

A JUSTIÇA NAS CONSTITUIÇÕES POLIÁRQUICAS DO SÉCULO XXI: INSTITUIÇÃO LIBERAL OU INSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA?¹

PAULO CASTRO RANGEL

Num roteiro que percorre as várias correntes dogmáticas da teoria da constituição o autor efectua uma análise sobre a dimensão dos tribunais no âmbito constitucional, salientando a sua imprescindibilidade num quadro constitucional democrático como instituição primordial de regulação e composição de conflitos mas também como instituição criadora de direitos. Nessa dimensão constitucionalmente democrática dos tribunais a sua legitimação e a sua responsabilização trazem ínsita uma maior exigência de transparência e abertura à sociedade.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

No quadro de um amplo debate sobre “Justiça e Democracia”, propusem-me que tratasse o tema “Jurisdição e Constituição”. Tomando-o como mote inspirador, escolhi para título desta reflexão “a justiça nas constituições poliárquicas do século XXI: instituição liberal ou instituição democrática?”

O que vem a ser — porventura com pretensão e pretensiosismo — uma forma de contextualizar ou enquadrar as questões de justiça nos problemas actuais da chamada teoria de constituição.

Gostaria de começar por varrer esta minha testada, fazendo uma “abertura” para aqueles que são hoje, a meu ver, os dois (ou três — consoante as perspectivas) grandes problemas do direito constitucional ou da teoria da constituição.

2. POR DETRÁS DA UNIDADE FILOSÓFICA: A RECORRÊNCIA DO DUALISMO NAS FORMAS POLÍTICAS OCIDENTAIS

Creio não me enganar muito se disser que o grande problema do direito constitucional actual — a grande discussão — anda à volta das concepções

¹ O presente texto corresponde basicamente à versão oral da conferência efectuada no Centro de Estudos Judiciários, no dia 30 de Maio, em Lisboa. Foram feitas ligeiras correcções, tendo-se mantido, na maioria dos casos, a linguagem coloquial.

de democracia. E levando a simplificação ou o “reducionismo explicativo” ao limite, poderemos dizer que se debatem entre si duas grandes concepções de democracia: a primeira, uma concepção substantiva ou material de democracia; a segunda, uma concepção processual ou deliberativa da mesma.

Claro que, para muitos de nós, formados no humanismo kantiano, a democracia baseia-se na dignidade da pessoa humana, naquilo a que Barbosa de Melo — num dos seus notáveis ensaios, “Democracia e Utopia” — chamou o “axioma antropológico” e que esse génio ímpar do Direito português, Baptista Machado, denominou o “valor absoluto da pessoa-valor”. Mas, por detrás do manto diáfano dessa unidade filosófica, a verdade é que, quase como maldição recorrente do pensamento ocidental, pontificam duas tradições, dois pilares axiológicos e ideológicos em constante tensão, ou para usar palavras de outros, “numa tensão dialéctica permanente e indesvanescível”.

Digamos que o pensamento ocidental é essencialmente binário e que o dualismo do *Ancien Régime*, depois passado para os regimes liberais do século XIX, e aparentemente superado nessa síntese perfeita que parecera o tão chorado Estado Social, afinal nunca deixou de existir e está agora escancarado aos nossos olhos. Aprofundemos então a perspectiva e o contributo de cada uma dessas concepções.

3. A CONCEPÇÃO SUBSTANTIVA OU MATERIAL DE DEMOCRACIA

No quadro da concepção substantiva ou material destaca-se, acima de vários outros, o nome de Ronald Dworkin e a sua “leitura moral” da Constituição (leitura que, no entanto, não cobre, nem de perto nem de longe, a riqueza das correntes substantivas). A democracia vem a ser um sistema em que há valores que têm de ser preservados para lá das maiorias contingentes. É, no fundo, a visão da democracia como *Staatsrecht*, como *Rule of Law*, em que não se pergunta quem fez as leis, mas o que é que as leis dizem. O que está em causa é a garantia substancial de certos valores e, designadamente, dos direitos individuais.

