do julgamento, incapazes de preparar a defesa. Os juízes do plenário ditavam sentença baseando-se na informação fornecida pela PIDE, que continha habitualmente confissões obtidas por meios coercivos, que mais de uma vez se provaram serem falsas. Desta forma, o próprio julgamento tornava-se tendencialmente irrelevante para a própria sentença, convertendo todo o processo numa farsa de justiça.

Desta maneira, o Estado Novo seguia um padrão comum a outros autoritarismos, dirigindo todos os casos politicamente sensíveis para tribunais especiais (Toharia, 1975), altamente subservientes em relação às estruturas militares ou policiais de segurança política. Todavia, esta redução de jurisdição dos tribunais ordinários não era feita sem uma sofisticação adicional: o pessoal destes tribunais não era composto por agentes policiais, militares ou administrativos, mas sim pelos próprios juízes de carreira. Estes juízes encontravam na participação no plenário diversas recompensas específicas, tais como a permanência nas maiores cidades onde o plenário funcionava (Lisboa e Porto) e, através do mecanismo de promoções por mérito, a capacidade de saltarem alguns degraus até ao topo da carreira. Ao tornar o poder judicial co-responsável pela repressão política (Barreiros, 1982, 826), o regime aumentou uma legitimação que já era parcialmente alimentada por julgar crimes políticos num contexto que imitava as regras e procedimentos formais dos tribunais judiciais¹⁰. Todavia, vantajoso como era o uso de juízes como agentes de repressão, ele mantinha riscos consideráveis, que exigiam a utilização

¹⁰ Caetano, por exemplo, numa entrevista de Julho de 1971 ao *Svenska Dagbladet*, justificava as prisões políticas como tendo sido decisões tomadas por juízes «independentes».

de ainda outros mecanismos de controle, nomeadamente através da estrutura organizacional do poder judicial.

A Constituição de 1933 estabelecia alguns dos princípios tradicionais de garantia da independência judicial: irresponsabilidade por decisões, inamovibilidade e respeito apenas pela lei e pelas decisões dos tribunais superiores. Todavia, a estrutura institucional e organizacional do poder judicial concedia ao Executivo um vasto controle sobre as carreiras judiciais. O órgão de «autogoverno» do poder judicial, o Conselho Superior Judiciário (CSJ), tinha sido criado em 1912 e estava encarregado da gestão do pessoal judicial, especialmente no que respeitava à classificação e promoção de magistrados. Durante a I República, as regras para a sua composição sofreram modificações algo erráticas, permitindo, todavia, interessantes antecedentes de eleição dos seus membros pelo próprio pessoal judicial. Contudo, durante o Estado Novo, essas regras estabilizaram em torno de um complexo sistema que relacionava a composição do CSJ com a designação dos juizes dos tribunais superiores¹¹ e que engenhosamente colocava o real controle do aparelho burocrático judicial nas mãos do ministro da Justiça.

O funcionamento deste aparelho permitia diversos instrumentos de controle político das carreiras judiciais. Para entrarem na carreira, os candidatos eram submetidos a exames gerais, escritos e orais, avaliados por uma comissão composta por membros do CSJ e outros juristas seleccionados pelo ministro da Justiça¹². Após a sua admissão, os juizes eram promovidos por antiguidade e por mérito. Todavia, o primeiro critério, na sua neutralidade, não continha suficientes incentivos ao acatamento das orientações do Executivo. Daí que, à medida que se subia na estrutura hierárquica do poder judicial, o critério de antiguidade fosse perdendo importância, sendo progressivamente substituído pelo critério do mérito, avaliado pelo CSJ na base de informação fornecida por inspectores nomeados pelo Executivo¹³.

A análise do grau de independência externa do poder judicial não fica completa sem atentarmos na natureza das relações entre a magistratura judicial e o Ministério Público. Este último era um órgão organizado hierarquicamente, dependente do Ministério da Justiça — que controlava as promoções e dispunha de poderes disciplinares — e supervisionado pelo procurador-geral da Repúbli-

¹¹ O CSJ era presidido pelo presidente do Supremo Tribunal e composto por outros cinco elementos: os presidentes das Relações e dois membros nomeados pelo ministro da Justiça. Por outro lado, os presidentes do Supremo e das Relações eram nomeados pelo Executivo, o que, na prática, significava que todos os membros do CSJ tinham a confiança do ministro. Finalmente, todos os membros do Supremo que não eram nomeados pelo Executivo eram nomeados, obviamente, pelo CSJ.

¹² Estas avaliações eram aparentemente precedidas de relatórios da PIDE, apesar de poucos casos de rejeição na base desse relatório serem conhecidos.

¹³ Nos três primeiros níveis, que constituíam a 1.ª instância, metade das promoções eram por antiguidade, mas, no que respeitava ao acesso às Relações, esta proporção diminuía para um terço.

ca. Na verdade, o que encontramos é uma completa permeabilidade entre um poder judicial supostamente independente e um abertamente dependente Ministério Público. Passar por este último enquanto delegado do procurador da República era condição necessária para aceder à magistratura judicial, e os escalões mais altos do Ministério Público estavam de facto preenchidos por juizes em comissão de serviço. Isto não só alimentava hábitos de dependência na magistratura judicial, mas permitia também que os juizes mais aquiescentes recebessem recompensas suplementares, dado que, ao funcionarem como procuradores, conseguiam (através das promoções por mérito) um acesso mais rápido aos tribunais superiores, evitando o caminho mais lento do típico juiz de carreira.

Surpreendentemente para um sistema judicial de tradição continental, a Constituição de 1933 permitia a fiscalização da constitucionalidade das leis pelos tribunais, dada uma anterior influência indirecta do sistema norte-americano¹⁴. Todavia, esta possibilidade estava em total contradição com todos os outros aspectos do sistema judicial, acabando, pois, por ser compensada por eles e virtualmente neutralizada. Em primeiro lugar, a estrutura organizacional do poder judicial determinava que qualquer juiz sensato soubesse antecipadamente que, ao recusar-se a aplicar legislação inconstitucional, estaria, provavelmente, a pôr um fim à progressão na carreira. Em segundo lugar, a Constituição de 1933 definia um sistema misto de controle da constitucionalidade, onde os tribunais poderiam apenas apreciar a constitucionalidade material das leis: a análise da constitucionalidade formal e orgânica estava reservada à Assembleia Nacional. Isto significava, por exemplo, que a (in)constitucionalidade do facto de ser o Executivo a legislar sobre direitos fundamentais não poderia ser questionada. Em terceiro lugar, os juizes estavam culturalmente e juridicamente impreparados para o controle constitucional: a educação jurídica limitava o direito constitucional ao estudo da organização do Estado, e o longo lastro de cultura jurídica positivista colidia directamente com a *judicial review*. Assim, não surpreende que de 1933 até 1974 seja irrelevante o número de decisões judiciais a questionarem a constitucionalidade da legislação em violação de direitos cívicos constitucionais¹⁵.

¹⁴ As razões para a inclusão da *judicial review* em Portugal devem ser procuradas no início do século xx. Os constituintes republicanos, opositores da legislação ditatorial emitida nos anos finais da monarquia, incluíram esta possibilidade na Constituição de 1911, grandemente influenciados pela Constituição Republicana Brasileira, e assim indirectamente influenciados pelo sistema americano (Costa, 1989, 914). Desta forma curiosa, Portugal tornou-se o primeiro país europeu a adoptar um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade da legislação.

¹⁵ Apesar de não dispormos de dados concretos sobre a jurisprudência, esta impressão é confirmada pelas mais diversas fontes. A mais notável excepção parece ser uma decisão protegendo a inviolabilidade do domicílio face aos poderes fiscalizadores dos funcionários da Emissora Nacional em cobrança de taxas de radiodifusão (v., por exemplo, Malheiros, 1978, 197). Apesar de não ser de todo negligenciável, a celebridade e excepionalidade de uma decisão como esta dá a medida justa da escassez de recursos jurídicos e políticos ao dispor dos tribunais durante o Estado Novo.

O caso português confirma, em muitos aspectos, aquilo que já se sabia sobre os contornos do sistema judicial sob os regimes autoritários (v., por exemplo, Toharia, 1975). Em síntese, é possível dizer-se que, a este nível, os autoritarismos se caracterizam, quer por uma «despolitização do poder judicial», quer por uma correspondente «desjudicialização da política». A afirmação de uma despolitização do poder judicial pode parecer surpreendente quando se observam os variados mecanismos de controle dos juízes ao dispor das autoridades políticas. Todavia, a convicção geral de muitos magistrados, mesmo daqueles que já de uma forma ou outra tinham expressado a sua insatisfação com o sistema antes de 1974, é a de que a maioria dos juízes conseguiram manter um razoável grau de independência e integridade durante o regime autoritário, sendo capazes de conduzir as suas decisões pela lei sem obediência a comandos directos e explícitos do governo, que aparentemente eram raros, mesmo no que respeita ao Ministério Público (Figueiredo e Ferreira, 1974, 105; Chaves, 1980, 79; Almeida, 1980, 28; Raposo, 1982, 355; entrevistas). Dificilmente se poderá atribuir estas opiniões apenas a uma manifestação diferida de *esprit de corps* judicial. Na verdade, elas atestam, não tanto uma independência do poder judicial face ao Executivo, obviamente inexistente, mas sim um tipo particular de configuração do poder judicial nos regimes autoritários, claramente distinta do que sucede em regimes totalitários e com implicações nítidas para as posteriores reformas judiciais na transição democrática. Toda a organização do sistema judicial sob o autoritarismo não é desenhada para o exercício de coerção sistemática sobre os juízes ou as suas decisões nem para a penetração ideológica e política do poder judicial, mas sim para evitar qualquer possível desvio à estrita aplicação das leis existentes de acordo com a interpretação desejável dos tribunais superiores, obviamente sintonizados com o regime. Juízes executando tarefas rotinizadas e socializados num contexto burocrático e hierarquizado cedo compreendiam que ir para além do que deles era esperado poderia causar danos permanentes e irreversíveis às suas carreiras. Logo, o modelo impele à passividade judicial, neutralizando o potencial dos tribunais de competência pela alocação de recursos e remetendo-os para a resolução técnica de conflitos entre partes privadas de acordo com a ordem jurídica existente. Afinal, e em rigor, há a este nível muito pouco de especificamente *autoritário* no sistema judicial português do Estado Novo: trata-se apenas da manutenção rigorosa do modelo histórico de «juiz funcionário» (Picardi, 1991, 85-98), típico de uma tradição continental onde a independência, externa e interna, é reduzida e onde o poder judicial se constitui, em muitos aspectos, como parte da burocracia estatal¹⁶.

¹⁶ Começando com o regime remuneratório dos juízes, equivalente ao dos funcionários públicos. Isto produzia situações absurdas, tal como o facto, não pouco usual, de os oficiais de justiça mais velhos ganharem mais do que o jovem juiz que os presidia. Figueiredo e

A tradição continental implica igualmente, em termos de organização judicial e da cultura jurídica que daí resulta, a reverência pelo legislador e a ideia do juiz como *bouche de la loi*. A concepção dos juízes como agentes passivos, cuja única função era a aplicação de comandos extremamente detalhados emitidos pelo poder legislativo (Merryman, 1985), estava, no caso português, exemplarmente expressa num único e imperativo comando legal no próprio Estatuto Judiciário: «Os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob o pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta.» Esta concepção passiva do papel judicial convertia os juízes em meros «técnicos jurídicos», aplicando um raciocínio legal positivista e identificando a independência judicial com o mero respeito pela legalidade (Lúcio, 1989, 738). Daí que a «desjudicialização da política» como característica do sistema judicial autoritário não surpreenda e que a faceta «anormal» do sistema português (a fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais) tenha sido facilmente neutralizada. Todavia, a verdadeira especificidade dos regimes autoritários é o reforço exponencial desta «desjudicialização» através de uma redução da jurisdição nas áreas de maior sensibilidade política potencial. Conflitos laborais, conflitos em que o Estado se constituía como uma das partes e crimes políticos «contra a segurança do Estado» foram áreas onde a jurisdição era exercida por tribunais especiais formalmente separados da jurisdição comum, com fortíssima vinculação à administração.

III. DEMOCRATIZAÇÃO E REFORMA JUDICIÁRIA

1. O PERÍODO PRÉ-CONSTITUCIONAL: OS TRIBUNAIS E A LEGALIDADE

O golpe militar de 25 de Abril de 1974 foi súbito e imprevisível, iniciando um processo que tem sido descrito mais como uma ruptura política do que como uma verdadeira transição. Todavia, a estrutura institucional do novo regime e as características da sua ordem jurídica acabaram por receber a herança de duas exigências contraditórias de dois tipos de oposição ao antigo regime: uma moderada e democrática e uma mais radical e anticapitalista. O programa do Movimento das Forças Armadas (MFA)¹⁷ e a primeira legislação emitida pela Junta de Salvação Nacional (JSN) expressavam claramente esta contradição entre dois futuros alternativos do sistema político e duas concepções do Estado de direito. Por um lado, o programa apontava para a democracia constitucional e para a eliminação dos aspectos mais repressivos

Ferreira (1974, 81-84) descrevem outros aspectos desta integração do poder judicial na burocracia estatal, tal como o facto de directivas gerais dizendo respeito a assuntos menores de comportamento administrativo serem distribuídas e consideradas vinculativas, quer para funcionários públicos, quer para juízes.

¹⁷ Este programa recebeu dignidade constitucional com a Lei n.º 3/74, de 14 de Maio.

do autoritarismo, preparando eleições livres e justas para uma assembleia constituinte, ao mesmo tempo que assegurava a continuidade da estrutura geral do Estado (Leal, 1982, 428-429)¹⁸. Mas, por outro lado, dois elementos, um institucional e um ideológico, criaram as condições para aquilo que seria o conflito entre uma legitimidade democrática e uma legitimidade revolucionária: em primeiro lugar, uma estrutura institucional dos órgãos do Estado que permitia uma partilha interna de poder entre os partidos políticos emergentes de um lado e os militares do outro; em segundo lugar, um programa que fazia algo mais do que meras referências vazias à ideologia dos sectores mais radicais dos militares e da oposição. A defesa dos «interesses das classes trabalhadoras», a «estratégia antimonopolista» e a implícita desvalorização das liberdades «formais», tornando-as dependentes da realização de objectivos económicos e sociais (Lucena, 1978, 232), indicavam, a um nível meramente programático, a existência de certas componentes do novo regime que eram contraditórias com a democracia procedimental. Estas componentes, juntas ao poder dos «militares não hierárquicos»¹⁹, foram «as fendas por onde a revolução passou» (Lucena, 1978, 232), uma revolução que iria ameaçar a continuidade do Estado e a autonomia do sistema jurídico.

As contradições do novo regime de transição passaram directamente para a definição do espaço de autoridade judicial. Aparentemente, a jurisdição judicial foi alargada²⁰, e a legislação sobre direitos de associação e reunião, partidos e eleições emitida durante 1974 respeitava largamente os princípios do Estado de direito, permitindo diversos graus de intervenção ao poder judicial, quer funcionando como instância de apelo de decisões administrativas, quer através da participação directa em órgãos encarregados de organização de eleições e inquéritos sobre abusos de poder no regime autoritário²¹. Todavia, a tipificação dos crimes e infracções contida nessa legislação e a extensão «provisória» dos

¹⁸ É interessante notar que a Lei n.º 1/74 se limitava à *dissolução* da Assembleia Nacional (e não à sua *extinção*, que viria apenas em Maio) e à demissão do Executivo e do Presidente (Telles, 1989, 562-563).

¹⁹ Sobre a definição de militares «hierárquicos» e «não hierárquicos», v. Linz, Stepan e Gunther (a publicar), 128-129.

²⁰ Os tribunais plenários foram extintos; o processo penal seria «dignificado»; todos os tribunais seriam integrados no poder judicial; a PIDE foi extinta; os procedimentos de investigação criminal passavam para a autoridade judicial: Lei n.º 3/74 (14 de Maio de 1974).

²¹ O Decreto-Lei n.º 277/74 (25 de Junho), sobre a criação da Comissão Interministerial de Reclassificação, previa o apelo das decisões da Comissão para o Supremo Tribunal Administrativo. O Decreto-Lei n.º 396/74 (28 de Agosto) criava a Comissão Nacional de Inquérito, sob a dependência do Ministério da Justiça e presidida por um magistrado. Os tribunais receberiam os apelos de decisões administrativas sobre direitos de associação, reunião e eleitorais [Decretos-Leis n.º 406/74, 594/74 e 621/74 (A, B e C)]. A Comissão Nacional de Eleições seria presidida por um conselheiro do Supremo Tribunal (Decreto-Lei n.º 621-C/74). O Conselho de Imprensa, criado pelo Decreto-Lei n.º 85-C/75 (26 de Fevereiro), era presidido por um magistrado nomeado pelo CSJ.

poderes dos militares naquilo que normalmente seria a jurisdição judicial virtualmente neutralizaram a autoridade dos tribunais em matérias como crimes de imprensa, saneamentos e prisão e julgamento de membros da PIDE, transferindo-a para tribunais militares²² ou para órgãos designados por autoridades militares²³. Nas áreas de possível conflito os tribunais não se atreveram a desafiar a autoridade militar²⁴, adiando decisões ou declarando-se incompetentes. Afinal, a sua vulnerabilidade era absoluta, dado que a JSN tinha assumido poderes constitucionais e podia a qualquer momento tomar acção legislativa directa contra um órgão estatal «desobediente».

À medida que a tensão política crescia após a queda de Spínola, o espaço da autoridade judicial ia sendo cada vez mais limitado, eliminando-se o papel que lhe restava enquanto instância de apelo de decisões administrativas nas áreas mais sensíveis²⁵. Para além disso, a própria aplicabilidade das decisões judiciais dependia cada vez mais das autoridades militares: o COPCON, um comando militar encarregado da manutenção da ordem pública, foi criado em Julho de 1974 e substituiu as autoridades policiais nas áreas de intervenção mais delicadas politicamente. Os seus poderes de prisão preventiva levaram à admissão pública de impotência por parte do ministro da Justiça em Maio de 1975, apontando a completa separação entre jurisdição militar e judicial²⁶.

Todavia, o mais sério desafio à autoridade judicial não vinha sequer da jurisdição militar. Enquanto os militares «hierárquicos» estavam à frente do processo de transição, o uso de poderes de emergência e as limitações dos direitos cívicos estavam focalizados em dois objectivos fundamentais: a perseguição de funcionários relacionados com a repressão no anterior regime e a neutralização de forças políticas que ameaçavam a nova situação política ou a hierarquia das forças armadas. As multas e a suspensão de jornais e a neutralização de partidos políticos que contestavam a política africana do

²² Com poderes de prisão preventiva indeterminada e sem *habeas corpus* (Decreto-Lei n.º 398/74, de 28 de Agosto).

²³ A Comissão para a Extinção da PIDE e da Legião era inteiramente composta por militares. A Comissão *ad hoc* para a Imprensa foi criada para proteger «segredos militares e evitar perturbações da opinião pública causadas por agressões ideológicas de sectores reaccionários» e estava dependente da JSN (Decreto-Lei n.º 281/74, de 25 de Junho). Os crimes de imprensa incluíam «instigação da desobediência militar» e as indefinidas «agressões ideológicas», as mesmas razões que apoiavam a possível suspensão de reuniões públicas e da actividade de partidos.

²⁴ Por exemplo, o Supremo Tribunal Administrativo declarou-se sistematicamente incompetente para analisar os apelos feitos por ex-funcionários da PIDE da sua expulsão (acórdãos de 5 e 12-12-74 e de 16 e 23-1-75).

²⁵ A Lei n.º 3/75 definia poderes especiais e acrescidos para a JSN (e mais tarde para o Conselho da Revolução) no domínio de saneamentos e julgamento de funcionários do antigo regime. O apelo judicial de decisões da Comissão Interministerial de Reclassificação e da Comissão Nacional de Eleições foi eliminado (Decreto-Lei n.º 124/75 e Lei n.º 4/75).

²⁶ Entrevista concedida por Salgado Zenha ao *Expresso* de 3-5-75.

novo regime estavam integradas nesta estratégia²⁷. Todavia, a derrota do golpe preparado pelos sectores mais conservadores do aparelho militar a 11 de Março não só deixou os sectores mais radicais no poder, mas também tornou evidente a baixa legitimidade de toda a ordem jurídica, que seria agora contestada por movimentos populares massivos (Hespanha, 1982, 321).

Os primeiros sintomas dessa contestação tinham surgido já em Maio de 1974, com sistemáticas violações da lei da greve e ocupações espontâneas e saneamentos da administração de diversas empresas, que os militares foram claramente incapazes de travar, apesar das críticas públicas a essas acções feitas pelo próprio Partido Comunista. Ao mesmo tempo, a moderação original no que respeitava aos saneamentos foi sendo progressivamente substituída por uma revisão e expansão do conceito de *colaboracionismo* [Pinto, (a publicar), 7]. Uma das facetas mais notáveis do processo revolucionário desenvolvido após 11 de Março é o tipo de legalização *ad hoc* (e *post hoc*) (Santos, 1984, 32) de acções como saneamentos e ocupações de empresas, habitações e terras, reconhecendo a incapacidade para sustentar a movimentação de massas e fornecendo os tribunais com a legislação revolucionária necessária para recusar os apelos dos proprietários, algo que esses tribunais fizeram sem qualquer dificuldade²⁸.

No entanto, essa legalização esteve sempre um passo atrás dos factos. Aquilo a que veio a assistir-se foi à ab-rogação *de facto* dessa mesma legislação revolucionária, consentida pelas mesmas autoridades que a tinham emitido e, por vezes, com a colaboração activa do COPCON²⁹. Tribunais decidindo sobre ocupações de casas foram invadidos, processos foram roubados³⁰ e julgamentos populares realizados³¹. A partir deste momento, com a total

²⁷ Membros do MRPP foram presos e o seu jornal indefinidamente (e ilegalmente) suspenso devido aos apelos à desobediência militar em África. Alguns grupos políticos de extrema-direita foram proibidos. A 3 de Julho de 1974 diversos jornais foram suspensos e multados por relatarem dissensões dentro das forças armadas. Esta última acção sofreu diversas críticas públicas e foi rapidamente levantada pela JSN, que nomeou uma comissão pluralista encarregada de preparar a legislação de imprensa.

²⁸ Por exemplo, considerando o previsto grande dano ao «interesse público», o STA recusou-se a invalidar várias decisões governamentais que reconheciam a ocupação de empresas (acórdãos de 3 e 24-7-75) e edifícios (de 31-7-75). Curiosamente, a mesma doutrina do «interesse público» tinha sido previamente utilizada pelo tribunal para recusar a anulação de uma decisão governamental de 1973 que extinguiu uma cooperativa de educação pelas suas actividades contra a «ordem social», algo que demonstra, quer a coerência positivista, quer a vulnerabilidade política do tribunal.

²⁹ Na primeira sessão da Assembleia Constituinte esse facto era reconhecido pelo presidente Costa Gomes no seu discurso: «Nos períodos revolucionários, aquele que legisla encontra-se numa situação extremamente complexa. Tem de reconhecer uma ou várias fases onde o processo revolucionário se projecta com tal aceleração que muitas vezes uma lei, no momento em que é publicada, não passa de uma referência a um projecto já ultrapassado.», parcialmente citado em Xavier, 1975, 419.

³⁰ *Expresso* de 11-10-75.

³¹ Em 25-7-75, após uma invasão do tribunal, José Diogo foi submetido a julgamento popular e absolvido do homicídio de um proprietário rural, que foi, por sua vez, condenado *post mortem*.

incerteza da situação política e da própria ordem jurídica, já não bastava ao poder judicial o respeito pelas opções e prioridades das autoridades políticas. O poder judicial parece ter-se remetido a uma virtual paralisia nas áreas mais sensíveis, aguardando o momento em que o conflito entre legalidades e legitimidades opostas fosse resolvido. Ao longo do período pré-constitucional os tribunais evitaram sistematicamente a confrontação, quer não desafiando as reservas de jurisdição provisórias dos militares (Telles, 1985, 27), quer adiando indefinidamente decisões em matérias onde a luta pela definição de legalidade estava ainda a desenrolar-se e onde as fronteiras do sistema jurídico permaneciam indistintas. Esta foi, afinal, uma das condições para a sobrevivência e continuidade dos tribunais e de todo o aparelho estatal (Santos, 1984, 33; Ruivo, 1986, 368): eles comportaram-se de forma a não constituírem nem uma ameaça ao movimento revolucionário nem um corpo revolucionário a ser atacado pelos actores democráticos no pós-25 de Novembro, quando os militares «hierárquicos» recuperaram o controle e reafirmaram o seu compromisso perante a democracia constitucional e eleições legislativas. A passividade do poder judicial neste período é, aliás, característica de situações de «regimes de crise». Em circunstâncias certamente diferentes, mas igualmente enquadráveis no mesmo tipo de situação, Tate (1992) descreve como em diversos «regimes de crise» asiáticos instituídos na década de 70 as autoridades político-militares preservaram a estrutura organizacional do poder judicial ao mesmo tempo que limitavam a sua jurisdição, limites esses que os tribunais tendem não só a aceitar, mas até a reforçar³². No caso português, essa passividade judicial foi acrescida pelo facto de estarmos a lidar com uma crise de transição do autoritarismo para a democracia e de, por isso, os tribunais serem vistos pelos novos actores políticos e pela opinião pública como parcialmente comprometidos com o regime anterior, aumentando, assim, a sua vulnerabilidade.