Radica ainda, de algum modo, na concepção liberal — no liberalismo — de Locke e na sua defesa de *property* como aquele conjunto de valores inerentes ao homem (“próprios” do homem, *hoc sensu*). Claro que, no pensamento de Dworkin, essa esfera valorativa ou material — que afinal condensa ou consubstancia a democracia — tem uma clara conotação social (e, portanto, liberal “à americana” e não liberal “à europeia”). Porque aí o processo democrático é o processo decisivo institucional que trata todos os cidadãos, enquanto pessoas, com igual ou idêntico respeito ou preocupação. Nesta fórmula, são bem visíveis já “rudimentos” ou contaminações sociais fortes. O ponto das concepções substantivas ou materiais é, porém, o de que esses valores democráticos (mais liberais ou mais sociais) prevalecem sobre os objectivos da regra da maioria, sobre os resultados do princípio maioritário. A regra da maioria não é mais do que um procedimento ou mecanismo útil nas *day-to-*

-day political decisions, mas que não pode impor-se aos valores materiais da constituição.

4. A CONCEPÇÃO PROCESSUAL OU DELIBERATIVA DE DEMOCRACIA

A par desta concepção, coexiste, em imbricado diálogo com ela, a concepção processual ou deliberativa de democracia. A qual, como o nome indica, aponta para a ideia de que a democracia, mais do que um conjunto de valores “pré-definidos” aos quais todos terão de prestar tributo, vem a ser um método, um processo, um procedimento. Arranca-se agora da premissa de que os valores não devem estar “pré-determinados”, devem ser escolhidos em cada momento pelo povo, de acordo com a regra da maioria. Trata-se de uma concepção em que pontificam grandes nomes do direito constitucional, como, por exemplo, Robert Post e John Ely.

Haverá, sem dúvida, um núcleo duro de valores democráticos “pré-estabelecidos”, designadamente, (1) o pluralismo e liberdade de expressão, (2) o processo eleitoral livre e (3) a protecção das minorias. Garantidos estes valores mínimos, valores que caucionam a regularidade — a intrínseca rectidão — do processo democrático, a escolha política é amplamente livre e desenrola-se de acordo com a regra da maioria. Filia-se, pois, numa tradição democrática radical, que entronca na velha *volonté générale* de Rousseau como “abstracção” absolutizante da vontade da maioria e que tem, seja no jacobinismo revolucionário, seja na teoria americana anti-federalista — *Pennsylvania*, *Vermont* e *Rhode Island* — raízes fundas e largas.

Explicando, em termos chãos, são as maiorias — através dos seus representantes — e não um grupo supostamente “iluminado” de juízes intérpretes, que têm de decidir de que modo querem responder às questões valorativas que se lhes colocam. Os juízes não podem substituir os cidadãos na solução dos conflitos morais ou axiológicos essenciais. A função que lhes resta é a de “limpar os canais da mudança política”, “proteger as discriminações das minorias discretas e isoladas”, assegurar que a vontade colectiva, afirmada através da maioria, seja seguida. Esta corrente tem uma clara inspiração nas teses “democratistas”, na supremacia do voto popular e do Parlamento.

5. A PLURALIDADE DE CORRENTES DENTRO DAS CONCEPÇÕES SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS

Claro que tanto umas correntes como as outras apresentam as mais várias *nuances* e matizes. As concepções substantivas puderam ir de um “liberalismo *hard*” até à apologia de um conjunto de políticas públicas sociais — como ficou bem demonstrado na crise de 1929, em que o Supremo Tribunal Federal impunha a defesa da propriedade sobre qualquer outro valor e obri-

gou Franklin Roosevelt ao célebre *packing the court* (alteração do número de magistrados do Supremo e nomeação sistemática de juízes alinhados com o *New Deal*).

As concepções processuais, por sua vez, podem ir de correntes mais pluralistas até às correntes deliberativas, hoje muito em voga, onde nomes como Ely, John Elster, Cass Sustein têm pontificado. Talvez surpreendentemente, ligam-se directamente ao pensamento de Habermas e à “sua” situação ideal de diálogo, de “abertura” a uma discussão entre cidadãos iguais, livres, racionais, imparciais. Pressupõem, portanto, que a vontade maioritária é precedida de uma discussão franca, racional, aberta. As decisões colectivas são formadas por vontade maioritária, após uma discussão em que todos os afectados participam com argumentação apresentada por e aos “envolvidos”, comprometida pelos valores da racionalidade e da imparcialidade. Esta é, dentro das concepções processuais, aquela que, mais restritivamente, tem sido apodada de “corrente deliberativa”.