Todavia, o comportamento dos tribunais não é plenamente compreensível se não for relacionado com a atitude das elites políticas na transição e com aquilo que essa atitude deve à «despolitização do poder judicial» e «desjudicialização da política» características do regime anterior, ligadas por sua vez à manutenção rigorosa do modelo continental de «juiz funcionário» e às limitações na jurisdição dos tribunais judiciais. Estes elementos institucionais e culturais do poder judicial explicam duas coisas fundamentais. Por um lado, como um pessoal judicial que tinha sido aquiescente face ao regime autoritário pôde e soube conviver de forma relativamente pacífica com a nova ordem política decorrente

³² Importa não esquecer que a legislação constitucional da JSN não tinha eliminado a fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais. Aliás, a Lei n.º 3/74, ao definir como inconstitucional toda a legislação anterior que estivesse em contradição com a legislação constitucional emitida após o 25 de Abril colocava um poder tremendo nas mãos dos tribunais, poder esse de que os tribunais abdicaram largamente.

do 25 de Abril. E, por outro lado, como as autoridades políticas da transição viram maiores custos na reestruturação profunda do poder judicial do que na manutenção de pessoal e estruturas, mesmo durante o período de maior agitação revolucionária. A herança do autoritarismo foi em primeiro lugar um Estado de direito formal, um sistema jurídico autónomo e uma cultura jurídica de respeito geral pela legalidade (por autoritária e repressiva que fosse essa legalidade). Estes aspectos reduzem os problemas de *state-building* na mudança política, favorecem a continuidade do Estado e facilitam a consolidação democrática (Morlino, 1987, 57). Mas, para além disso, e no que respeita ao poder judicial, essa herança foi também uma estrutura *funcionante e despolitizada* de administração da justiça. Esta herança limitou a amplitude e a profundidade das reformas a realizar na transição democrática. Como afirma Di Palma, «a maior parte das instituições estatais que serviram o regime autoritário são supostas servirem igualmente a democracia. Assim, para assegurar esse serviço, a sua auto-regulação interna poderá ter de ser preservada. Na transição para a democracia devem ser evitadas medidas que possam ser percebidas como uma punição retroactiva do pessoal das instituições estatais enquanto classe e não como a remoção necessária dos aspectos legais introduzidos pela ditadura. As reformas devem conformar-se com a preservação da auto-regulação das instituições e até com o seu envolvimento nessas mesmas reformas.» (Palma, 1984, 176).

A este nível, para os actores políticos da transição democrática tratou-se «apenas» de conciliar duas exigências: a continuidade funcional da administração da justiça e a sintonia mínima do poder judicial com a nova ordem democrática. A reestruturação profunda do sistema judicial e a supressão de pessoal judicial mais comprometido com o regime autoritário teriam implicado perturbações não só na continuidade funcional da administração, mas também perdas na legitimação procedimental do regime que decorre do funcionamento de tribunais formalmente imparciais e independentes. As soluções de continuidade a nível do sistema judicial significaram não só a manutenção de um aparelho funcionante e legitimador do novo regime, mas forneceram igualmente algumas garantias de que o poder judicial não se constituiria como um obstáculo à transição democrática, deixando o palco aos actores políticos. Assim se explica que, mesmo no período de maior agitação revolucionária, *retribuindo*, mas também *reforçando*, a sua passividade e (auto)marginalização política, o poder judicial quase não tenha sido tocado pelos saneamentos que varreram vários sectores do aparelho de Estado durante 1975³³, e que, por exemplo, a composição do Supremo Tribunal de Justiça não tenha sofrido alterações radicais após o 25 de Abril³⁴. Deste modo, as características

³³ Com a excepção dos juizes dos tribunais plenários, que, mesmo assim, não foram formalmente afastados da magistratura, passando a «adidos» e sendo alguns deles reintegrados após 1976 sem perdas de antiguidade.

³⁴ Dos 17 conselheiros que compunham o STJ em finais de 1974, 11 vinham já pelo menos desde 1972, incluindo o seu presidente. Em finais de 1975 essa proporção era ainda de 9 em

organizacionais, institucionais e culturais do poder judicial nos regimes autoritários são altamente influentes no tipo de efeitos que as transições democráticas têm sobre o poder judicial, impelindo neste caso à continuidade, apesar de a vários outros níveis a transição portuguesa se ter caracterizado por rupturas e perturbações sem equivalente na Europa do Sul.

Seria, obviamente, excessivo dizer-se que o processo de democratização não trouxe modificações importantes à organização e funcionamento do sistema judicial. Em retrospectiva, a mais notável dessas rupturas parece ser o elevado grau de independência externa de que o poder judicial veio a dispor em Portugal. Mas, como veremos, e naquilo que só aparentemente é um paradoxo, esta ruptura institucional foi a melhor forma encontrada para favorecer uma continuidade política e sociológica fundamental: a de um entendimento estrutural entre elites políticas e elites judiciais no sentido da «despolitização da justiça» e da «desjudicialização da política».

2. O PROCESSO CONSTITUINTE E A REFORMA JUDICIAL

Um aspecto bem conhecido da transição portuguesa é o facto de o processo constituinte ter sido severamente constringido pela supremacia militar e pelos movimentos revolucionários de massas³⁵. No entanto, isto não deve levar-nos nem à fácil tentação de desvalorizar a importância do processo constituinte para a democratização nem a uma apreciação excessivamente crítica dos seus resultados. O facto de o resultado final desse processo ter acabado por ser bastante diferente dos projectos iniciais apresentados pelos partidos em Junho de 1975 é um primeiro sintoma dessa relevância. A inversão do balanço de poderes entre os partidos e os militares depois de Novembro criou um clima de descompressão política, fazendo com que partidos que tinham apresentado projectos algo contraditórios em Junho pudessem votar em conjunto dez meses mais tarde³⁶. E é precisamente na matéria que aqui nos ocupa, os direitos cívicos e a independência judicial, que esse valor acrescentado introduzido pelo processo constituinte aos projectos constitucionais iniciais é mais visível³⁷, fazendo com que a Constituição Portuguesa de 1976 acabasse por incluir aquilo

17. Muitas das modificações devem-se a circunstâncias vulgares, como jubilações, nomeações para cargos políticos ou para o Supremo Tribunal Administrativo.

³⁵ Por vezes até fisicamente constringido, tal como quando a Assembleia foi cercada a 12 de Novembro.

³⁶ O único partido que votou contra a versão final da Constituição foi o CDS, opondo-se aos poderes de reserva dos militares e à constituição económica «socialista». Todavia, na votação «artigo a artigo», mais de 60% das disposições constitucionais foram aprovadas por unanimidade (Miranda, 1990, 348).

³⁷ Algo que foi ajudado pelo facto de todo o capítulo dedicado ao sistema judicial ter sido discutido e aprovado após o 25 de Novembro, numa altura em que a autonomia relativa da Assembleia tinha aumentado significativamente.

que os constitucionalistas definem como uma das mais avançadas, alargadas e detalhadas cartas de direitos em qualquer constituição até à data.

Para além disso, os pactos assinados entre os militares e os partidos³⁸, que em grande medida determinaram a definição institucional do regime, não estavam aparentemente preocupados com a definição dos direitos cívicos ou com a organização do sistema judicial. Este é um sintoma de dois aspectos importantes. Primeiro, a relativa marginalidade (ou consenso) do tema da reforma judicial para as estratégias dos actores políticos da altura, uma impressão que é reforçada quando observamos a relativa estabilidade do Ministério da Justiça durante o período pré-constitucional, quer nos seus ocupantes³⁹, quer na sua política. Em segundo lugar, mostra-se também como as escolhas institucionais de organização do poder judicial foram apresentadas e definidas como prerrogativa exclusiva dos partidos políticos gozando de legitimidade democrática na Assembleia. Os dilemas que enfrentaram foram, portanto, bem diferentes daqueles enfrentados quanto à partilha institucional de poder entre partidos e militares e quanto à definição ideológica do regime. E a questão é que dilemas foram esses?

Um dos temas mais antigos da oposição moderada ao Estado Novo tinha sido a independência do poder judicial. Uma característica interessante dessa oposição, e que certamente mereceria um estudo aprofundado, dadas as suas duráveis consequências posteriores, era a impressionante dominância de juristas, especialmente de advogados, fortemente organizados em torno da sua Ordem. Usando um discurso jurídico para debater algumas das características do regime autoritário, eles tornaram-se quase toleráveis para um regime que procurava precisamente legitimar-se em termos legais⁴⁰. Devido à sua formação e preocupações, a sua agenda podia ser sintetizada numa só expressão: o Estado de direito. A sua intervenção pública determinou em grande medida aquilo que viria a ser a *magna carta* da reforma judicial após 1974 (Ruivo, 1986, 363), algo que esses advogados viriam mais tarde a poder aplicar, já que o seu currículo oposicionista e a sua preparação técnica os tornavam os candidatos perfeitos para a constituição da nova classe política democrática⁴¹.

³⁸ O primeiro assinado em Abril de 1975 e o segundo em Fevereiro de 1976.

³⁹ Três ministros, Salgado Zenha, Pinheiro Farinha e Rocha e Cunha (este apenas durante um mês), para seis governos provisórios.

⁴⁰ Especialmente desde Caetano, que tinha procurado abrir algumas portas para a reforma e estava, afinal, intelectualmente próximo destes homens.

⁴¹ O número de advogados oposicionistas que assumiram importantes funções políticas após 1974 é enorme. Segue-se uma lista reduzida: Mário Soares (ministro, primeiro-ministro, Presidente); Palma Carlos (primeiro primeiro-ministro após o 25 de Abril); Sá Carneiro (primeiro-ministro); Salgado Zenha (primeiro ministro da Justiça após o 25 de Abril); Almeida Santos (ministro da Justiça); Mário Raposo (ministro da Justiça); Almeida Ribeiro (provedor de Justiça); Vasco da Gama Fernandes (presidente da Assembleia da República); Sousa Tavares (ministro); José Magalhães Godinho (ministro; juiz do Tribunal Constitucional).

No entanto, as primeiras reformas introduzidas no período pré-constitucional mostravam que a concessão imediata de autonomia ao poder judicial não parecia ser desejada nem pelas autoridades civis mais moderadas nem pelos sectores militares radicalizados. Por um lado, alguns aspectos da organização do poder judicial foram modificados, respondendo às antigas exigências da oposição moderada, às quais os magistrados cedo se juntaram nas suas primeiras manifestações públicas enquanto elite organizada: a limitação das competências do ministro da Justiça na nomeação dos presidentes do Supremo e das Relações, a abolição das promoções por mérito (um mecanismo tradicional de controle político) e das comissões de serviço (previamente usadas para promover a circulação entre a magistratura judicial e a administração, e nomeadamente entre juízes e procuradores)⁴². Todavia, e por outro lado, apesar dos compromissos explícitos com a ideia de independência judicial, houve hesitação em dar autonomia excessiva ao que se considerava uma classe «conservadora» e «pouco digna de confiança» e que sem grandes reformas perturbadoras continuaria certamente a sê-lo. Assim, as nomeações, promoções e colocações dos magistrados judiciais continuaram a ser uma prerrogativa do Executivo (Figueiredo e Ferreira, 1974, 97), e a comissão encarregada de proceder a saneamentos no poder judicial era controlado pelo ministro da Justiça, limitando as suas acções aos juízes do plenário. Outras reformas foram adiadas para um momento não especificado em que as recentemente criadas comissões para a reforma judicial produzissem as suas conclusões.

Esse momento era agora, durante o processo constituinte. Todavia, o dilema acerca do grau de independência que seria atribuído ao poder judicial permaneceu. Os artigos constitucionais respeitantes ao poder judicial simplesmente operavam uma síntese entre a legislação já emitida pela JSN e pelo Ministério da Justiça e algumas das exigências dos magistrados, agora organizados numa associação profissional. Entre eles estavam alguns dos princípios constitucionais tradicionais: o princípio genérico da independência judicial; a exclusão de tribunais especiais para determinados tipos de crimes; a inamovibilidade e irresponsabilidade dos juízes⁴³. Para além disso, a Constituição definia agora um órgão de «autogoverno» do poder judicial, o Conselho Superior da Magistratura (CSM), cujos membros deveriam incluir juízes eleitos pelos seus pares⁴⁴. Os parlamentares juristas na Assembleia Constituinte⁴⁵ desempenharam um papel fundamental na consagração destas disposições: «tecnificando» o tema, eles reduziram a sua sensibilidade política potencial e conduziram os

⁴² Decreto-Lei n.º 261/74 (18 de Junho).

⁴³ Constituição da República Portuguesa, 1976: artigo 208.º; artigo 213.º, n.º 3; título vi, capítulo iv.

⁴⁴ CRP, 1976, artigo 223.º

⁴⁵ Apesar de não termos encontrado dados para a Constituinte, em 1976 os juristas representavam cerca de 24% de todos os deputados (Cruz, 1988, 123).

debates para longe das soluções apontando para formas de justiça popular⁴⁶, ao mesmo tempo que permitiram a influência de soluções encontradas no direito comparado (nomeadamente o italiano *Consiglio Superiore della Magistratura*)⁴⁷. Todavia, as questões centrais que respeitavam à independência externa do poder judicial foram adiadas para futura legislação ordinária: quais seriam os verdadeiros poderes do CSM e quem iria de facto controlá-lo?

Há diversas razões que explicam o facto de estas questões terem ficado por responder. Todos os partidos políticos expressavam de forma mais ou menos aberta a sua desconfiança face à classe dos magistrados, especialmente na esquerda, onde os comunistas (tal como em Itália décadas antes) claramente defendiam a necessidade de desmantelamento de uma classe conservadora e comprometida com o antigo regime. Isto permitiu um consenso básico entre todos os partidos sobre o facto de o órgão responsável pela administração do pessoal judicial dever, pelo menos, ter uma composição mista, incluindo juizes eleitos e nomeados politicamente, procurando um equilíbrio entre autonomia judicial e responsabilidade política. Todavia, não houve consenso sobre a questão principal de quais destes dois «tipos» de vogais iriam estar em maioria⁴⁸. Aparentando ser um desacordo comparativamente menor e irrelevante, levá-lo até às últimas consequências parece ter aparecido como um risco para outros consensos constitucionais mais fundamentais. De facto, isto volta a demonstrar como os tribunais e os seus juizes, através da sua passividade e aquiescência políticas, tinham tido sucesso em colocarem-se à margem dos processos políticos no pós-25 de Abril, de uma forma que não só evitou intervenções mais radicais (legislativas ou outras) durante o período revolucionário mas também tornou «adiável» o tema da reforma judicial.

No que respeitou ao estatuto do Ministério Público, a indefinição foi ainda maior. Ao separarem-se as magistraturas e suas carreiras, os constituintes estavam a dirigir-se claramente à questão da permeabilidade entre Ministério Público e magistratura judicial que tinha dado importante contribuição para o controle político da segunda no regime autoritário. No entanto, a afirmação clara de um Ministério Público independente não estava nos projectos constitucionais, que eram largamente omissos sobre o assunto, testemunhando a ausência generalizada de uma definição positiva do estatuto que o ministério público iria ter na democracia portuguesa: «se a concepção

⁴⁶ A Constituição acabou por incluir algumas referências à «criação de juizes populares e [...] outras formas de participação popular na administração da justiça» (artigo 217.º), uma disposição simbólica que ficou por aplicar na sua quase totalidade.

⁴⁷ Momentos particularmente interessantes dos debates incluíram longas e exaustivas «aulas» dadas pelos juristas aos seus colegas leigos sobre os mais variados conceitos legais.

⁴⁸ Enquanto socialistas e comunistas defendiam uma maioria de membros nomeados por órgãos políticos, os sociais-democratas e os centristas defendiam a solução oposta.

autoritária não poderia ter sido aceite, [...] duvidoso é que, em termos de Constituinte, houvesse ideias mais claras do que a necessidade de rejeição do passado» (Barreiros, 1984, 33). A Constituição acabou por consagrar a «autonomia mitigada» do Ministério Público de uma forma algo ambígua: por um lado, submissão hierárquica a um procurador-geral, que seria nomeado politicamente pelo Presidente da República sob proposta do Executivo; por outro lado, inclusão no título «Tribunais» e definição do seu pessoal como magistrados, algo que implicitamente estendia aos procuradores as mesmas garantias de inamovibilidade e irresponsabilidade por decisões gozadas pelos juízes.

Desta forma, o legado político da legislação pré-constitucional e da Constituição de 1976 aparentava ser basicamente contraditório no que respeitava à independência judicial. Os termos desta contradição eram os seguintes: por um lado, um compromisso generalizado com a independência judicial e com a ruptura com o passado autoritário que vinculava os actores políticos perante as emergentes associações de magistrados⁴⁹ e tornava agora inaceitáveis as prerrogativas que restavam nas mãos do Executivo na administração das carreiras judiciais; por outro lado, as repetidas preocupações com o «elitismo» da classe judicial, as críticas ao *establishment* dos juízes e aos perigos de um excessivo fechamento do poder judicial. Esta aparente contradição iria moldar os discursos políticos e as escolhas institucionais nos anos futuros. Todavia, começa aqui um dos enigmas da independência judicial em Portugal. Se, por um lado, essa independência ia sendo de facto assegurada através de reais decisões políticas e mudanças institucionais, a segunda preocupação manifestava-se mais através de omissões e adiamentos. Aliás, e para além de, como vimos, terem deixado praticamente intocado o pessoal judicial, as medidas tomadas no período pré-constitucional que se destinavam a corrigir os aspectos institucionais que afectavam a independência judicial (tais como a abolição das promoções por mérito e a incomunicabilização das carreiras judiciais e do Ministério Público) prefiguravam igualmente um reforço dos tão criticados aspectos burocráticos e corporativos da organização judicial. Desta forma, a *hidden agenda* da reforma judicial começava a ser aparente: para os actores políticos da transição democrática, ao contrário do que poderia supor-se e daquilo que muitas vezes era o seu discurso explícito, a independência judicial representava maiores benefícios do que custos. Isto ficaria mais claro com as diversas medidas concretas tomadas após a aprovação da Constituição de 1976, que dispunha que a legislação sobre a refor-

⁴⁹ A Associação Sindical de Magistrados Judiciais Portugueses (ASMJP — mais tarde Associação Sindical dos Juízes Portugueses) e o Sindicato dos Delegados do Procurador da República [mais tarde designado, após a reforma da carreira no Ministério Público, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP)].

ma judiciária deveria ser aprovada pelo parlamento no espaço de um ano⁵⁰, assegurando de novo que seria um assunto estritamente partidário e de alguma forma já destinado aos juristas da classe política. É esta legislação e as suas consequências que serão analisadas de seguida.

3. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Como vimos, a questão central da composição do Conselho Superior da Magistratura não tinha sido respondida pela Constituição, sendo adiada até 1977. Todavia, os trabalhos da Assembleia na I Legislatura, envolvida nas principais reformas legislativas para a democratização, introduziram atrasos na aprovação da reforma judiciária que se tornaram intoleráveis. Na verdade, dada que a aplicação do princípio da independência judicial tinha sido tornada dependente da legislação ordinária que determinaria a composição do CSM e as suas competências, o governo socialista assumiu a tarefa de produzir legislação provisória para estar em vigor até ao momento em que fosse substituída pela prevista legislação parlamentar.

Esta viria a ser a primeira peça do *puzzle* da independência do poder judicial em Portugal. Era previsível que poucas mudanças viessem a ser introduzidas por esta legislação provisória, e todas as condições, aparentemente, determinavam que o Executivo seria cauteloso na insulação política do poder judicial. Em primeiro lugar, devido às preocupações com o corporativismo do poder judicial, tão recentemente expressas na Assembleia Constituinte. Em segundo lugar, porque os próprios socialistas, juntamente com os comunistas, eram a força política que tinha expressado essas preocupações mais vivamente, reproduzindo de forma previsível a tradicional polarização ideológica em torno do tema da independência judicial. E, finalmente, porque enquanto maioria de governo, eram os socialistas que melhor poderiam apreciar os custos específicos associados à introdução de uma forte insularidade política no corpo judicial, que, afinal, gozava de poderes de fiscalização da constitucionalidade que poderiam constituir novos pontos de veto a políticas governamentais já tão constringidas pelas múltiplas partilhas de poder no sistema de governo.

No entanto, as reformas provisórias introduzidas pelo Executivo acabaram por trazer uma mudança decisiva da organização do poder judicial, concedendo-lhe independência externa total na gestão do pessoal e das carreiras. Aparentemente aceitando as sugestões da ASMJP para um regime «experimental», e explicitamente afirmando que «aceitar a nomeação parlamentar ou governamental dos membros do CSM seria comprometer a independência judicial», o decreto⁵¹ definia a composição do Conselho como

⁵⁰ CRP, 1976, artigo 301.º

⁵¹ Decreto-Lei n.º 926/76 (31 de Dezembro).

sendo dividida entre membros nativos e eleitos: os presidentes do Supremo e das Relações (cinco no total) e oito magistrados eleitos pelos seus pares, incluindo uma forte participação dos membros de escalão mais baixo⁵² e institucionalizando a associação profissional judicial, que estaria agora encarregada da produção das listas eleitorais. Outro aspecto importante era a autonomização de uma «secção disciplinar» reduzida, representando proporcionalmente as diferentes categorias de vogais. Finalmente, o papel do Executivo na administração do pessoal judicial foi completamente erradicado. Desta forma era dada independência externa total a um corpo judicial praticamente intocado pela transição, ao mesmo tempo que a separação de colégios eleitorais de acordo com os níveis hierárquicos assegurava ao topo uma relativa protecção face às interferências dos níveis mais baixos. Admita-se que, para «experiência», foi algo radical e enigmática.

Esta reforma criou uma estrutura institucional onde o grau de independência externa era de tal modo elevado que todas as mudanças possíveis só poderiam ser no sentido da sua mitigação. Isso foi precisamente o que foi aparentemente tentado nas reformas posteriores. Em 1977, produzindo uma avaliação «negativa» da experiência anterior, a Assembleia modificou a composição do CSM⁵³, introduzindo a possibilidade de não-magistrados comporem o Conselho (o Presidente da República, o provedor de Justiça e quatro membros eleitos pela Assembleia). Todavia, esta legislação ainda permitia uma maioria de juizes e deixou intacta a composição da secção disciplinar. Posteriormente, em 1980, e apesar das queixas contra o «corporativismo judicial» que os sociais-democratas, na oposição, tinham expresso em 1977, desta vez seria o próprio executivo PSD/CDS que iria institucionalizar a «secção disciplinar», enquanto um «conselho restrito»⁵⁴, que funcionaria de facto como um conselho executivo do CSM, composto apenas por juizes, e concentraria todas as decisões relevantes sobre a administração do poder judicial, deixando para o plenário do CSM as deliberações sobre apelos.

Examinando as consecutivas modificações legislativas introduzidas no sistema de «autogoverno» do poder judicial desde 1976, o procurador-geral Cunha Rodrigues notava em artigo recente (Rodrigues, 1994, 30) que elas não parecem obedecer a uma estratégia política coerente, apoiando-se mais nos debates políticos do que numa avaliação real das experiências anteriores. A perplexidade do autor parece inteiramente justificada, já que há uma sistemática discrepância entre a expressão ritualizada de preocupações com a insulação política do poder judicial e a efectividade real das medidas des-

⁵² Seis dos oito magistrados eleitos pertenceriam à 1.ª instância. O Conselho incluía também quatro funcionários de justiça com participação limitada.

⁵³ Lei n.º 85/77.