6. O PARADOXO “CONSTITUIÇÃO-DEMOCRACIA” COMO EXPRESSÃO DA VELHA ANTINOMIA “LIBERALISMO-DEMOCRACIA”

Visitadas estas duas concepções, estamos pois diante do paradoxo “democracia-constituição”, para usar os conceitos de Frank Michelman, algures entre o ideal de um governo guiado pelo direito e o ideal de um governo dirigido pelo povo. Saber, ao cabo e ao resto, se afinal é o povo que escolhe os conteúdos das leis que organizam a sua associação política ou se as decisões populares têm de ser contidas e temperadas por uma lei básica?

Julgo não errar muito se disser que é este um dos problemas fundamentais da teoria da constituição dos nossos dias e que exprime uma velha tensão entre o “liberalismo” (enquanto expressão de uma esfera de liberdades, de garantias e de direitos que têm de estar assegurados, qualquer que seja a vontade da maioria) e a “democracia” (o “democratismo”, em que as escolhas públicas, por respeito à igualdade e à liberdade, devem ser feitas pelo maior número). O justo equilíbrio, a tensão constante, evocam precisamente a resiliência do “dualismo” nos nossos regimes democráticos.

7. O PARADOXO “INTERGERACIONAL” COMO CONCRETIZAÇÃO DO DUALISMO CONSTITUCIONAL

Um segundo problema de teoria de constituição — que, porventura, não é totalmente autónomo deste (e, por isso, se hesitou em quantificar se afinal havia dois ou três grandes problemas) — vem a ser o do paradoxo intergeracional: a questão de saber em que medida é que as gerações futuras estão vinculadas às opções políticas e político-constitucionais das gerações presentes. Sabemos bem que a consideração dos interesses e expectativas

das gerações seguintes começou por ser um problema debatido no campo das finanças públicas: avaliar em que medida é que certas opções financeiras comprometiam ou não as gerações futuras, o *Nachwelt*, o mundo que há-de vir (para glosar a linguagem litúrgica). Depois passou, com muito mais plasticidade e visibilidade, para o domínio do ambiente e da ecologia. E entretanto chegou à política e, nomeadamente, à política de tipo constitucional ou constituinte.

As opções políticas tomadas hoje têm custos no futuro e, às vezes, até no futuro remoto ou longínquo. Estas preocupações põem-se também no direito e no direito constitucional, em particular. Como é evidente, as concepções processuais tendem a desvincular as gerações presentes dos compromissos e vínculos do passado. Cada geração há-de ser uma geração constituinte. As concepções substantivas ou materiais, pelo seu lado, tendem a sobrevalorizar a força vinculativa e preclusiva do direito posto ou, como em tempos se disse, a força dirigente da constituição. Ela há-de impor-se como um limite às afirmações efémeras ou momentâneas da vontade colectiva. Uma coisa é certa, o paradoxo intergeracional introduz o factor tempo na máquina constitucional, recordando o pensamento de Bäumlin quando falava na “abertura das regras constitucionais ao tempo”.

8. CONCLUSÃO INTERCALAR: OS TRIBUNAIS COMO INSTITUIÇÃO LIBERAL

Tudo compulsado, podemos adiantar que neste trapézio oscilante entre democracia de direitos e democracia de processos, os tribunais foram sempre uma parte da democracia de direitos, corrigindo, em maior ou menor medida, o legislativo e o executivo. E, consecutivamente, corrigindo a dimensão de vontade maioritária que a operacionalidade legislativa e executiva careavam. Neste sentido, os tribunais afiguraram-se, invariavelmente e *a priori*, como uma instituição liberal, por isso que a sua força era claramente a de garantir a prevalência da esfera de direitos, mesmo contra a afirmação maioritária.