⁵⁴ Decreto-Lei n.º 348/80 (3 de Setembro).

tinadas a reduzir essa insularidade. Todavia, é possível observar um curioso padrão. No curto período de tempo entre 1976 e 1980, contrariamente ao que poderia ser esperado, foram os governos e as maiorias que os apoiavam que, independentemente do seu posicionamento ideológico na esquerda ou na direita, favoreceram e alimentaram a insulação política do poder judicial através das suas escolhas institucionais.

Este padrão seria confirmado na revisão constitucional de 1982. Os artigos sobre o sistema judicial foram discutidos num clima de hostilidade aberta entre os magistrados e a Assembleia, com ameaças de greves por parte dos primeiros e acusações de chantagem por parte de alguns deputados. As razões para esta hostilidade estavam aparentemente na agenda de reforma judicial avançada pelos socialistas e cedo adoptada pelo resto da oposição: o acesso ao Supremo e a composição do CSM. Na verdade, o CSM tinha sistematicamente bloqueado o acesso de não magistrados ao Supremo Tribunal, colocando-o *de facto* como o topo da carreira judicial, com a antiguidade a prevalecer como critério básico de promoção, contra as intenções do legislador e o entendimento de alguma doutrina. Este problema estava, obviamente, relacionado com a dominância dos juizes no próprio Conselho Superior da Magistratura. Assumindo que as suas reformas prévias tinham sido «falhanços» e que a independência judicial após o 25 de Abril tinha ido «demasiado longe», os socialistas propunham-se fixar na Constituição o critério de mérito no acesso aos tribunais superiores e uma nova composição do Conselho que pusesse os juizes eleitos em minoria. Esta percepção da situação tinha sido aparentemente despoletada por uma decisão do Supremo sobre uma participação criminal contra os «responsáveis pela descolonização» por crime de «alta traição», participação essa que a Relação tinha arquivado, mas que o Supremo reabriu (Figueira, 1988, 9), tornando-o mais uma vez suspeito (e com ele todo o poder judicial) de conservadorismo e simpatias autoritárias.

Face a estas propostas, os juizes reagem de forma extremamente crítica. Para além dos ataques explícitos da ASMJP às propostas apresentadas, o próprio Conselho dá a conhecer a sua posição através de um memorial de 1982. Na verdade, o texto dedica-se exclusivamente aos temas em debate na revisão constitucional, a composição do próprio Conselho e o acesso ao STJ, e às propostas socialistas. Em princípio, o Conselho declara-se em oposição frontal, quer à consagração constitucional do regime de acesso ao STJ, quer a qualquer solução de composição do CSM que incluía vogais não eleitos pelos juizes, englobando, assim, tanto a proposta socialista como a solução na altura em vigor, que considera inaceitáveis. Mas, curiosamente, e assumindo plena postura negocial, o Conselho afirma igualmente que os juizes sempre estão dispostos a aceitar, quer a solução presente de composição do CSM [da Lei n.º 82/77, «que a magistratura judicial portuguesa — e o tempo decerto — se encarregarão de demonstrar a sua falta de fundamento e inu-

tilidade» (p. 11)], quer a constitucionalização do acesso ao STJ, desde que três quintos dos lugares ficassem para juizes de carreira, um quinto para magistrados do Ministério Público e um quinto para juristas de mérito, substituível este último por juizes, se não houvesse candidatos, com o CSM a fazer todas as nomeações.

Na Assembleia, e confirmando o padrão anterior, foi a maioria AD que mostrou maiores hesitações e até alguma confusão interna inicial, mostrando-se preocupada com esta hostilização entre políticos e juizes. Finalmente, um compromisso entre a «prudência» social-democrata e o «reformismo» socialista foi atingido. Num exemplo magnífico de engenharia constitucional, a revisão constitucional de 1982 eliminou a presidência do CSM pelo Presidente da República⁵⁵ e a presença do provedor de Justiça, ficando o Conselho a ser composto por sete membros eleitos pelo parlamento, sete juizes eleitos pelos seus pares, o presidente do Supremo Tribunal de Justiça (também presidente do CSM) e dois membros nomeados pelo Presidente da República⁵⁶. Ao definir que um destes dois últimos membros teria de ser um juiz, esta composição procurava vários balanços delicados: os magistrados reteriam a maioria, ao mesmo tempo que os magistrados *eleitos* estariam em minoria; os membros designados pelo parlamento requeriam a aprovação de uma maioria de dois terços, logo um equilíbrio entre governo e oposição, e o Presidente reteria alguns poderes indirectamente derivados da natureza semipresidencial do regime. Quanto ao acesso ao STJ, a Constituição passou a prever a prevalência do mérito e a abertura a não juizes, mas permaneceu omissa quanto à repartição das vagas.

A aplicação destas modificações constitucionais demorou três anos, aguardando pelo novo estatuto. Na realidade, elas não impediram que os partidos políticos, em geral, e o Executivo, em particular, permanecessem praticamente desprovidos de instrumentos institucionais de intervenção na administração do pessoal judicial. Em primeiro lugar, devido à existência de um conselho permanente do CSM, onde é tomada a esmagadora maioria de decisões relevantes, a proporção de juizes eleitos aumenta e a real participação de não-magistrados tem sido completamente irrelevante. Em segundo lugar, porque, quer o Presidente, quer o parlamento, têm sistematicamente escolhido juizes de carreira como seus representantes⁵⁷, contornando o quasi-equilíbrio entre juizes e não juizes pretendido na Constituição. E, em terceiro lugar, porque a gestão quotidiana dos assuntos do CSM está, de facto, concentrada no seu vice-presidente, o conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça na lista eleitoral vencedora para a composição do CSM.

⁵⁵ Esta presidência tinha sido puramente simbólica, limitada à participação à sessão de abertura do CSM.

⁵⁶ CRP, 1982, artigo 223.º

⁵⁷ Francisco Teixeira da Mota, «O juízo dos juizes», in *Público* de 6-3-1994.

A insulação política do poder judicial está combinada com um contexto organizacional onde as características burocráticas permaneceram intocadas, se não reforçadas. O recrutamento de pessoal é feito de baixo: após um exame preliminar, os licenciados em Direito entram no Centro de Estudos Judiciários e são socializados a partir daí no interior do aparelho judicial. As promoções são o resultado de um sistema misto de avaliação por mérito e antiguidade. Todavia, o mérito é avaliado globalmente pelo CSM, na base de informação coligida pelos serviços de inspecção, e muito raramente usada para bloquear ascensão na carreira. Para além disso, em oposição ao que sucedia no sistema autoritário, à medida que se aproxima do topo da carreira, o critério de antiguidade permanece extremamente importante⁵⁸. As mudanças aparentes na hierarquia judicial, devidas ao facto de a ASJP ser controlada por alguns dos juizes de escalão baixo/médio, que têm uma quota significativa no CSM, criou um sistema onde os juizes vão de facto administrando a sua própria progressão na carreira judicial, favorecendo critérios displicentes de avaliação interna. A entrada lateral no poder judicial, supostamente possível no Supremo Tribunal para procuradores-gerais-adjuntos e juristas de mérito, tem sido frequentemente bloqueada pelo CSM, para crítica de políticos e magistrados do Ministério Público. Como os apelos das decisões do conselho permanente do CSM são feitos para o plenário do CSM e os apelos finais das decisões do plenário são feitos para o Supremo, o círculo de irresponsabilidade política do poder judicial encontra-se, assim, fechado.

IV. AS DINÂMICAS POLÍTICAS DA REFORMA JUDICIÁRIA

O paradoxo da independência judicial é sobejamente conhecido da teoria política democrática. Ele consiste no facto de, nas democracias, um grupo politicamente irresponsável de indivíduos poder interpretar leis e mesmo rejeitá-las contra a vontade da maioria dos representantes do povo. Algumas respostas a este paradoxo têm já sido dadas pela teoria da democracia. Mesmo os críticos mais acérrimos da fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais estão dispostos a aceitar que a protecção dos «direitos políticos primários» (ou, por outras palavras, da «integridade do processo democrático») devem ser protegidos contra os caprichos e desejos momentâneos de maiorias conjunturais (Ely, 1982; Dahl, 1989, 191).

⁵⁸ Na verdade, e até há muito pouco tempo, a suposta prevalência do critério de mérito no acesso às Relações nem sequer encontrava concretização na própria legislação: segundo o artigo 47.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, os concorrentes ao acesso às Relações eram escolhidos entre os juizes de direito com classificação não inferior a *Bom* dentro dos trinta mais antigos, sendo logo a maior antiguidade condição prévia. Só com a legislação de 1994 se corrigiu esta situação, passando agora a ser o mérito a prevalecer na lei.

Todavia, independentemente das apreciações que se possam fazer face às diversas visões restritivas ou expansivas do poder judicial na teoria democrática, aquilo que antes de mais parece necessitar de explicação não será tanto este aparente paradoxo teórico, mas sim um outro bem mais empírico: por que poderão os actores políticos que conduzem uma transição democrática estar interessados em insular politicamente um vasto domínio de capacidades de *policy-making*? Ou, por outras palavras, que interesse poderão ter os actores da democratização em tornar politicamente independente uma instituição com um significativo potencial de exercício de poder político? Diversos estudos sobre as instituições políticas portuguesas, quer do ponto de vista do direito constitucional, quer da ciência política, têm demonstrado como a consolidação da democracia tem sido, em grande medida, a consolidação do domínio dos partidos sobre a maior parte das esferas da vida política (Sousa, 1982; Bruneau e Macleod, 1986; Cruz, 1988, 101, 103). A aguda partidarização das instituições, da burocracia e das organizações de interesses não é nem uma novidade portuguesa nem uma surpresa significativa, se tomarmos em conta as circunstâncias específicas da transição política. O que é enigmático é o facto de os partidos terem, aparentemente, abdicado de estender uma influência decisiva sobre o poder judicial, mais especificamente sobre os órgãos encarregados das funções de administração interna do pessoal judicial, que são tradicionalmente usadas para interferir com a independência externa judicial: nomeação, designação, movimentos, promoções e acções disciplinares.

Responder nos termos tradicionais de um piedoso e generalizado respeito pela doutrina constitucional da independência judicial seria, obviamente, uma simplificação normativista. O enigma é, portanto, genuíno e aumenta quando tomamos em conta dois aspectos das atitudes políticas face ao poder judicial durante os períodos de transição e consolidação da democracia: em primeiro lugar, o facto de desde o processo constituinte de 1976 até à revisão constitucional de 1982 as elites políticas terem desenvolvido um discurso onde a motivação para a parlamentarização do CSM estava claramente presente; e em segundo lugar, o facto de, apesar desse discurso, terem sido as maiorias políticas quem, surpreendentemente, mais contribuiu para a insulação política do poder judicial.

As seguintes seis hipóteses procuram fornecer explicações para o facto de os actores políticos na transição democrática terem permitido ou mesmo alimentado a independência judicial. Elas não se excluem mutuamente nem são completamente exaustivas. Na verdade, elas baseiam-se em abordagens já existentes sobre o tema da independência judicial, de forma a serem estabelecidas algumas das condições sob as quais se pode esperar que a independência judicial acompanhe o processo de democratização. Desta forma, algumas posições dos actores políticos que de outra maneira pareceriam estranhas e inexplicáveis podem ganhar uma inesperada coerência. A nosso ver, essas explicações devem ser procuradas a nível da cultura política, nos ganhos de

longo prazo obtidos da independência judicial e nos termos de um «pacto não escrito» que vinculou e favoreceu mutuamente juízes e políticos.

1. *A «juridificação» da política:* no seu estudo sobre o Conselho Constitucional francês (Stone, 1992), Alec Stone defende de forma convincente a necessidade de os cientistas políticos darem maior atenção às elites jurídicas e à forma como a sua acção e discurso moldam a cultura e as opções políticas. Isto é particularmente importante no caso português, por diversas razões: em primeiro lugar, devido à esmagadora dominância de juristas na classe política; em segundo lugar, devido ao geral «respeito pela legalidade» que parece prevalecer na cultura política, algo que pode ter facilitado a transição e foi nítido mesmo durante a agitação revolucionária, quando até os mais ousados desafios à ordem legal eram feitos de uma forma «legalista» (Lucena, 1978, 234; Hespanha, 1986, 322); em terceiro lugar, porque as escolhas institucionais com que lidamos aqui têm como objecto o sistema judicial, sendo, portanto, por assim dizer, duplamente «legalistas».

Haverá ainda muito a dizer e a investigar a este respeito, demasiado para os objectivos limitados desta pesquisa. Todavia, neste caso particular, parece evidente que o papel dos juristas enquanto actores políticos e a «tecnificação» dos debates sobre a independência judicial afastaram escolhas institucionais que pudessem limitar completamente essa independência⁵⁹. Os variados debates políticos transmitem a ideia de um compromisso generalizado com os princípios gerais do constitucionalismo e do Estado de direito: isto foi estimulado pela vontade de tornar evidentes as rupturas com a experiência autoritária e foi permitido pela relativa marginalidade do tema da reforma judiciária em relação às principais controvérsias e equilíbrios de poder na transição. Para além disso, a «tecnificação» dos debates explica igualmente a recepção de algumas das soluções em vigor em democracias já consolidadas (onde os casos mais influentes terão sido o francês e o italiano).

2. *Activismo corporativo:* a relativa marginalidade política do tema da reforma judicial poderá também explicar uma relativa passividade dos actores políticos face ao activismo das associações profissionais dos magistrados. Por exemplo, durante a revisão constitucional, a ASMJP e o próprio CSM exerceram tremenda pressão, por meios formais e informais, e conseguiram mesmo reverter o acordo instável que chegou a ser estabelecido a determinada altura no sentido de retirar uma maioria de juízes ao CSM. No caso do Ministério Público, a influência do SMMP tem sido ainda mais visível. Criado numa

⁵⁹ No seu excelente estudo sobre o mesmo período que aqui analisamos, e de que este artigo é particularmente devedor, Ruivo (1986, 369) destacava já o renovado papel da Ordem dos Advogados nos debates sobre a reforma judicial na Constituinte.

altura de entusiasmo revolucionário, o Sindicato dos Delegados do Procurador da República reuniu os escalões mais baixos e mais jovens de uma carreira ainda inexistente. Muitos destes indivíduos tinham sido socializados num período de radicalização política nas universidades e alguns deles cumpriam serviço militar quando se dá o 25 de Abril. Isto parece explicar uma orientação geral de esquerda, uma muito alta taxa de sindicalização e um activismo quase frenético: a preparação de congressos com datas e temas cuidadosamente seleccionados, o exercício de pressão junto de interlocutores privilegiados no parlamento, no governo e na presidência (algo que lhes permitiu, inclusivamente, bloquear a nomeação de um PGR) e mesmo a realização de greves foram algumas das estratégias utilizadas. O sucesso da estratégia de autonomia externa e de carreira do Ministério Público (tema que referiremos posteriormente) foi ainda facilitado por uma maior coesão dos magistrados do Ministério Público em comparação com os juizes, algo que não será estranho, quer a uma cultura profissional e organizacional menos «individualista», quer ao facto de toda a carreira ter sido construída após a democratização.

3. *Legitimação procedimental*: quaisquer benefícios que as maiorias conjunturais possam obter da redução da independência judicial têm de ser pesados contra prejuízos presentes e futuros. Em fases de transição política esses prejuízos podem consistir numa redução global da legitimidade do regime. O tema da protecção dos direitos cívicos e da independência judicial ocupava uma posição fundamental na agenda da oposição moderada ao regime, mais até do que, dir-se-ia, o papel ocupado pelo tema da democratização política. Este facto pode ter aumentado a percepção pública do *rule of law* como sendo inseparável da reforma política e estabeleceu expectativas e compromissos políticos que tiveram de ser satisfeitos, aumentando dramaticamente os custos associados à supressão da independência judicial. A legitimação do regime através do poder judicial explica igualmente por que foram os juizes sistematicamente chamados a desempenhar papéis fundamentais em diversos órgãos administrativos de fiscalização (eleitoral; comunicação social) onde nomeações puramente políticas não teriam contribuído para a percepção de uma imagem de imparcialidade (Vitorino, 1993).

4. *Consensualismo e antimaioritarismo*: os actores políticos nas transições democráticas podem ser levados a compensar uma baixa confiança mútua através do reforço da neutralidade da adjudicação judicial, promovendo a sua independência como um mecanismo antimaioritário (Guarnieri, 1993, 10). Se isto explica por que as minorias têm um interesse na independência judicial, a mesma coisa sucede com as maiorias quando existe uma expectativa elevada de continuação de processos eleitorais regulares e uma baixa expectativa de ganhar essas eleições. Por outras palavras, as maiorias

não estão dispostas a diminuir a independência judicial quando outros podem mais tarde receber os benefícios dessa maior dependência. Desta forma, a expectativa de alternância política (ou de instabilidade governamental) favorece a independência judicial (Ramseyer, 1994).

Não é por acaso que as primeiras tentativas sistemáticas feitas por maiores políticas para aumentar a «responsabilidade política» do poder judicial (ou diminuir a sua independência, consoante a perspectiva) foram feitas na revisão constitucional de 1989 e em subsequentes propostas legislativas e constitucionais. Assim, estas tentativas foram feitas não só depois do período de consolidação democrática, mas também quando o consensualismo institucional do regime político português tinha sido em grande medida subvertido pela constituição de uma «anormal» e durável maioria absoluta monopartidária.

5. *A fiscalização constitucional centralizada como mecanismo de segurança*: as formas de fiscalização centralizada e descentralizada (ou «concentrada» e «difusa») da constitucionalidade das leis são geralmente apresentadas como alternativas exclusivas e tendem, de facto, a excluir-se mutuamente na generalidade dos sistemas democráticos. A lógica subjacente à centralização da fiscalização da constitucionalidade e consequente rejeição da fiscalização difusa na Europa foi descrita por Cappelletti (1981, 26). A tradição da *civil law* implica supremacia parlamentar, causa baixa capacidade para coerência jurisprudencial (devido à ausência de *stare decisis*) e está correlacionada como uma cultura e estrutura jurídicas que são contraditórias com a criatividade e autonomia individual necessárias para o exercício da fiscalização constitucional.

Em Portugal acabou por se consagrar um sistema de fiscalização difusa, apesar de nunca ter funcionado com sucesso nem durante a I República nem durante o Estado Novo. Todavia, a preocupação com a rejeição do legado do regime anterior levou os constituintes democráticos a conceder ao poder judicial este elemento suplementar de intervenção política. As limitações da capacidade formal dos tribunais para rejeitar a aplicação de legislação inconstitucional eram um aspecto central do controle político do poder judicial no Estado Novo e de toda a estratégia de controle social e repressão no autoritarismo. Assim, manter estas limitações ou mesmo eliminar os poderes de fiscalização constitucional pelos tribunais surgiu como algo de inaceitável.

É possível defender que uma das razões fundamentais que explicam por que os actores políticos toleraram, quer a capacidade de fiscalização constitucional dos tribunais, quer a sua independência institucional, foi a introdução de um «mecanismo de segurança», a fiscalização concentrada da legislação. Este tipo de fiscalização viria a ser exercido por um órgão, a Comissão Constitucional, que, devido à sua composição e funções, iria combinar duas características

normalmente separadas nos tribunais comuns: competência técnica e responsabilidade política. O equilíbrio foi achado juntando quatro juizes de carreira e quatro vogais nomeados politicamente, com o poder de desempate cometido a um presidente pertencente ao Conselho da Revolução. De facto, e após 1976, o verdadeiro «Supremo Tribunal» era agora a Comissão Constitucional. Os actores políticos modificaram a arquitectura do poder judicial, colocando no topo um órgão politicamente responsável, que seria capaz não só de controlar a interpretação e as decisões judiciais nos temas políticos-chave, mas também de constranger juizes considerados conservadores e pouco confiados⁶⁰. Desta forma, os juizes foram estimulados a exhibir uma preocupação que lhes era até então estranha (a constitucionalidade da legislação) e ao mesmo tempo a compreender os limites que lhes eram colocados à profundidade política das suas decisões, já que essas decisões iriam, em última análise, atingir um órgão que subordinaria os tribunais às opções políticas globais.

A combinação de fiscalização concentrada e difusa, na sua natureza aparentemente contraditória, estava destinada a produzir descontentamento entre os juizes e conflitos entre o poder judicial e o novo órgão de fiscalização. Todavia, esses conflitos raramente passaram de um estágio latente. Não houve fricções significativas entre a Comissão Constitucional e os tribunais, para além de algumas disputas menores com um dos tribunais de relação e o Supremo Tribunal (Antunes, 1984, 325). A razão para tal reside no facto de os tribunais terem reagido da forma mais previsível de todas, atendendo ao seu contexto institucional e à sua tradição: os tribunais não usaram o seu poder de fiscalização para contestarem a vontade do legislador. Pelo contrário, eles dedicaram-se fundamentalmente à fiscalização de legislação pré-constitucional que infringia direitos, em particular aquelas infracções que limitavam o espaço de autoridade dos próprios tribunais: a «sensibilidade selectiva» (Antunes, 1984, 326) dos tribunais foi especialmente dirigida às invasões da jurisdição judicial pelos tribunais militares e autoridades administrativas, o contencioso administrativo e os direitos do arguido no processo penal⁶¹. A esta adequada selectividade, a Comissão Constitucional retribuiu com esmagadora consensualidade nas suas decisões em sede de fiscalização concreta, estendendo, de facto, a jurisdição judicial. Assim, a adaptação *contra natura* dos tribunais ordinários ao sistema de fiscalização constitucional concentrada não só deixou para o órgão político-judicial as tarefas mais políticas, mas foi também recompensada pelo sucesso do seu esforço sistemático de extensão da própria jurisdição.

⁶⁰ Fiss (1993, 72) menciona a fiscalização concentrada da constitucionalidade como um «mecanismo transicional — uma forma de constranger a influência de juizes que foram nomeados ou serviram em regimes ditatoriais».

⁶¹ V., por exemplo, acórdãos n.º 6, 41, 164, 434, 443 e 453.

6. *Independência e burocratização*: o controle exercido pelo regime autoritário sobre o poder judicial era obtido através de diversos mecanismos eficientes que combinavam baixa independência externa e baixa independência interna. Para além disso, esse controle contava com uma cultura jurídica passiva e positivista, favorecida por uma estrutura altamente burocratizada do poder judicial. Baixa independência externa e interna estavam directamente inter-relacionadas: a primeira era obtida colocando autoridades políticas no topo de uma estrutura organizacional que fornecia recompensas e punições pelo comportamento judicial e garantia um controle apertado das carreiras judiciais. Desta forma, o sistema judicial português assentava no modelo básico da tradição *civil law*, introduzindo-lhe porventura apenas uma mais evidente concentração de poderes no Ministério da Justiça e uma redução severa de jurisdição nas matérias mais politicamente sensíveis, em particular no processo penal e nos crimes políticos.

As rupturas introduzidas pela democratização consistiram num alargamento do espaço de autoridade judicial, num aumento da «profundidade» de decisão judicial [nomeadamente no poder de *judicial review* (v. Tate, 1992)] e na concessão de um aumento significativo da independência judicial face ao poder político. As duas últimas tendências traduzem igualmente uma ruptura significativa com o modelo continental e trazem um aumento potencial da significância política do poder judicial, surpreendente quando se atende ao discurso público e político que exprimia desconfiança generalizada face aos juízes. No entanto, estas mudanças não só trouxeram ganhos a nível de legitimação do regime, mas também foram contrabalançadas por «mecanismos de segurança» que de novo limitaram a incidência política do poder judicial, tais como a fiscalização concentrada da constitucionalidade e a vinculação «mitigada» do Ministério Público ao Executivo⁶².

Contudo, a concessão de independência externa ao poder judicial, porventura a mais importante ruptura com o autoritarismo, só pode ser inteiramente compreendida quando relacionada com as continuidades organizacionais e profissionais que igualmente encontramos durante a democratização. Como vimos, tendo em vista a funcionalidade do aparelho de administração de justiça no período democrático, a «despolitização da justiça» e «desjudicialização da política» que tinham caracterizado o autoritarismo consentiram essas continuidades básicas. No entanto, a inversa também é verdadeira: as continuidades organizacionais, burocráticas e profissionais a nível do sistema judicial preservaram não só a reduzida penetração política da magistratura, mas também a sua reduzida significância política. Aquilo a que se chamou a «utilização conservadora da independência» (Ruivo, 1986, 369) foi, afinal, o corolário

⁶² À qual se deve acrescentar uma outra vinculação «mitigada», a da justiça administrativa, só alterada durante a década de 80.

previsível da manutenção de uma estrutura organizacional que favorece a rotinização e a autocontenção judicial. A independência externa do poder judicial surge antes como *insulação política* e como moeda de troca num entendimento estrutural entre elites políticas e elites judiciais: os actores políticos, restando a sua interferência na gestão interna do poder judicial e aceitando as exigências dos magistrados, evitaram possíveis hostilidades e concederam auto-regulação a um corpo judicial socializado numa cultura jurídica de passividade política e positivismo jurídico; os magistrados foram, por sua vez, assegurados de que nenhuma interferência política existiria na gestão das carreiras e retribuíram restando-se de introduzir pontos de veto significativos às opções políticas básicas na transição.