9. DO TEMPO PARA O ESPAÇO: O “DESAJUSTAMENTO” DA REFERÊNCIA TERRITORIAL DO PODER

Curiosamente, se o paradoxo do constitucionalismo intergeracional põe em evidência o papel do tempo no direito constitucional, o segundo (ou terceiro, conforme a perspectiva) grande problema da teoria da constituição actual relaciona-se directamente com a dimensão do espaço, com o problema “territorial”. Não vem a ser, também ele, um problema novo; basta conhecer toda a teoria do federalismo, de Altúsio, de Montesquieu ou dos federalistas Hamilton, Madison e Jay. Mas é talvez hoje, desde a emergência do

Estado enquanto forma política moderna, mais agudo e mais candente do que antes.

Em primeiro lugar, pela consciência generalizada de que subsiste um enorme desajustamento entre as circunscrições territoriais em que votamos, em que exprimimos as nossas preferências políticas, e o “âmbito espacial” próprio das decisões que nos afectam. A globalização, o processo europeu e o movimento global de migrações fazem com que as instâncias que tomam as decisões sejam instâncias para cuja composição política em nada contribuimos ou podemos contribuir.

Procurando tornar plástico este problema novo — tão bem tratado no *Models of Democracy* de David Held —, quando dizemos que todos devíamos votar no Presidente americano ou no Chanceler alemão, exprimimos a consciência de que as circunscrições territoriais em que tomámos posição política não são aquelas em que vai ser determinado o nosso quotidiano.

Quando se fala no défice democrático da União Europeia — apesar da União Europeia ser claramente uma democracia de valores, substantiva, material, com tribunais nacionais e próprios para garantir a esfera de liberdades —, aquilo que estamos a dizer é que ela não é uma democracia deliberativa ou sequer processual. Na verdade, e apesar das eleições para o Parlamento Europeu, não há uma circunscrição europeia onde a nossa preferência política, a nossa escolha de valores, possa relevar enquanto tal.

10. A CONCORRÊNCIA DE ORDENAMENTOS E O FIM DAS SOCIEDADES ESTATOCÊNTRICAS

Em segundo lugar, o aludido desajustamento entre o âmbito espacial dos efeitos da decisão e o âmbito espacial da participação política implica uma redobrada necessidade de coordenação de ordenamentos. O problema da concatenação e coordenação de ordenamentos, de diferente dimensão e de diferentes níveis, não é sequer um problema das democracias. É um problema de concepção política, de forma política; vale para todos os Estados, sejam democráticos ou não. E torna-se especialmente visível quando, cada vez mais, se faz sentir a necessidade de coordenação de espaços “constitucionais” — aquilo que o génio inventivo de Lucas Pires cunhou numa fórmula agora muito glosada: a “teoria da interconstitucionalidade”. Mas esse desajustamento leva-nos quiçá mais longe e põe em causa a própria subsistência do Estado enquanto forma política, pelo menos, enquanto forma política exclusiva e típica.

É que o mundo de Estados homólogos, ciosos do seu território, guardiões da sua soberania e paladinos da não ingerência nos assuntos internos desapareceu.

Assistimos, na verdade, a um recrudescimento dos poderes fácticos (económicos religiosos, culturais), muitos deles com raízes transversais, sem qualquer vínculo a qualquer poder estadual. Criam-se, portanto, realidades muito

menos homogêneas, mais plurais e conflituais, onde coabitam etnias e línguas diversas, mundividências existenciais incompatíveis, diferenças sociais assinaláveis. Ao que acresceu uma sensível retirada do Estado, pelo menos, daquele que era eleitoralmente responsável, seja pela via da privatização, seja pela via da regulação através de entidades independentes.

Em rigor, parece haver uma nova *Res Política*, uma nova coisa política marcada pela heterogeneidade e alta diferenciação dos actores políticos, uma relativização, um enfraquecimento e uma quase intermitência dos poderes estaduais. Vulgariza-se, portanto, a ideia de um desaparecimento do Estado e das sociedades estatocêntricas, aquilo a que tenho chamado — na esteira de filósofos, sociólogos, politólogos eminentes — a medievalização do poder.