A observação da forma como os novos poderes de auto-regulação do poder judicial foram utilizados reforça esta impressão. Na verdade, a função dos instrumentos de controle interno não foi tanto a optimização da competência técnico-jurídica através dos mecanismos disciplinares e da avaliação do mérito, algo a que, aliás, os juizes sempre foram particularmente avessos⁶³ (e não apenas, obviamente, devido à sua utilização política pelo regime autoritário). A peculiaridade da consolidação democrática portuguesa foi o facto de ter sido feita não só contra um regime ditatorial de «direita», mas também contra um radicalismo revolucionário de «esquerda» (Cruz, 1988, 99). Face a esta peculiaridade, a função *política* exemplarmente cumprida na auto-regulação interna da magistratura foi a neutralização das polarizações ideológicas que se seguiram ao período revolucionário, quer punindo magistrados cujo comportamento era permeado por critérios não legalistas (ou seja, políticos)⁶⁴, quer definindo critérios de «correção jurisprudencial»⁶⁵, particularmente influentes nas classificações atribuídas. A eficácia desta acção mede-se, por exemplo, na ausência em Portugal da politização indirecta do poder judicial fornecida pelas *correnti* nos casos espanhol ou italiano. O facto de a ASMJP se ter conduzido mais por motivações estritamente corporativas e pragmáticas (Ferreira, 1986, 287), no que é, afinal, a descrição perfeita da actuação política do poder judicial durante a transição, não pode ser dissociado da sua baixa faccionalização, mais determinada por diferenças geracionais ou regionais do que por polarização

⁶³ «Qual o instrumento de precisão para conhecer os méritos, científicos e morais, de cada magistrado, fazendo a comparação de um com os outros?» — uma frase da obra de Pinto Osório, publicada em 1914, *No Campo da Justiça*, ainda abundantemente citada pelos magistrados quando criticam a existência de um sistema de avaliação interna.

⁶⁴ Num famoso caso, Celso Dengucho, um juiz que tinha criado uma «comissão para apoio à reforma agrária, e declarado inconstitucionais algumas ordens de despejo de edifícios ocupados, foi classificado como *Mau* na inspecção e afastado da magistratura.

⁶⁵ A *Colecânea de Jurisprudência*, publicada pela ASMJP, teve um papel fundamental na definição e publicitação desses critérios, por vezes justificadamente descritos como sendo bastante «positivistas».

partidária e ideológica⁶⁶. Estas foram as formas como se assegurou que o poder judicial assumiria, pelo menos, um papel «neutral» na transição democrática, remetendo-se para uma definição técnico-burocrática do seu papel e deixando o jogo entre os actores políticos livre de interferências judiciais e dos possíveis obstáculos à democratização que elas poderiam colocar.

IV. A PÓS-CONSOLIDAÇÃO: COMENTÁRIOS FINAIS

O crescimento do activismo judicial nos sistemas políticos modernos tem vindo a tornar-se um tema recorrente na ciência política. A discussão em torno deste activismo tem vindo a focar basicamente dois objectos: o controle da constitucionalidade, quer de legislação, quer de actos administrativos, lidando com a forma como os tribunais podem interferir com os processos de *policy-making*, e aquilo que em Portugal e noutros países tem sido comumente (e por vezes negativamente) chamado *protagonismo*, englobando a intervenção do poder judicial na «criminalização da responsabilidade política» (Santos *et al.*, 1995, 4) e a visibilidade pública dos casos de corrupção política e crimes de «colarinho branco».

As conclusões preliminares a que se chegou neste texto parecem ser parcialmente contraditórias com o tipo de relevância que o tema do activismo judicial tem recentemente obtido em Portugal. Na verdade, defende-se aqui que as características institucionais⁶⁷ do sistema judicial apontam para um reduzido protagonismo e activismo do poder judicial durante a transição e consolidação democráticas. A questão agora é a seguinte: em que medida esses padrões se terão modificado na pós-consolidação?

Este texto procurou limitar-se à análise do período de democratização. Todavia, é possível adiantar algumas pistas sobre o período mais recente. Os sinais são algo contraditórios. É, por um lado, duvidoso que a presente relevância do tema do activismo judicial decorra de uma real intervenção dos tribunais na *policy-making* ou do seu real «protagonismo». Apesar de não existir nenhum estudo sistemático na área da ciência política sobre a fiscalização da constitucionalidade dos tribunais desde 1982, dizer-se que o controle difuso exercido pelos tribunais ordinários (e o controle concentrado concreto que dele decorre) tem exercido um papel menor na actividade política, quando comparado com outros tipos de controle de constitucionalidade, é algo mais do que um mero palpite. Para além disso, um estudo recente sobre a administração da justiça em Portugal⁶⁸ destaca que a actividade dos tribunais no controle social da corrupção e na

⁶⁶ Para a explicação de como as *correnti* fornecem uma explicação central para a significância política do poder judicial em Itália, v. Guarnieri (1992).

⁶⁷ Numa acepção sociológica do conceito de instituição, englobando não apenas as formas legais, mas igualmente as expectativas normativas e culturais que lhes estão associadas.

⁶⁸ Ainda por publicar quando escrevemos este artigo. Uma síntese pode ser achada em Santos *et al.* (1995).

criminalidade económica tem sido esporádica e irrelevante (Santos *et al.*, 1995, 27). Em grande medida, a discussão actual sobre o «protagonismo» dos juízes e a questão da sua legitimação política, por um lado, e dos ataques políticos à independência judicial, por outro, não parecem, à partida, ser baseadas nem em mudanças reais nos padrões de comportamento judicial, nem em reduções concretas da independência externa judicial. As manifestações recentes de mútua hostilidade não são, afinal, diferentes de outros momentos no passado onde juízes e políticos «renegociaram» o seu entendimento mútuo e muitas das condições institucionais que permitem elevada independência e baixa intervenção política permanecem inalteradas hoje.

Todavia, nem todas permaneceram intactas. Alguns aspectos apontam para a modificação de algumas dessas condições, com consequentes tensões produzidas sobre o equilíbrio das relações entre juízes e políticos: a «maioritarização» do sistema de partidos, levando a um apoio sistemático da oposição às reivindicações dos juízes e consequente pressão política no sentido de uma maior intervenção contramaioritária; o aumento da pressão pública sobre o poder judicial, desde que a privatização dos *media* permitiu investigações jornalísticas de crimes de «colarinho branco» e corrupção política; a repercussão dos casos internacionais (em particular o italiano), com efeitos na pressão pública já mencionada e na forma como os magistrados classificam as suas próprias funções e papéis políticos; a renovação etária e cultural dos magistrados, acompanhada pela significativa intervenção no CSM dos níveis mais baixos e jovens da magistratura e consequente alteração da estrutura hierárquica.

Todavia, de todos os factores, o mais relevante poderá ser a institucionalização da independência do Ministério Público. A importância do Ministério Público não pode ser negligenciada no estudo do papel político do poder judicial. Por grande que seja a distância entre o real comportamento judicial e o modelo triádico tradicional de resolução de conflitos (Shapiro, 1975; Stone, 1992, 245-246), os tribunais são sempre de alguma forma passivos, «já que não podem trazer casos perante si próprios mas sim aguardar que os casos lhes sejam apresentados (Guarnieri, 1994, 3). Esta é certamente uma das razões por que na esmagadora maioria dos sistemas judiciais o Ministério Público é directa ou indirectamente responsável perante o poder político (Guarnieri, 1992, 76; Rodrigues, 1993, 530-536). Esta vinculação indirecta do Ministério Público ao poder político esteve sempre prevista em Portugal, mesmo pelos partidos que ao mesmo tempo tinham favorecido a independência total dos magistrados judiciais⁶⁹. O sistema de «autonomia mitigada» do Ministério Público consistia basicamente em quatro aspectos fundamentais: a submissão do corpo dos seus

⁶⁹ «Pessoalmente, não aceito um grau de desvinculação [do Ministério Público] que desarme o Estado, no âmbito do exercício da acção penal.» (Mário Soares, discurso na Assembleia da República, 23-5-78.) Outras afirmações neste sentido tinham sido feitas por outros responsáveis do partido maioritário.

magistrados a um PGR nomeado politicamente, numa estrutura organizacional hierarquizada e altamente centralizada⁷⁰; a representação dos interesses privados do Estado pelo Ministério Público⁷¹, que o submete às instruções específicas do ministro da Justiça nestes casos; o poder do ministro da Justiça de requerer informações directamente de magistrados do Ministério Público e de tomar iniciativas disciplinares; as instruções genéricas do Ministério da Justiça ao Ministério Público.

No entanto, no período de pós-consolidação assiste-se a uma progressiva desvinculação do Ministério Público em relação ao poder político, eliminando algumas das características institucionais que mitigavam essa autonomia⁷², algo que se deve quer ao activismo corporativo dos seus magistrados, quer às modificações no processo penal que devolveram ao Ministério Público as responsabilidades no inquérito. É certo que as novas garantias de independência poderiam ser completamente anuladas se o Executivo tivesse controle directo sobre a nomeação e destituição do PGR. No entanto, a necessidade de consenso entre o Presidente da República e o Executivo para a nomeação e destituição do PGR, acompanhada da situação de coabitação política frequente em Portugal e contínua desde 1985, tem impedido o controle político do Ministério Público pelas maiorias. Esta real independência política do Ministério Público é acompanhada por uma cultura política e jurídica dos seus magistrados bem distinta daquela que se encontra na magistratura judicial: uma cultura de activismo político e social e um entendimento expansivo da «independência» do Ministério Público, defendidos desde 1974 por aqueles magistrados que hoje ocupam o topo da carreira.

Na continuação desta pesquisa procurar-se-á determinar em que medida estas modificações na pós-consolidação afectaram a «despolitização da justiça» e «desjudicialização da política» que caracterizaram em traços largos o período anterior.

⁷⁰ O aparente paralelismo da organização da magistratura do Ministério Público com a da magistratura judicial, permitindo a existência de um Conselho Superior do Ministério Público, é algo enganador, já que oculta grande concentração de poderes no PGR e no vice-PGR, por ele nomeado.

⁷¹ Altamente contestada pelo SMMP.