Podemos, pois, falar num espaço político em que se afirma uma diversidade de poderes públicos e para-públicos, nacionais e internacionais, de matriz não estadual. Para além de que, na ordem ou desordem pública global, surgem novos sujeitos e organizações plurilocalizadas e sem mobilização de estruturas estaduais de apoio, de suporte ou de *background*. É toda uma nova ordem política, pautada pela fragmentação do poder, pela descolagem do Estado, pela desvinculação territorial.

11. A “POLIARQUIA” COMO CONCEITO CONSTITUCIONAL ADEQUADO

Dissemina-se, portanto, uma multiplicidade avassaladora de poderes, profundamente desiguais nas suas relações de força, obedientes a códigos morais e teológicos muito diversos que, na complexidade da sua rede, tendem para um equilíbrio espontâneo, natural e dinâmico. Esta caracterização das novas sociedades políticas aponta justamente para aquilo que convencionarei designar por “constituições poliárquicas”.

O termo “poliarquia” é aqui usado no sentido hegeliano, enquanto categoria oponível ou oposta à monarquia (poder único e exclusivo). E não já, por conseguinte, no sentido moderno que também expressivamente lhe deu Robert Dahl, que gizou o conceito, desde logo, para não entrar na disputa ideológica do conceito de democracia entre o Ocidente e o Bloco de Leste, com as suas democracias populares ou socialistas. E outrossim — há que conceder — para exprimir o embrião da nova ordem a que acima se alude: o de que os regimes ocidentais traduziam, não apenas o pluralismo partidário, mas também o pluralismo social e corporativo (o que significa que, para lá dos processos eleitorais e representativos, seriam também igualmente válidos e admissíveis os processos de negociação e arbitragem sociais).

Pode, porém, com propriedade retornar-se a Hegel e afirmar que, actualmente, a “poliarquia” já é mais do que isto, já corresponde à efectiva subsistência de uma pluralidade de centros e de poderes políticos e constitucionais, tendo sido irremediavelmente superada a sociedade estatocêntrica e o seu monismo (ou dualismo).

12. OS TRIBUNAIS COMO ÓRGÃOS ADEQUADOS A LIDAR COM A CONFLITUALIDADE POLÍTICO-SOCIAL INERENTE A UMA SOCIEDADE POLIÁRQUICA

Depois desta digressão talvez valha a pena recentrar a questão. Numa sociedade poliárquica ou numa constituição poliárquica com estas características, verifica-se que os órgãos de governo típicos: o Parlamento e o Executivo perdem todos os dias capacidade de resposta e de actuação.

Primeiro, e de há muito, foi o Parlamento que perdeu prestígio e capacidade de marcação da agenda de solução dos problemas políticos. Isso também porque se viveu, em todo o século XX, numa “cultura de fascínio pelo Executivo”. Mas, depois, são também os executivos, os gabinetes ou governos, que perderam esse prestígio e essa capacidade de reacção e resposta. Todos querem resolver os problemas políticos e outros, mas a importância do aparelho estadual tornou-se ostensiva.

O que se percebe bem, já que, no quadro daquela rede de poderes heterogéneos e assimétricos — designadamente, com a erosão da ordenação territorial do poder — as estruturas e infra-estruturas políticas do Estado estão anquilosadas. Tais estruturas foram pensadas para uma outra ordem, uma ordem cuja “unidade-padrão” essencial era o espaço (o território). Agora trata-se muito mais de arbitrar do que dirigir ou planificar; de conciliar as pretensões sócio-políticas de diferentes pólos de poder do que de impor uma ordem homogénea no espaço.

Ora, das instituições públicas de que nós temos conhecimento e experiência, os tribunais parecem ser as únicas que se mostram aptas a regular e a arbitrar conflitos sociais e, designadamente, conflitos sociais com uma carga política relevante. O processo judicial, com a sua estrutura retórica e argumentativa, foi sempre a via de enquadramento político da conflitualidade eminentemente social.

Não é, aliás, por acaso ou coincidência que, todos os dias, assistimos à substituição dos órgãos políticos e dos órgãos democráticos por entidades reguladoras ou por comissões independentes — é que a nova coisa política induz a uma inspiração ou imitação dos traços organizatórios da jurisdição. Há hoje uma “jurisdicionalização” das instâncias administrativas e ela deve-se essencialmente a esta nova realidade política e constitucional, em que o poder se exprime, não por processos directivos e pró-activos de conformação social, mas antes por uma função de arbitragem e negociação político-social.

O que denota, evidentemente, que os tribunais se mostram muito mais adequados a lidar com o novo estado de coisas do que as outras estruturas políticas. É que o caos normativo reinante — também ele produto do “desespero institucional” em que Governo e Parlamento se encontram, procurando legislar para disfarçar a ineficiência da sua actual estruturação — tende a deslocar para os tribunais a fonte reguladora essencial. Regulação jurisprudencial essa cada vez mais próxima de jurisprudência vinculante, própria do

“sistema do precedente” — o único capaz de converter a arbitragem dos conflitos político-sociais num padrão exemplar estabilizador de expectativas.

Ou seja, e arrumando ideias, os tribunais, pela sua estrutura e pela sua vocação histórica, parecem ser as únicas instituições do velho Estado com “DNA” para regular e compor os litígios e disputas entre as entidades que competem na sua aspiração ou pretensão depoder. Os tribunais, no caos normativo instalado, são, por isso, as instâncias criadoras de direito, que vão arbitrar toda a conflitualidade política e social inerente a uma “poliarquia”, a uma sociedade ou constituição poliárquica.

13. OS TRIBUNAIS COMO INSTITUIÇÃO IMPRESCINDIVELMENTE DEMOCRÁTICA NO QUADRO DAS CONSTITUIÇÕES POLIÁRQUICAS

Isto assente, é tempo de repensar o paradoxo da democracia constitucional, agora que percebemos que o problema do espaço de concorrência de ordenamentos faz avultar a posição institucional e constitucional dos tribunais.

Cumprir perguntar se os tribunais, que sempre foram uma instituição liberal, isto é, uma instituição da democracia dos direitos (para usar a fórmula de Michelman), da democracia substantiva, que corrigia a regra da maioria e os procedimentos eleitorais, não devem passar a ser uma instituição democrática, isto é, também uma instituição de ordem processual ou deliberativa. De democracia deliberativa no sentido de Elster, da discussão entre homens racionais, livres, iguais e imparciais. O que implica, seguramente, na constituição poliárquica do século XXI, muito maior transparência e abertura comunicacional, muito maior sujeição ao escrutínio e ao debate público.

Mas deve ir-se mais longe e sustentar que, também no plano da democracia processual, não-de os tribunais prevalecer-se de valores e pergaminhos democráticos (não estritamente liberais). É que, no quadro de um regime poliárquico, em que as velhas estruturas perderam “capacidade de resposta e de direcção”, em que há crises de representação e de mediação, exige-se também aos tribunais legitimação democrática e responsabilidade democrática. Tanto mais que, em último termo, mas, muitas vezes, em primeiro termo, são os tribunais quem cria o direito, quem faz as opções sócio-políticas, quem dita os padrões de comportamento futuro.

Quaisquer que sejam os modos e os termos dessa nova funcionalidade, na constituição poliárquica, os tribunais não são apenas uma instituição liberal, vinda e advinda desse pilar fundacional das nossas democracias. São ademais uma instituição democrática provinda do outro pilar da nossa tradição democrática — a democracia processual e deliberativa.

Foi justamente com este intuito — o de ensaiar uma justificação do reforço dos canais de comunicação democrática da jurisdição — que arrisquei esta digressão pelos dois grandes nós da actual teoria de Constituição — “a

tensão entre a democracia de valores e a democracia processual” e “o desafio de desvinculação territorial do poder (organização do ordenamentos no espaço)”. Se este reforça o peso e a função constitucional dos tribunais, o primeiro atesta a necessidade imperiosa de democratização institucional da jurisdição.

Partilhei com todos estas reflexões na esperança de que não se cumpra o augúrio de Agustina, em “*A Alma dos Ricos*”, a págs. 143:

“A democracia não chega nem chegará nunca”.