⁷² As iniciativas disciplinares e o requerimento de informações por parte do Ministério da Justiça desapareceram em 1985, tendo agora de proceder através do PGR. As directivas de carácter geral ao PGR, antes uma prerrogativa do Executivo (apesar de muito raramente usada), desapareceram, por sua vez, em 1992. Esta última concessão à independência do Ministério Público apareceu como parte de uma troca, já que a mesma proposta governamental continha limitações ao mandato do PGR. Todavia, para desapontamento do Executivo, esta segunda medida foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV. (1973), *Conclusões do I Congresso Nacional dos Advogados*, Ordem dos Advogados, Lisboa.
- AA. VV. (1994), *Constitutionalism in East Central Europe. Discussions in Warsaw, Budapest, Prague and Bratislava*, Bratislava, Czecho-Slovak Committee of the European Cultural Foundation.
- CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA (1982), *Memorial do Conselho Superior da Magistratura sobre Composição do CSM e Acesso ao Supremo Tribunal de Justiça* (policopiado), Ministério da Justiça.
- SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (1978), *O Estatuto do Magistrado e as Perspectivas Futuras do Direito*, Coimbra, Almedina.
- SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (1984), *O Ministério Público Numa Sociedade Democrática*, Lisboa, Horizonte.
- ALMEIDA, João Alcides de (1980), *Para Uma Justiça Democrática*, Lisboa, Gleba.
- ANDRADE, Raul de (1972), *O Poder e a Justiça*, Castelo Branco, edição de Estudos de Castelo Branco.
- ANTUNES, Miguel Lobo (1984), «A Comissão Constitucional e a fiscalização da constitucionalidade das leis», in *Análise Social*, vol. xx (81-82), 309-336.
- BARREIROS, José António (1982), «Criminalização política e defesa do Estado», in *Análise Social*, vol. xviii (72-73-74), 813-828.
- BARREIROS, José António (1984), «Programa para um estatuto do Ministério Público», in Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *O Ministério Público Numa Sociedade Democrática*, Lisboa, Horizonte.
- BOUDREAU, Donald, e A. C. Pritchard (1994), «Reassessing the role of the independent judiciary in enforcing interest-groups Bargains», in *Constitutional Political Economy*, vol. 5, n.º 1, 1-22.
- BRUNEAUX, Thomas C., e Alex Macleod (1986), *Politics in Contemporary Portugal. Parties and the Consolidation of Democracy*, Boulder, Lynne Rienner Publishers.
- CAETANO, Marcello (1972), *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Lisboa, Coimbra Editora.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1993), *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1994), «Em torno de uma trindade semântica: independência, autonomia e autogoverno da magistratura», comunicação ao colóquio Fórum Justiça e Liberdades, Porto, 6 de Novembro de 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro, e David Golay (1981), *Judicial Review, Transnational and Federal: Its Impact on Integration*, EUI working paper n.º 4, Florença, European University Institute.
- CARLOS, Adelino da Palma (1972), «Alguns problemas da organização judiciária», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 32, n.ºs 1-II, 135-160.
- CHAVES, Eduardo Arala (1980), «O Ministério Público. O seu passado e o seu presente», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. lvi, 75-105.
- COELHO, Mário Baptista (org.) (1989), *Portugal: o Sistema Político e Constitucional*, Lisboa, ICS.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da (1989), «O Tribunal Constitucional português», in Coelho (org.), *op. cit.*, 913-923.
- CRUZ, Manuel Braga da (1982), «Notas para uma caracterização política do salazarismo», in *Análise Social*, vol. xviii (72-73-74), 773-794.
- CRUZ, Manuel Braga da (1988), «Sobre o parlamento português: partidarização parlamentar e parlamentarização partidária», in *Análise Social*, vol. xxiv, n.º 100, 97-125.
- DAHL, Robert (1989), *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press.
- DREWRY, Gavin (1992), «Judicial politics in Britain: patrolling the boundaries», in Volcansek (ed.), *op. cit.*, 9-28.
- ELY, John Hart (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press.

- ELSTER, John (1993), «Majority rule and individual rights», in Stephen Shute and Susan Hurley (eds.), *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures*, Nova Iorque, Basic Books.
- FERNANDES, Vasco da Gama (1968), «Os 20 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, gênese e presença», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 28, n.ºs I-IV, 5-38.
- FERRO, António (1935, ed. orig. 1933), *Salazar*, Lisboa, Empresa Nacional de Publicidade.
- FIGUEIREDO, Joaquim Roseira (1972), «Organização judiciária», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 32, n.ºs I-II, 185-210.
- FIGUEIREDO, Joaquim Roseira, e Flávio Ferreira (1974), *O Poder Judicial e a Sua Independência*, Lisboa, Moraes Editores.
- FISS, Owen M. (1993), «The right degree of independence», in Stotzky (ed.), *op. cit.*, 55-72.
- FRAGA, Carlos (1994), *Inspecções Judiciais. Conselho Superior da Magistratura. Derrocada do Estado de Direito*, Coimbra, Livraria da Universidade.
- FERREIRA, Flávio (1986), «Reflexos na prática e na vivência judiciárias das transformações constitucionais e legislativas operadas em Portugal nos últimos dez anos», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.ºs 18-19-20, 281-290.
- FIGUEIRA, Álvaro Reis (1988), «Conselho Superior da Magistratura», in *Tribuna da Justiça*, n.ºs 43-44.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias (1993), *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua Origem e Evolução*, tese de doutoramento, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa.
- GARRO, Alejandro M. (1993), «Nine years of transition to democracy in Argentina: partial failure or qualified success?», in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, n.º 1, 1-102.
- GERÃO, Eliana (1971), *A Detenção antes do Julgamento em Portugal*, Coimbra, separata da *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XVII, n.ºs 2, 3 e 4.
- GREENBERG, Douglas, et. al. (eds.) (1993), *Constitutionalism & Democracy. Transitions in the Contemporary World*, Nova Iorque, Oxford University Press.
- GUARNIERI, Carlo (1992), *Magistratura e Política in Italia: pesi senza contrapesi*, Bolonha, Il Mulino.
- GUARNIERI, Carlo (1993), *The Judiciary in the Transition from Authoritarianism to Democracy: The Case of Italy and Spain*, paper prepared for presentation at the IPSA Research Committee on Comparative Judicial Studies, Santa Fé, Novo México.
- GUARNIERI, Carlo (1994), *Courts and Politics in Democratic Regimes: the Institutional Setting* (policopiado).
- HESPANHA, António M. (1986), «As transformações revolucionárias e o discurso dos juristas», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.ºs 18-19-20, 311-341.
- HOLLAND, K. M. (ed.) (1991), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Londres, MacMillan.
- JACKSON, Donald W., e C. Neal Tate (eds.) (1992), *Comparative Judicial Review and Public Policy*, Westport, Greenwood Press.
- KAHN, Paul W. (1993), «Independence and responsibility in the judicial role», in Stotzky (ed.), *op. cit.*, 73-88.
- KITCHIN, William (1992), «Establishing and exercising judicial review in the Soviet Union: the beginnings», in Jackson e Tate (eds.), *op. cit.*, 59, 74.
- LEAL, António da Silva (1982), «A organização do Estado depois da revolução de 1974», in *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 927-945.
- LINZ, Juan, Alfred Stepan e Richard Gunther (a publicar), «Democratic transition and consolidation in Southern Europe (with reflections on Latin America and Eastern Europe)», in Richard Gunther, Hans-Jürgen Puhle e P. Nikiforos Diamandouros (eds.), *The Politics of Democratic Consolidation in Southern Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
- LUCENA, Manuel de (1978), *O Estado da Revolução. A Constituição de 1976*, Lisboa, Expresso.
- LÚCIO, Álvaro Laborinho (1986), «O magistrado hoje», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.ºs 18-19-20, 291-307.

- LÚCIO, Álvaro Laborinho (1989), «O poder judicial na transição», in Coelho (org.), *op. cit.*
- LUHMANN, Niklas (1986), *Closure and Openness: On Reality in the World of Law*, EUI Working paper n.º 86/234, Florença, European University Institute.
- MALHEIROS, Macaísta (1971), «Fiscalização jurídica da constitucionalidade das leis», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 31, n.ºs I-II, 95-102.
- MALHEIROS, Macaísta (1978), «O juiz a e defesa dos direitos fundamentais», in SMMP (1978), *op. cit.*, 197-295.
- MERRYMAN, J. H. (1985), *The Civil Law Tradition*, Stanford, Stanford University Press.
- MIRANDA, Jorge (1990), *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora.
- MOREIRA, Adriano (1977), *O Novíssimo Príncipe*, Lisboa, Gauge.
- MORLINO, Leonardo (1986), «Consolidacion democratica. Definicion, modelos, hipotesis», in *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 35, 7-61.
- MURPHY, Walter (1993), «Constitutions, constitutionalism and democracy», in Greenberg *et. al.* (eds.), *op. cit.*, 3-25.
- NEVES, Castanheira (1975), «A revolução e o direito — a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 35, vols. I-II-III.
- DI PALMA, Giuseppe (1984), «Government performance: an issue and three cases in search of theory», in Geoffrey Pridham (ed.), *The New Mediterranean Democracies. Regime Transition in Spain, Greece and Portugal*, Londres, Frank Cass.
- PICARDI, Nicola (1991), «Aperçu historique», in Associação Internacional de Direito Judiciário, *IX Congresso Mundial de Direito Judiciário — Papel e Organização de Magistrados e Advogados nas Sociedades Contemporâneas*, vol. 1, Coimbra-Lisboa.
- PINTO, António Costa (a publicar), «Dealing with the legacy of authoritarianism: political purges and radical right movements in Portugal's transition to democracy (1974-1980's)», in Stein U. Larsen (ed.), *Modern Europe After Fascism*, SSM-Cambridge University Press.
- RAMSEYER, J. Mark (1994), «The puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach», in *The Journal of Legal Studies*, vol. XXIII (2).
- RAPOSO, Mário (1982), «A revisão constitucional e a independência dos juizes», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, 321-358.
- RODRIGUES, José N. Cunha (s.d.), *Para Uma Reformulação do Ministério Público*, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.
- RODRIGUES, J. N. Cunha (1993), «Ministério Público», in José Pedro Fernandes (ed.), *Dicionário de Administração Pública*, Lisboa, s. d., 502-597.
- RODRIGUES, José N. Cunha (1994), «Modelos de governo do poder judicial», in *Revista do Ministério Público*, n.º 58, 11-44.
- RUIVO, Fernando (1986), «A magistratura num período de crise do Estado», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.ºs 18-19-20, 343-376.
- SAJÓ, András, e Vera Losonci (1993), «Rule by law in East Central Europe: is the emperor's new suit a straightjacket?», in Greenberg *et. al.*, (eds.), *op. cit.*, 321-338.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1990), *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*, Porto, Afrontamento.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1990, ed. orig. 1984), «A crise e a reconstituição do Estado», in Santos (1990), *op. cit.*, 17-42.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *et. al.* (1995), *Os Tribunais na Sociedade Portuguesa*, apresentação pública dos resultados do projecto de investigação sobre a administração da justiça em Portugal, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários.
- SHAPIRO, Martin (1975), «Courts», in Nelson W. Polsby e Fred I. Greenstein, *Handbook of Political Science*, vol. 5, Reading, Addison-Wesley, 312-371.
- SHAPIRO, Martin (1986, ed. orig. 1981), *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press.

- SHAPIRO, Martin, e Alec Stone (eds.) (1994), *The New Constitutional Politics of Europe*, special issue of *Comparative Political Studies*, vol. 26, n.º 4, 397-420.
- SILVA, Artur Santos (1971), «Os direitos do detido e a intervenção do advogado na fase de instrução preparatória em processo criminal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 32, n.ºs III-IV, 315-330.
- SILVA, Artur Santos (1971), «A Constituição e a independência do poder judicial», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 31, n.ºs I-II, 73-94.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de (1982), *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Braga, Livraria Cruz.
- STONE, Alec (1992), *The Birth of Judicial Politics in France*, Oxford, Oxford University Press.
- STOTZKY, Irwin P. (ed.) (1993), *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview.
- TAVARES, Francisco Sousa (1975), *A Busca da Justiça Continua*, Lisboa (ed. do autor).
- TATE, C. Neal (1992), «Courts and crisis regimes: a theory sketch with Asian case studies», in *Political Research Quarterly*, 311-338.
- TATE, C. Neal, e Torbjorn Vallinder (eds.) (1994), *The Judicialization of Politics*, special issue of *International Political Science Review*, vol. 15., n.º 2.
- TELES, Miguel Galvão (1985), «O problema da continuidade da ordem jurídica e a revolução portuguesa», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 345, 11-43.
- TELES, Miguel Galvão (1989), «A revolução portuguesa e a teoria das fontes de direito», in Coelho (coord.), *op. cit.*, 561-608.
- THORNBURGH, Richard (1990), «The Soviet Union and the rule of law», in *Foreign Affairs*, vol. 61, n.º 2, 13-27.
- TOHARIA, José J. (1975), «Judicial independence in an authoritarian regime: the case of contemporary Spain», in *Law and Society Review*, IX, 475-496.
- VELOSO, Francisco José (1972), *No Campo da Justiça. Intromissões do Poder Executivo*, Braga, Livraria Cruz.
- VIDAL, Duarte, e Salgado Zenha (1974), *Justiça e Polícia*, Lisboa, Ordem dos Advogados.
- VITORINO, António (1993), *The Administration of Justice and Judicial Reform*, paper to be presented to Conference organised by the Social Science Research Council, Bielefeld.
- VOLCANSEK, Mary L. (ed.) (1992), *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Londres, Frank Cass.
- VOLCANSEK, Mary L. (1992), «Judges, courts and policy-making in Western Europe», in Volcansek (ed.), *op. cit.*, 1-8.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo (1975), «As recentes intervenções dos trabalhadores nas empresas», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 35, vol. III, 417-472.
- ZENHA, Francisco Salgado (1972), «A Constituição, o juiz e a liberdade individual», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 32, n.ºs I-II, 161-184.

FONTES

Diário do Governo.

Diário da Assembleia Constituinte.

Diário da República.

Diário da Assembleia da República.

Boletim do Ministério da Justiça, 1.ª e 2.ª séries.

Colectânea de Jurisprudência.

Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo.