

A DEMOCRACIA CONTRA A DEMOCRACIA

A *ideia democrática moderna* de um governo do povo para o povo assenta no *princípio da representatividade* sem mandato imperativo, no reconhecimento garantido dos *direitos humanos* e na *divisão de poderes* capaz de um recíproco controlo efectivo desses mesmos poderes.

Hoje, em Portugal, não está em causa o regime democrático, na medida em que há garantias mínimas¹ de defesa das liberdades e dos direitos fundamentais, mas impõe-se um profundo debate para uma *reforma do actual sistema político*, cuja experimentação histórica é já suficiente para se considerar que realiza deficientemente o princípio do governo democrático.

Alinharei algumas observações, em jeito de enunciado, sobre os *défices constatados de legitimidade e de controlo no funcionamento do sistema orgânico geral de funcionamento do Estado*, afirmando liminarmente que há *défica de legitimidade originária e funcional da representação popular e forte supressão da democraticidade interna dos partidos, deformantes no seu conjunto do sistema global da governação e da sua fiscalização*, o que exige uma *resistematização democratizadora das soluções governativas, parlamenatres, do quadro de funcionamento dos aparelhos dos partidos e da justiça e uma ampliação das soluções de controlo de todos os poderes políticos, constitucionalizados ou factuais*.

Importa começar por, desdobrando alguns aspectos desta afirmação genérica, reconhecer o *falhanço da fiscalização do Poder pelo Poder*, na lógica de *Two Treatises of Government* (1690) de LOCKE e de *L'Ésprit des Lois* (1747) da teoria montesquiana da separação de poderes², com a consequente

¹ Embora ainda parcelares, incompletas, no plano do direito processual constitucional, o que me levou a defender a consagração do chamado *recurso de amparo, recurso público ou recurso directo de inconstitucionalidade*, na Comissão de Revisão ordinária da Constituição de 1993, que o processo político de então não permitiu terminar, e imporia ainda não só o fim da *teoria «administrativa» dos actos de governo* (também designada dos «actos políticos» ou dos «actos constitucionais», com o respectivo impedimento ao controlo jurisdicional, mesmo que haja lesão de direitos e interesses legítimos; teoria a que a última revisão da legislação contenciosa espanhola do fim da década de noventa pôs formalmente termo) e a consagração da figura, conhecida no direito comparado, como *interdição de indefesa* (e que poderíamos traduzir por *direito processual de defesa*) no direito processual geral perante actos dos juízes que ponham em causa *direitos fundamentais que garantam a participação a exercer no processo*, como o de ser devidamente citado e de alegar sobre todas as afirmações e provas carreadas para o mesmo (*vide*, a única obra em Portugal sobre, e com o tratamento unitário, do tema: CONDESSO, F. -*O direito de defesa processual no ordenamento jurídico português*. Ed. Policopiada, Beja: Livraria Lupynand, 2000; e Curso de doutoramento em Direito: «La jurisdicción constitucional y los tribunales ordinarios». Regencia del Profesor Doctor D.Gregorio Serrano Hoyo. Cáceres, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, 1998).

² Aliás, nunca aplicada, a não ser tendencialmente, segundo enquadramentos variados (de maior ou menor intensidade na não confusões dos poderes materiais) efectuados pelas diferentes Constituições, que nunca eliminaram essa acumulação de matérias de todos os poderes na Administração pública, nem deixaram os tribunais assumir-se plenamente em relação a esta nem em todas as decisões desta. Qualquer acto do executivo, como referimos na nota anterior, deve ser sindicável por natureza em Estado de Direito. De facto, não o é, não porque não possa haver legislação que enquadre a sua justiciabilidade, mas em certos países, por declaração de incompetência dos tribunais administrativos e judiciais, sendo certo que, quando causem prejuízos aos particulares, poderiam ser passíveis de apreciação pelos Tribunais Administrativos (além de que o Tribunal Constitucional seria o órgão jurisdicional apto

falta de controlo dos poderes em geral. A que há que acrescentar a crise, insuperável, da representatividade clássica, em que assentam os sistema de democracia indirecta, com o *falhanço da teoria da responsabilidade política, objectiva*, dos governantes perante o Parlamento por actos da Administração Pública, aparelho ao serviço do Poder dito Executivo e, por isso, tida por não responsável nem fiscalizável directamente pelo Parlamento. Mas, constate-se o *falhanço da fiscalização do Parlamento sobre o Governo* e, por meio dele, da Administração Pública dele dependente, um e outro em processo hiperbolizador.

E há que reconhecer a consagração do *centralismo partidocrático* (num deslizante processo histórico contemporâneo, que vai da deslocação da soberania monárquica para a soberania popular, e desta para a parlamentar até ao fenómeno actual da soberania factual partidária). A prática e a capacidade densificadora de poderes das organizações partidárias, numa lógica em que se pode reler WEBER, levou à *partidarização da representação* com uma experiência quotidiana cada vez mais assumida, de *mandato imperativo* praticado pelo dirigentes partidários sobre os deputados, ou seja, o *controlo do Parlamento pelos Governos*, através das lideranças dos partidos que aqui tomam assento; e em geral dos grupos parlamentares pelos partidos.

No plano da ideia democrática e da sua prática organizacional actual, há que reconhecer que ocorreu o declínio de ideia de governo representativo de parlamento, dos deputados, seja na fórmula Convenção/Comissários, seja na parlamentarista ou semi-parlamentarista, com a existência de *governos sem base eleitoral actualizada* ou sem *base parlamentar positiva*; governos constituídos completamente à *revelia de eleições* (da vontade do povo) ou impostos, formados, pré-constituídos à margem e anteriormente a qualquer debate sério da representação parlamentar ou da sua ascendência partidária, que funcionam como meras estruturas determinadas, isto é, seguidistas e ratificadoras de pré-decisões alheias).

No fundo, temos *não só governos partidários, mas mesmo de legitimação sociológica essencialmente partidária*. E com elencos ministeriais, tal como os elencos das listas para o Parlamento, de *escolha intrapartidária e democrática*, com soluções resultantes de um partidário centralismo «colegial»

a proceder ao controlo desses actos na perspectiva do controlo público da sua constitucionalidade). Estamos perante uma zona do Estado enquadrada pelo Direito, mas em que a *summa potestas* pode passar ao lado do Direito, incumprindo-o. A teoria dos actos políticos, de governo, insindicáveis, deriva de construções jurisprudenciais complexas e só é explicável historicamente pelo tipo de relações subordinadas existentes no passado entre a «jurisdição» administrativa não judicial e o Poder Executivo. A lista de actos de governo tem diminuído devido à contínua penetração do princípio da juridicidade na jurisprudência, mas não chegou ainda ao momento da sua eliminação, mesmo que só em relação a actos opressivos dos direitos dos cidadãos. Tal só ocorrerá com a declaração de susceptibilidade geral de sindicabilidade contenciosa de toda a actuação do Poder Executivo (em Espanha, como dissemos, «acabou», em 1999, a aplicação de tal teoria, por força da nova legislação do contencioso administrativo). O Estado contemporâneo é um Estado executor da Constituição, que vincula todo o poder estadual que ele funda, porque Estado teleocrático-programador. A função política, assentando sempre na Constituição, já não pode ser aceite como juridicamente livre porque qualquer acto do Estado necessita de habilitação constitucional, pois é a Constituição que limita e dirige toda a actividade estadual, o que só admite uma relativa heterodeterminação, quer no plano internacional (basta ver os princípios a aplicar nas relações internacionais expressos no art.º 7º, etc.), quer no plano nacional com orientações de actuação. A tarefa histórica da construção de um Estado de Direito ainda não terminou,

ou mesmo *presidencialismo partidário*, ou seja, em sistema de funcionamento partidário não democrático, mesmo que com *escolhas plebiscitadas* posteriormente pelos órgãos partidários estatutários (no caso das escolhas para as listas parlamentares ou para os membros dos governos), e plebiscitadas pelo eleitorado (no caso das listas fechadas propostas pelos partidos), fazendo-se vingar a ideia de uma *soberania partidária, ou mesmo caudilhista*, com afirmação na prática de novas instituições ou melhor de órgãos de poder supremo dentro do Estado: o partido ou mesmo o líder do partido, nacional, distrital ou local.

Há *falta de democracia interna no funcionamento dos partidos*. A questão do exercício de funções por um elenco governativo escolhido livremente (isto é, autocraticamente), por um presidente de partido à revelia dos seus órgãos estatutários, com invocação de medo da dança dos nomes na imprensa³. Dir-se-á que, neste sistema dito semi-presidencialista, a sua legitimação essencial está coberta originariamente pela designação do PR. Pois, então, maior reflexão deve a situação merecer. Salvar algo inaceitável em termos de legitimidade originária directa com a «*mão livre*» da *legitimidade presidencial* significa ancorar a solução governativa em termos essencialmente presidenciais. Mas não será uma solução aparentemente de *força legitimante presidencial, mas realmente cativa pela potestática indicação partidária*⁴?

Importa reconduzir a função presidencial, para justificar a manutenção da força eleitoral directa, a uma função de verdadeiro controlo e intervenção correctora permanente das disfuncionalidades do sistema geral de governação, ou então mais vale reduzi-la a uma função monárquico-parlamentar, meramente moderadora, com a recondução plena e única da legitimidade fundante e vivencial da governação, apenas perigosamente periódica, nas mãos directas do eleitorado, reduzindo a legitimidade presidencial de investimento governamental à legitimidade parlamentar actualizada, reconduzindo, neste caso, a instituição presidencial (que não co-chefia o governo, como acontece no modelo francês, nem se sintoniza realmente com um verdadeiro sistema semi-presidencial) a uma normal eleição indirecta, que os seus poderes em geral limitadamente exercidos justifica, inviabilizando assim no futuro, ao menos, governos formados no contexto de um modelo de direcção pessoal e programática não sufragados.

³ Tal como a ascensão actual a Primeiro-Ministro de alguém (independentemente de considerações de mérito, que não entra na temática desta Comunicação situável apenas no campo dos princípios) não eleito ou eleito para outro cargo, de natureza funcional administrativa, só porque se tornou líder de um partido (depois de convidado para vice-líder, por um político medroso da crítica interna), não sujeito ao voto popular, assente na ideia de herança de uma solução que assentava numa recuada expressão eleitoral meramente partidária (e portanto de destempada expressão parlamentar), sufragada com base no anúncio de um outro Primeiro-Ministro, pode inserir-se na vivência da ideia democrática?

⁴ Ao menos os tão criticados, pelos partidos, governos presidenciais do início da década de oitenta traduziam verdadeiras escolhas do Presidente que partia de uma plena capacidade de escolha do Primeiro-Ministro e de influência na conformação do elenco governativo e que mantinha totalmente a sua capacidade renovadora ou demissionária. Por quê ainda *governos de responsabilização presidencial* num sistema que há muito vinha funcionando segundo uma lógica originária, pelo menos, paraparlamentar e em que o actual papel legitimador fundante do governo por parte do Presidente da República, logo dá lugar a uma legitimidade presidencial anulada funcionalmente porque aprisionada por uma viabilização que deixa de poder questionar, em face da alteração à capacidade de demissão governamental introduzida na primeira revisão constitucional de 1982?

Os Deputados estão, há muito, de facto, sujeitos a *mandatos imperativos*, já não do povo (menos mal!), como acontecia com o terceiro Estado no período pré-democrático do Estado estamental⁵, mas do presidente ou da direcção do partido, com políticos com patente profissionalização, se não mesmo vitalização, e cuja subsistência económica passa a depender da sua continuação a qualquer preço na vida pública, o que, à falta de limitação temporal contínua dos cargos (à semelhança do Presidente), fez acentuar a *corrupção permanente do funcionamento orgânico dos aparelhos partidários*, a todos os níveis.

Urge restaurar o *papel indelegável e inalienável do deputado*, enquanto tal, *livre* no exercício do seu mandato. Só deputados livres podem ser a base democrática de partidos e de governos e de uma ligação ao eleitorado verdadeiramente representativa.

E porque têm os partidos medo de uma Câmara Alta? Por os seus membros seguramente virem a agir pedagogicamente sem controlo partidocrático, que estes veteranos já não admitiriam⁶? Mas os senadores já existem de facto, embora não de direito, porque, pelo seu passado e experiência política reconhecida, normalmente são um ex-qualquer cargo importante (desde Presidentes da República ou candidatos ao cargo, a primeiros-ministros, presidentes de partidos ou de grandes grupos parlamentares), continuam a poder falar em público quando querem, mas sem enquadramento institucional que ponha a sua experiência ao serviço permanente e organizado da sociedade.

Para tudo isso, há que vencer as resistências interessadas da actual *classe dirigente*, profissionalizada e sem permanência controlável segundo critérios de mérito, mas afirmada apenas nas relações «aparelhelhistas» e na destreza da manutenção das suas próprias posições (de que depende para alguns a própria subsistência), de modo a impor uma libertação funcional do deputado (e assim uma redemocratização genética dos partidos e do parlamento), com a reformulação bicamarária deste e um novo sistema eleitoral, *aberto no campo da selecção popular dos mandatos*⁷: um sistema com livre apresentação de candidaturas e de cariz misto, com círculos distritais temperados por círculos uninominais, e voto duplo, ao jeito do projecto de reforma debatido em 1998, da autoria do ex-Presidente do Tribunal Constitucional, Dr. Luís Nunes de Almeida, amigo desde os tempos em que tive funções de coordenação geral na I Comissão de Revisão Constitucional, jurista dos mais eminentes, recentemente desaparecido, a quem presto a minha homenagem.

Quanto à questão do *controlo dos poderes da governação* em geral, a relativização da teoria da separação de poderes tem de considerar-se na

⁵ Embora as longas distâncias, entre as sedes dos parlamentos e os eleitores territorialmente difusos, tivessem levado, ao longo do século XVIII e XIX, ao fim dessa forma de democracia-correio, mas realmente para-directa.

⁶ CRUZ, Manuel Braga da - «A tradição bicamaralista portuguesa». In *A Reforma do Estado em Portugal: Actas do I Encontro Nacional de Ciência Política* (Fundação Calouste Gulbenkian: Associação Portuguesa de Ciência Política). Lisboa, Bizâncio, 2001, p. 475-488.

⁷ VVAA –*Direitos dos Eleitores. Congresso Internacional*. UM, CEJ, 1998, designadamente p.15-20 e p.259-265.

ordem do dia⁸. Se o princípio da separação de poderes assenta na ideia de fiscalização e coordenação, não é de estranhar que se deva averiguar se essa ideia continua a viver através dele ou por mecanismos supervenientes, da evolução histórica, ela se perdeu em parte, sendo necessária outra construção global que a refaça.

Por isso, LOEWENSTEIN fala numa função de controlo como função autónoma do Estado, com os seus controlos políticos, jurisdicionais, quer da legalidade da Administração Pública, quer da constitucionalidade da legislação, explicando o papel crescente do poder judicial, verdadeiro poder e contra-poder e, assim, instrumento da função política, porque fiscalizador de todos os poderes e, portanto, também já do próprio poder legislativo, cujos actos «anula», como verdadeiro «legislador negativo», ideia que a criação dos tribunais constitucionais por inspiração de HANS KELSEN veio reforçar.

Isto leva-nos a concluir que a *peça central da ideia de separação de poderes, cuja possibilidade histórica ficou comprometida com o fenómeno partidocrático, unificador oculto da intervenção de todos os poderes, passa hoje pelo sistema de controlos, individuais ou colectivos, comunicacionais de massas, jurídicos e sobretudo jurisdicionais.*

O Estado de Direito passou de um reducionista Estado de Legislação parlamentar a Estado de Jurisdição, executor da Constituição constituída de valores consensuais, e, acima de tudo, executor dos valores sociais e éticos fundantes, transcendentais, plasmantes constituintes da ideia de Direito e de Justiça, em que o primado político do legislativo e a quotidianização do Administrativo não devia obstar ao seu controlo pleno e limitação pelo Poder Judicial.

A tripartição clássica das funções do Estado, esbatidas as suas fronteiras e relativizados os critérios de caracterização e distinção material, fez acabar com a pretensão de uma teoria geral, de valor universal e intemporal, das funções estaduais.

Hoje, o princípio da separação, mesmo numa perspectiva institucional de âmbito horizontal, só pode enquadrar-se em termos constitucionalmente situados, enquanto ganha importância constitucional o *princípio da*

⁸ A distinção entre as funções do Estado surgiu com intenções garantísticas, dado que a separação orgânico-pessoal daquelas funções visava assegurar a liberdade e a segurança individuais. Foi o dogma da redução do Estado ao Direito (e deste à lei positiva), assente no postulado de que o Estado e o Direito se identificam, que converteu a tripartição funcional em teoria das funções estaduais de pretensa validade universal. O Governo, apoiado na sua Administração Pública, desenvolve actuações em todos os domínios da vida em sociedade e não só actividades executivas de normas, mas igualmente comandos de carácter geral e abstracto, normalmente camuflados na designação de regulamentos ou mesmo aceites como leis (rebaptizadas na designação de decretos-leis e unificadas no conceito impreciso de leis materiais, versus leis formais do parlamento) e jurisdicionais, através de uma Administração sancionatória, arbitral e conciliadora, etc. E, por outro lado, desenvolve igualmente actividade política e governativa em todos os domínios da vida em sociedade. É demasiado poder para poder escapar a uma legitimação eleitora, a reter sempre que há propostas de novas lideranças, e a uma legitimidade funcional permanentemente refrescada por um controlo activo e eficaz de instituições imparciais, o que o poder parlamentar já não faz. Mas não só ela, pois se as leis já são controláveis pelos tribunais por aferição com o quadro constitucional, é necessário que as sentenças também o sejam sempre por princípio.

*descentralização administrativa*⁹, exigente de uma verdadeira regionalização do continente, formada de autarquias regionais, sem poder político-legislativo, mas autónomas do Poder Executivo Central, e com representatividade eleitoral dos interesses infra-estatais e supramunicipais, isto é, democratizada ao seu nível próprio de intervenção¹⁰, tal como as outras autarquias já existentes, numa divisão territorial de poderes a ser reenquadrada com rompimento das concepções tradicionais de atribuições exclusivistas e consagrando a novas doutrinas de base burmeisteriana, assentes na lógica da inter-administratividade¹¹.

⁹ Além do clássico controlo pela *divisão orgânico-funcional horizontal*. Reconheça-se a importância complementar da divisão vertical de poderes propiciadora de controlos interfuncionais, realizável através do *princípio da descentralização territorial*, o que exige uma verdadeira regionalização do continente, que nada tem que ver com estratégia de pseudo-substituição teledirigidas pelo Estado, através das leis de Maio de 2003, sobre as áreas metropolitanas ou outras associações municipais. A regionalização há-de ser formada de autarquias regionais, autónomas dos poderes executivo estadual e municipais, com real capacidade de livre veiculação e representatividade eleitoral dos interesses infra-estatais e supramunicipais, embora assentes numa lógica da inter-administratividade, sobretudo em Estado de fortes assimetrias de desenvolvimento regional.

¹⁰ Com efeito, ao efectivar uma veiculação de interesses, ideologias e opções sobre estratégias e oportunidades infra-estaduais, com ponderação de ameaças e aceitação de riscos, exige-se uma liderança, legitimidade e representatividade próprias dos seus autores em relação ao escalão geopopulacional seu destinatário. Esta temática convoca-nos, em Portugal, para um debate actual que é o da tentativa recente de substituição do *programa constitucional da regionalização administrativa* do continente por uma *configuração orgânica não representativa* de novos poderes territoriais intermédios, através das figuras legais da criação de Grandes Áreas Metropolitanas, Comunidades Urbanas, Comunidades Intermunicipais de fins gerais e Associações de Municípios de fins específicos, soluções forçadas pelo Poder Central, cujo único benefício, será a promoção de uma maior articulação e cooperação interadministrativa, mas em geral sem condições de afirmação regionalmente eficaz e portanto manter-se-ão transitoriamente, à falta de poderes infra-estaduais e supramunicipais nas áreas em que se justificam, designadamente do ordenamento e planeamento territorial e estratégico.

¹¹ Não pode deixar de se reformar o Estado actual de pluri-administração territorial, instituindo em geral um modelo de concorrência de poderes e complementaridade de intervenções, diferente do tradicional, que tem assentado em atribuições exclusivas segundo a técnica da «exclusividade» ou da predominância dos interesses, sendo certo que Portugal, nesta matéria do enquadramento do poder local (com excepção das áreas do ordenamento do território, urbanismo e ambiente, que são aquelas em que se iniciou uma nova abordagem cooperativa entre as diferentes entidades de poder territorial) tem estado muito longe das doutrinas mais avançadas que foram traçando o seu caminho no pós-guerra, a partir da reforma, no pós-guerra, do direito autárquico na Alemanha. A nossa reforma de 1999 foi um desafio perdido neste sentido. Aliás, não se entendeu por quê eliminar a cláusula geral de competências em assuntos locais, se a questão deste conceito informou ainda predominantemente a selecção de matérias e a solução das atribuições reservadas? E mesmo que se assumisse a teoria da inter-administratividade geral das atribuições públicas, com direito de participação e audição de umas entidades nos assuntos atribuídos às outras, porque não admitir a manutenção residual para a autarquia de um conceito de assuntos locais, aceitando esta cláusula como legal quando a legislação não atribua especificamente a outro escalão da Administração Pública certa atribuição, sem prejuízo de poderes concorrentes de interesses de outros entes a intervir sempre com direito a serem ouvidos antes da deliberação municipal? Em Espanha, há muito que a concepção burmeisteriana de autonomia local se impôs. Aqui, a doutrina dominante (em que já antes da Constituição de 1976, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA criticava o conceito liberal de autonomia municipal: *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid 1981; *La Administración española*. Madrid, 1972), e a jurisprudência espanholas (STC de 28 de Julho de 1981) e a própria legislação concebem hoje a autonomia dos entes territoriais infra-estatais nos termos em que JOACHIM BURMEISTER a constrói e os administrativistas a conformaram, sobretudo LUCIANO PAREJO ALFONSO e ANTÓNIO EMBID IRUJO, desde

O desenvolvimento insuficiente e desigual do país tem como um dos principais factores explicativos a debilidade dos processos e da própria cultura do desenvolvimento regional e local, com o modelo centralizado de organização administrativa, que, em Portugal continental, ainda hoje se constata na ausência de um verdadeiro processo de descentralização regional representativa¹².

1981, respectivamente em *Garantía Institucional y Autonomías locales*, 1981; e «Autonomia Municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal». *REDA*, n.º30, 1981, p.437-470 e 456 e ss.; LUCIANO, já vitorioso, nas suas teses burmeisterianas não deixaria de continuar a insistir de novo no tema, em 1983 e 1986: *Estado Social y Administración Pública: Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid, 1983; «La Autonomia Local». *REALyA*, n.º229, 1986). A autonomia começa a traduzir-se num direito à intervenção em qualquer matéria que afecte a comunidade local, como refere a *Grundnorm* alemã, independentemente de ter ou não dimensão supramunicipal (PAREJO ALFONSO, Luciano - oc, 1981, p.98), recaindo sobre o legislador a obrigação de prever legalmente as atribuições necessárias ao desempenho da actividade em todas as matérias em que exista um interesse da colectividade local (OLIVEIRA, António Cândido de -*Direito das Autarquias Locais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.165). A medida do interesse territorial é o critério definidor da responsabilidade directa: matéria interessando exclusivamente a comunidade local implica poderes decisórios exclusivos, concorrência vertical de interesses de mais que uma comunidade territorial, designadamente da comunidade nacional, exige uma definição de poderes segundo a sua importância relativa, devendo decidir quem tiver interesse predominante; a confusão de interesses implica uma articulação de poderes segundo uma solução discricionária que tenha em conta razões de mérito relativa dos níveis decisores em presença; e a confusão de interesses de intensidade semelhante implica uma solução perequativa de distribuição de poderes, através de «fórmulas integradoras ou cooperativas» (CÂNDIDO - oc, p.166). Isto é, a autonomia das Administrações territoriais infra-estatais deixa de ser entendida como uma garantia institucional da titularidade de atribuições exclusivas da autarquia e portanto excludentes do escalão administrativo superior em certos assuntos considerados como locais. Segundo PAREJO ALFONSO, a Constituição Espanhola não contempla o regime local como uma matéria compacta e homogénea para efeitos de imposição de atribuições exclusivas, mas apenas reserva exclusivamente para o Estado as bases do regime jurídico das Administrações Públicas (art.º 149.1.18.º) e portanto também da local, devendo interpretar-se como tal o regime orgânico e funcional destes entes, cabendo ao legislador sectorialmente distribuir aos diferentes entes, as atribuições materiais em cada momento reguladoras da disciplina da matéria, segundo o critério da predominância dos interesses. Segundo ANTÓNIO EMBID IRUJO, o conceito de autonomia, semelhante ao alemão de auto-administração, deve levar a conceber-se a garantia institucional de autonomia como um direito dos municípios a serem investidos com plenos poderes executivos para o cumprimento de assuntos públicos, nos assuntos da comunidade local. Vide sobre o tema, CONDESSO, F. – *O Ordenamento do Território: Direito do Planeamento Territorial, Administração Pública do Território, Economia Regional e Políticas Europeias*. Lisboa: ISCSP-UTL. Prelo, 990 págs; *La Defensa del Medio Ambiente y el Derecho a la Información Administrativa en las Instituciones de la Unión Europea y en los Estados Ibéricos*. Em tradução para Dikynson, Madrid, 1020 págs; *La Ordenación del Territorio de la Península Ibérica en el contexto de la nueva Estrategia Territorial Europea*. Em tradução para UNEX, 780 págs.

¹² Historicamente, a razão fundamental mobilizadora do fenómeno regionalizador, bebida precisamente na lição da história e da análise da evolução do desenvolvimento económico-social a níveis infra-estatais, prende-se com a necessidade de acelerar o bem-estar das populações, em Estados com assimetrias de desenvolvimento, matéria central da teoria da intervenção pública, designadamente pelo macro-instrumento dos planeamento regional enformador da opções de ordenamento do território em sentido amplo, imposto pela nova política territorial europeia, integrantes do desenvolvimento económico-social. Com efeito, a regionalização leva a um planeamento regional e local com uma lógica de êxito em termos de perequação do desenvolvimento porque exercida *from below* e de base endógena, de implosão progressiva, de responsabilização eleitoral directa. A viabilidade futura dos nossos territórios regionais depende da sua competitividade, o que exige que entre os factores chave da

Hoje, temos de considerar que os clássicos três poderes funcionais do Estado, na perspectiva da defesa da liberdade e dos direitos fundamentais, aferível pela garantia do respeito da Constituição, não passam de três sub-poderes, todos poderes governativos do dia a dia (uns desenvolvendo actividades de satisfação de necessidades colectivas, outros fazendo normas e outros impondo-as normalmente, quando inaplicadas voluntariamente), mas todos podendo agredir direitos e desrespeitar a Constituição e o Direito, referência da regularidade da sua acção, que passível de ser desconsiderada, necessita de um controlo imparcial que garanta a reposição da regularidade. Daí a necessidade da criação também de «*recursos de amparo*» contra

planificação económica e territorial esteja a configuração espacial dos recursos e do ordenamento do desenvolvimento. A nova orientação estratégica europeia (EDEC/ETE), como instrumento coordenador das políticas comunitárias entre os vários Estados e enformador das políticas estaduais e infra-estaduais de desenvolvimento económico-social sustentado, reveste-se de importância decisiva, no que respeita ao desenvolvimento espacial integrado dos territórios das diferentes regiões. Os *desequilíbrios territoriais* podem ser corrigidos, total ou parcialmente, por meio de intervenções das Administrações públicas, que devem ser dirigidas, em primeiro lugar, para a *dotação de infra-estruturas de transporte e comunicações*, para criar maior interrelação entre os territórios tradicionalmente mais afastados das redes principais de comércio e, também, encaminhadas para a preservação do tecido de *suporte de cidades médias e pequenas*, tudo traduzindo dotações descentralizadas de serviços e recursos públicos de carácter regional e local, que trazem facilidades às populações locais no seu próprio território e atraem investimentos privados para o sector dos serviços. A criação de uma rede regional e ligação às redes peninsulares e europeias de transporte é factor-chave para o desenvolvimento dos territórios peninsulares, sem o que não podem desenvolver adequadamente as suas potencialidades, ficando afastados dos grandes centros de decisão política e económica, e, portanto, em perigo de recessão e declínio. É necessário criar modalidades de cooperação interadministrativa em matéria de desenvolvimento territorial, numa base voluntária, entre, por um lado, as Administrações responsáveis das políticas sectoriais e entre estas e as responsáveis pela planificação territorial, a todos os níveis (*cooperação horizontal*) e, por outro lado, entre as políticas no âmbito comunitário e as de nível transnacional, regional e local (*cooperação vertical*). A cooperação é a chave para uma política de desenvolvimento territorial integrada, como uma enorme mais-valia em relação à implementação isolada das políticas sectoriais. É urgente criar as regiões, afectando-lhes atribuições segundo o princípio orientador da subsidiariedade, mas sem despir o Estado ou os municípios dessas mesmas atribuições, o que exige a resolução da questão de uma *intervenção material global através de três conceitos procedimentais, coordenação, colaboração e cooperação* das entidades públicas territoriais, numa acção desconfituante e permanentemente conformante com os interesses dinâmicos e os poderes, que não podem ser «estáticos», de todos, em articulação das várias políticas regionais juntamente com as políticas estaduais com incidência sobre os territórios regionais, assente em mecanismos de solidariedade e coesão territorial. Aquilo que poderíamos designar como «ótimo ordenacional do território» terá de ser o resultado da melhor combinação possível do mercado com a intervenção pública territorial, que assuma o território como factor de desenvolvimento, através de vários meios, com destaque para a planificação integral. E isto só pode ser obtido num território situado, com seu insubstituível valor sócio-económico próprio. A economia, que poderíamos designar de «economia espacialmente situada», que integra a dimensão territorial na análise económica, não passa apenas pela mera integração da localização e da organização do espaço nessa análise, pois há-de levar à aplicação das teorias do desenvolvimento endógeno e do desenvolvimento territorial sustentável. Como assinala SIMÕES LOPES, não há política que, na prática, aconteça fora do contexto regional, assim como é inteiramente descabido falar da política regional como mais uma categoria de políticas, dado que tudo começa nas regiões a termina nas regiões, havendo necessidade da Administração se aproximar das pessoas. O desenvolvimento nacional é afinal a resultante do desenvolvimento regional, é o desenvolvimento regional, sendo a regionalização um factor de crescimento e desenvolvimento económico.

agressões a direitos fundamentais por actos ilegais dos próprios juizes (que também são um poder do Estado; e não anjos baixados pela divindade, não podendo continuar a viver intocáveis à base de uma implícita extensão da doutrina divina do poder real medievo), inexistente em Portugal, mas cuja importância se pode medir, referindo que em Espanha cifram mais de 60% dos processos no Tribunal Constitucional.

E, em face do *falhanço da fiscalização representativa* e da *hiperbolização do fenómeno partidocrático*, alguns pontos de reflexão se impõem ainda.

Em geral, e teoricamente, não podemos descansar na simples divisão de poderes, pois o mais importante, como se intui, é a *disseminação de um efectivo controlo difuso*, não apenas, ao jeito da escola liberal, de uns órgãos de poder sobre os outros, mas controlos sobre todos os órgãos de poder, tendo como *ponto de referência o projecto societário expresso na consensualidade relativa da Constituição* evolutiva. Designadamente, como apontamos, o acentuar da *importância do controlo judicial*, embora sem cair em momentos de «governo de juizes» não representativos.

Mas este *crescente e generalizado controlo judicial*¹³, de facto, ao vir ostentar a *generalização da supremacia do saber juricrático* (ao permitir a extensão da jurisdição sem limites materiais a todos os actos de todos os outros poderes, incluindo do próprio poder judicial e, sendo certo que, na análise da realidade politológica, o direito vigente não é realmente o que o legislador quer e redige, mas o que o juiz diz, aplica, tornando-o no autêntico legislador do caso, ou seja, o único ditador concreto da norma), obriga a reponderar a questão da sua legitimação, implicando uma leitura, mínima que seja, subjectiva dos poderes judiciais pelo eleitorado, pois sem tal democratização, não ocorre a integração do judicial na soberania (popular), mesmo que indirecta, pela superação do exercício dos poderes governativos do CSMJ e judicial dos tribunais dele dependentes, em puro confisco paracorporativo, reduzido apenas a uma mera força legitimante pelo texto constitucional. Portanto, este controlo alargado implica a *legitimação da jurisdição pelo eleitorado*, pelo menos indirectamente através da conquista de uma legitimidade própria do órgão de Governo dos Tribunais, o CSMJ, isto é, do método de eleição do órgão de («auto-governo»? versus governo democrático) sucedâneo dos poderes que seriam naturalmente de um governo democrático (através do Ministro da Justiça) e cuja existência aliás justifica que se declare a desnecessidade de um Ministério que não existe, o da Justiça, pois as habituais preocupações legislativas (em que convolou - para se justificar - as suas tarefas históricas em democracia), melhor cabem ao Parlamento (onde devia há muito ter a sua sede natural a elaboração dos grandes códigos do novo regime democrático) e a gestão do sistema policial-prisional pode passar inteiramente para a Administração Interna (ao ritmo da privatização, a que nem as funções tradicionais de soberania – como a segurança - escapam, se calhar acaba por ir mais depressa para uma qualquer Securitas, nacional ou estrangeira, num «bem gizado» concurso público,

¹³ O que se justifica, social e constitucionalmente, numa afirmada imparcialidade funcional na aplicação da lei; tal como acontece com o crescente fenómeno das Entidades Administrativas Independentes, embora estas também na possível aplicação de critérios de mérito e sem prejuízo do seu próprio controlo da legalidade pelos tribunais.

semelhante a todos os outros de regularidade sistematicamente bem conhecida).

Quanto ao *défice de legitimidade governante democrático-representativa do CSMJ*, basta perguntar se ele não é um órgão independente do governo geral do país e da sua Administração e, portanto, por um lado, não legitimado através deste e, por outro, não legitimável indirectamente através de qualquer reforço de eleição parlamentar do seu elenco completo (o que aliás seria uma politização indesejável, porque o partidaria ainda mais claramente)¹⁴? O CSMJ tal como existe, com mais ou menos juizes designados corporativamente pelos próprios, ou pelos aparelhos partidários com o disfarce da votação parlamentar, sem mandato popular, não passa de um Ministério da Justiça corporativo, cuja legitimidade geral, bebida numa base meramente constitucional (como ocorre com qualquer outro órgão de um Estado organizado), não supre o seu défice e o dos tribunais no plano da representatividade geral exigível a órgãos de «soberania governante» em democracia¹⁵.

O Ministério Público diz-se autónomo e comporta-se como independente, governando-se a si mesmo, e ao fim e ao cabo impondo uma orientações genéricas ou casuísticas conformadoras de uma política criminal qual Ministério (Público) da Justiça, substituindo-se à política anti-criminal que caberia ao governo através de um Ministro (cujo nome se mantém) e, portanto, à revelia do eleitorado, sem qualquer sufrágio popular, tudo com a sistemática invocação da sujeição única ao princípio da legalidade, como se toda a Administração Pública não estivesse sujeita a este princípio. O que seria de todos os funcionários públicos e serviços do Estado, se invocando este princípio fundante de qualquer Administração pública, se servissem dessa invocação para se furtarem a cumprir as políticas dos governantes sufragados (boas ou más, ao eleitorado em democracia cabe pronunciar-se, o que não pode fazer em relação à actuação do MP)? O que exige a clarificação do *Estatuto funcional do Ministério Público*, para se saber onde colocar funcionalmente estes funcionários públicos da PGR, um dos sectores orgânicos da Administração Pública do Estado integrado no Ministério da Justiça. A

¹⁴Não é a Constituição que diz, no art.º 2º, que «a República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticos».O Estado Democrático é o sistema político em que a soberania pertence ao Povo e os titulares dos poderes supremos são eleitos periodicamente pela totalidade dos cidadãos em regime de livre concorrência de opções políticas e de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais. O princípio democrático implica que o poder só pertence ao Povo, todos os seus titulares o exercem por delegação sua e respondem periodicamente pelo seu exercício.

¹⁵ Antes a sua legitimidade democrática não existia porque o Ministro da Justiça não a tinha, hoje não existe porque por medo da partidocracia se constituiu em governo próprio não directamente democrático, semi-corporativo semi-partidário. Antes como agora nasce ditatorialmente e só vive «democraticamente» de uma legitimidade funcional, na medida em que exerça as suas funções sem contestação. Não parece suficiente da mesma maneira que não é aceitável que um ditador se considere de regularidade democrática ao governa bem com aceitação geral ou um se considere a regularidade democrática de um governante (ao jeito de Hitler) que inicie funções democraticamente mas perca a legitimidade funcional pelo seu modo de as exercer.

continuar assim, onde está o espaço da governação democrática na imposição de uma política anti-criminal eleitoralmente controlável?

A polémica à volta do *segredo de justiça* serve para uma outra reflexão autónoma sobre a dificuldade de substituir os seus titulares sem promoções acordadas e aceitações prévias de sucessores dinásticos, ou seja, sobre a manutenção dos PGR, independentemente do juízo sobre o seu modo de exercer funções.

O princípio legitimador do exercício do poder democrático ou de órgãos dependentes dos seus titulares tem que assentar cada vez mais na ideia da *legitimidade funcional*, cada vez mais importante do que a originária, como bem discorreu São Tomás de Aquino, o que exige visibilidade, sobre a sua actuação mais do que sobre os seus microprocessos. Esta última garante necessariamente a democraticidade do início das funções, mas só aquela justifica a sua continuidade. Por isso, considero inaceitável que um cargo cuja titularidade dependa da vontade de vários órgãos eleitoralmente legitimados, democraticamente investido, se possa manter quando entra em crise de legitimidade funcional, perdendo a confiança de um deles e de outros sectores sociais que garantem a respeitabilidade geral do múnus em que se integram. Como admitir que apenas um director da PJ saia de funções porque quebrou o segredo de processos investigatórios e um juiz não seja afastado do processo ou o PGR se mantenha, quando os assessores, que nem são funcionários públicos impostos por lei no cargo, mas pessoas da sua escolha ou do seu gabinete pessoal, que só têm o cargo por sua livre vontade e com delegação de amplos poderes, por serem da sua confiança, por cuja actuação respondem perante ele, praticam exactamente os mesmos comportamentos ilegais¹⁶.

Em regime de responsabilidade funcional representativa perante os nomeantes de confiança responde o órgão de escalão máximo e *maxime* se os subordinados nas suas funções dependem e só dele. O povo diz que tudo muda mas os PGR nunca são afastados, nem quando ocorrem as situações mais criticáveis, porque os titulares dos poderes têm medo deles e por isso a opinião pública pergunta-se que outros segredos sem processos, irreveláveis sobre os titulares de poder, guardam. Como se explicam as dinastias dos PGR? Como se explicam as suas irresponsabilidades monárquicas? A PGR e o MP têm protagonizado um dos aspectos mais graves de infuncionalidade do Estado e embora estes sejam apenas um dos fenómenos reveladores da crise do sistema que vivemos, assumem uma tal importância, por mexer com o sistema de justiça e dos direitos fundamentais, que merece que se dedique algumas considerações à questão da suspeição sobre o exercício dos poderes das instâncias oficiais de controlo social ou, em termos mais amplos, à problemática do sistema penal, em que tem sobressaído o debate sobre o segredo de justiça (e prisão preventiva).

A *liberdade de dar informação* dos meios de Comunicação Social e a liberdade de a receber dos cidadãos são pedras angulares do regime democrático, mas não podem ser concebidas em termos absolutos, pois como bem escreveu ALBERT CAMUS, «a liberdade absoluta mata a justiça». Na defesa da *intimidade de um processo julgador*, uma certa reserva ou mesmo

¹⁶ Quão esquecidos estão exemplos históricos que nos deveriam orientar, v. g., o de WILLY BRAND.

um mínimo de segredo poderá impor-se em certas situações, mas sem nunca se pôr em causa a transparência da acção dos poderes públicos com o máximo de expressão possível, sabendo-se que a informação pública foi na concepção liberal e continuará a ser um poderoso instrumento ao serviço da eficácia e da imparcialidade do julgador e também cada vez mais com importância acrescida da do investigador, do inquiridor e do acusador, na nossa *aldeia mediática*, em que a investigação jornalística pode desencadear, enformar, acelerar e controlar a inércia ou o agir errado e até absolvições telecomandas podem ocorrer em sentenças judiciais, embora também propicie, bem ou mal, julgamentos feitos fora e antes delas.

Se a democracia é «o Governo do poder visível, o Governo do poder público em público»¹⁷, temos de reconhecer que a *validade e legitimidade do exercício dos poderes, do poder sancionatório* como de todos os poderes, em *sociedade de matriz democrática*, realizadora da ideia de justiça, exige controlo¹⁸. E a ideia de controlo público depende da *transparência geral* ao longo do próprio *iter processual*¹⁹.

Mas os políticos e a opinião pública estão preocupados e com razão, devido ao ruído surgido à volta dos processos investigatórios, isto é, preocupados com os julgamentos na praça pública²⁰, apesar do proclamado²¹

¹⁷ No dizer do nosso Tribunal Constitucional: Acórdão de 15 de Setembro de 1992.

¹⁸ Com efeito, a *ideia de justiça* não implica apenas a elaboração de lei justa pelo legislador ou a afirmação da aplicação da lei existente pelo julgador, porque a «lei real», como se disse, a aplicada, não é a feita pelo legislador, mas a dita pelo aplicador, e por isso o controlo da sua aplicação é algo de fundamental, mais fundamental até do que o controlo da sua produção. E, em democracia, na defesa da lei aplicanda e aplicada, não pode descansar-se no sistema de duplicação do julgador das instâncias oficiais, descansar-se apenas no sistema de processos e tribunais de recurso, afastando a comunicação social, os cidadãos, do seu controlo.

¹⁹ *A construção do processo e a transparência dos procedimentos* em que se desdobra, são hoje de considerar tanto ou mais importantes do que os *julgamentos formais* pois não é a sua *ritualização* estigmatizante que dá o carácter de verdade aos testemunhos falsos, às investigações deficientes, às provas erradas... Não é verdade que, num mundo em que a *palavra do homem* actual perdeu valor afirmativo de comportamentos, tornada mero produto mercantilizado, traduzindo já não um valor do ser mas do ter, a *prova testemunhal* é correntemente fabricável, sem que o *crime de perjúrio* praticado diariamente em todos os tribunais sofre sistematicamente qualquer punição.

²⁰ Mas o que desperta hoje mais os *medos* dos detentores de poderes públicos parece paradoxalmente ser aquilo que justificou historicamente a tese liberal da assistência às sessões do legislativo e do judicial e justificaria, ao jeito das *sunshine laws* dos Estados anglo-saxónicos fora da Europa, a abertura à imprensa e ao público em geral das sessões de todos os órgãos colegiais das Administrações públicas, é o facto de os actuais potentes meios de difusão hiperbólica da Comunicação Social virem a transformar, cada vez mais, a *visibilidade simbólica da teoria liberal*, visibilidade meramente proclamada, formal, jurídica – pois poucos cidadãos foram sempre os tinham disponibilidade profissional ou poder financeiro para se deslocar sistematicamente à capital para se sentarem nos poucos bancos dos parlamentos, ou possibilidade de assistir aos inquéritos e rituais dos julgamentos dos tribunais- numa *visibilidade geral, de toda a sociedade*, perante milhões de leitores, espectadores, ouvintes. Isto é, vivemos num mundo em que é possível uma *visibilidade real do funcionamento dos órgãos do Poder*. Os acontecimentos mais recentes mostram bem como os poderosos meios de difusão, dando a conhecer a todos, cada vez a mais gente, pelo poder da tecnologia e pela democratização de instrumentos de captação de informação, ampliando extraordinariamente o poder dos órgãos de informação de massas, podem dar, por meio deles e das inconfidências a eles feitas, com ou sem exactidão, e – quem controla o quê, com segredo de justiça para os badalados e segredo dito «deontológico» das fontes para os jornalistas –, dizia, podem dar aos investigadores e julgadores capacidades acrescidas de intervirem publicamente no jogo anti-político, com emissões seleccionadas quando não truncadas, parcelares, dos seus segredos

segredo investigatório, não respeitado pelos seus tutores e o não controlo pelos arguidos e defensores dos processos para poderem clarificar de imediato factos, devido à existência desse mesmo segredo, que só funciona a favor da máquina da «justiça», isto é, gerido pelos seus guardiães mas contra os suspeitos ainda «presuntos» inocentes. Preocupados em evitar condenações públicas infundadas, embora também possa haver esquecimentos oficiais «pressionados», com recurso pelos aparelhos partidários aos «cadernos» dos antigos militantes das juventudes partidárias e pela via da ascensão às magistraturas destes antigos filiados, o que em teoria permite, através de

reais num estado inacabado dos processos, saídos antes do tempo legal e processualmente tido por correcto pelo legislador ou mesmo usando distorcidamente os factos a coberto da *garantia do desconhecimento (do segredo)* dos seus processos, por parte de terceiros e dos pretensos suspeitos, com *objectivos situados fora do tabuleiro da justiça*. No fundo podem fazer não justiça oficial nem sequer justiça extra-institucional, mas activa política anti-criminal ou, pior ainda, política anti-política ou mesmo (com *intuitus personae*) política anti-políticos, a partir de um posto privilegiado e tudo sem se sujeitarem ao julgamento e controlo *a posteriori* do eleitorado, a que só os políticos se têm de submeter - podendo assim *forjar factos* criminais ou factos jornalísticos ou factos políticos, criando *prisões de turno* (pelo juiz de turno à revelia do titular do processo e com orquestrado ruído comunicacional de massas, tudo logo desfeito no momento seguinte com estupefacção dos cidadãos) ou *libertações-show*, que se sabe não passarem do pátio da penitenciária e de um qualquer canal televisivo (avisado a tempo), mesmo que seja só para a Comunicação Social, a coberto desse segredo das fontes, ou para integração ocasional nos próprios processos, na sua fase evolutiva: para cujo ataque sejam aliçados por opositores políticos, com *assassinatos brancos e brandos* de adversários ou membros de ideologias ou de partidos de que não se sintam aderentes, tentando provocar a *alteração de ciclos de alternância democrática* ou podendo mesmo *eliminar definitivamente figuras* eventualmente fortes no plano relacional com o eleitorado. Reconheça-se pois que a crescente visibilidade real tanto pode *funcionar bem a favor da liberdade, da lei, de eficácia, da diligência funcional e da imparcialidade dos poderes instituídos*, como ser *aproveitada para a indevida e ilegal eliminação moral e política do titulares desses poderes*, ainda antes dos julgamentos *formais*, que – bem ou mal – se continua a considerar como dando maiores garantias de verdade material, pelo estatuto e hábitos de independência do julgador, pela maior transparência da produção da prova – verdadeira ou falsa, e quanta vezes o julgado ou a testemunha muda a versão inicial sob o medo da vindicta do arguido presente ou com espíões (nunca o mundo esteve tão cheio de espíões como hoje); ou sob pressão da visibilidade social no caso de arguido «bem visto») e pela sua *definitividade horizontal*, ao situar-se na meta final de todo o procedimento averiguador. Mas desde a sua simples afirmação teórica, com sua tradicional possibilidade de vivência discreta, até à possibilidade de realização prática, pelo *poder difusor generalizado* dos potentes meios de Comunicação Social actuais, houve um longo *tempo histórico de tranquilidade* dessa realidade que não chegava a ter condições de o ser, de modo que, agora, esta afirmação dogmática parece abalada, afinal não pela ideia sempre defendida, mas pela verificação de que essa ideia afinal é verdadeiramente praticável, isto é, não pelo valor do axioma inquestionável, mas pelo advento e crescendo da sua eficácia real. Será caso para dizer que uma certa '*crise da democracia* (vívda agora na *praticabilidade do aprofundamento da transparência* e há muito sentida na *falta de controlo dos poderes* e no falhanço da sua simples divisão, assim como da representatividade organizada dos interesses) aumenta com a eficácia dos institutos que visaram historicamente a sua efectivação? Algo a fazer pensar, mas para os adequar aos tempos, não para começar a pôr em causa instituições de valor permanente e universal, cuja *ratio* não pode estar em causa, apenas os abusos funcionais que delas se faça ou para os ir enquadrando melhor em face da evolução tecnocientífica permanente, que faz com que os mesmos objectivos possam exigir soluções diferentes. *Por isso, tal como há que condenar quem, invocando o medo do terror, queira aterrorizar, também há que condenar quem, invocando o medo do poder da imprensa, a queira calar.*

²¹ Mas, em relação às elites sociais em geral e, sobretudo, à «classe» política, sempre contornado e com divina adivinhação pela televisão ou «bufado» para a imprensa escrita em momentos cirurgicamente inspirados.

registos de mero conhecimento interno, opacos à sociedade e ao governo das magistraturas, que se possa manobrar investigadores e julgadores, levando-os a evitar acusações (seja em «acidentes» de homens de Estado, seja em processos de figuras públicas, remetidos para uma qualquer comarca, onde apodrecem em gavetas esquecidas) ou mesmo para obterem absolvições, mesmo que tenham de compensá-los depois, nesta osmose corruptora de cargos públicos, com postos apetecíveis de nomeação ou de proposição pelo órgão interveniente. Neste aspecto, não sendo aceitável limitar tal ascensão às magistraturas (ilegitimamente castrando em adulto opções profissionais de quem civicamente entendeu partidizar-se na juventude), porque não, pelo menos, impor-se, como princípio, a transparência da sua acção, com o impedimento legal de antigos militantes intervirem em investigações ou julgamentos que impliquem quadros partidários ou políticos em geral, o que só tem sentido com possibilidade de controlo público do processo e portanto a publicitação desta pertença referente a titulares de poderes sancionatórios quando iniciam a suas profissões e já agora porque não a entrega de uma genérica declaração de rendimentos e *interesses passados e actuais*, para controlo de eventuais corrupções ou simplesmente impedir suspeições.

Num mundo em que generalizadamente, embora ineficazmente, já toda a classe de dirigentes portugueses e da UE fazem tais declarações de interesses e evolução de rendimentos, até o Presidente da República, eu, que outrora, na década de oitenta e primeira parte da de noventa - porque em clima de suspeição em que a legislação foi elaborada - fui contra a extensão deste regime aos agentes do ministério público e magistrados judiciais, entendo hoje as coisas de modo diferente. É que já *não se trata de uma instituição pensada ou alterada por se suspeitar de alguém mas para não se suspeitar das instituições*.

Mas, voltando ao terreno do segredo, considero que ele deve ser admitido e enquadrado, mas apenas na *medida estritamente necessária* à realização procedimental da justiça, isto é, em termos que não a possam pôr em causa, mas também deve ser afastado se a contrariar ou em nada a servir. Não um sistema estereotipado de secretização, temporal e faseadamente situada, independentemente de razões substantivas casuísticas, tem sentido²².

²² Mas se a *visibilidade da justiça* é fundamental, o segredo dos processos inconclusos po ter sentido em certas situações. A *questão do segredo judiciário em face da comunicação social* significa que esta quer informar mas o legislador entende criar mundos opacos, num inerente conflito entre instituições de informação e de controlo público e instituições de investigação e de punição clássica. Reconheça-se que o *segredo judiciário* tem subsistido por colher apoios maioritários nas nossas culturas jurídicas, tal como os direitos da comunicação social a informar e o *segredo das fontes jornalísticas* também são incontestáveis, embora nenhum afirmado em termos de valor absoluto. Num Parecer da Procuradoria Geral da República de 1981, afirma-se que «o segredo judicial servindo variados interesses, da realização de *uma justiça isenta e independente, à defesa da presunção de inocência do arguido*, deve ceder se perante ele surgirem interesses processuais superiores». Justificação dual para a sua imposição: interesse da efectivação da justiça real; interesse da não condenação prévia pela opinião pública. Mas será que garante sempre ou não prejudica muitas vezes isso mesmo? Qual o *quadro jurídico* que enquadra estas preocupações e quais os problemas que levanta e suas justificações. Os factos que justificam estas interrogações são conhecidos: Os processos demoram a instruir-se, a terminar. Os investigadores, nos assuntos mais conhecidos pela opinião pública, só abrem processos a partir de eventos e relatos que conhecem pela imprensa e não do seu labor. Os suspeitos, apesar de presumidos inocentes, passam longos períodos na prisão,

Por quê permitir, assim, a gestão política discricionária por parte das instâncias investigadoras²³? É aceitável a ameaça que impende sobre os jornalistas de crime de não revelação de fontes? O segredo de justiça por fases-padrão não é uma normatividade sem conteúdo? Quem zela pelo cumprimento do segredo de justiça por parte dos detentores dos segredos? Os próprios que o podem violar ou usar a imposição de segredo para os perseguidos para a coberto da opacidade imposta alterarem impunemente os factos apurados? O Ministério Público? A Polícia Judiciária? Quando ofendido, devido aos agentes das instâncias oficiais, que controlo cabe aos cidadãos materialmente envolvidos, sujeitos ao mesmo desrespeito ao princípio da interdição de indefesa que

eufemisticamente chamada preventiva quando na maior parte dos casos se vem a concluir que nada previne e só traduz o desejo do aparelho de repressão de punir logo não vá a prova que «não» colheram não permitir punir depois ou vem permitir o funcionamento negligente das máquinas de investigação em situações de eventuais arguidos com capacidade de diversão, como se hoje não se manobrasse bem de dentro das cadeias. Isto é, passam longos períodos prisionais sem terem sido condenados, e às vezes «têm» depois de ser condenados em tempo semelhante ao da prisão preventiva, o que leva à suspeita de simetriação desresponsabilizadora dos agentes incriminadores e do Estado, pelo tempo de prisão sem condenação e à natural censura e descrédito de todo um aparelho judicial. Não vou falar da necessidade do combate à hiperbolização dos mandamentos penais ou à demora das investigações. Limito-me a perguntar se pode aceitar-se que apesar da mortandade dos casos da criminalidade pelo caminho das investigações e do *efeito de funil* até à apreciação dos delitos, de que fala a *sociologia criminal*, mesmo assim não coexiste uma tal expressão numérica de processos-crime que qualquer investigador jornalístico ou detective particular pode bater sempre recordes temporais? A prisão preventiva não traduz de facto em sofrimento e castigo social, o fim da presunção de inocência? Não será que o condenado já paga a “pena” e mesmo que preso por bagatelas aprende os vícios graves, uma vez que não havendo prisões temáticas, elas são grandes escolas de criminalidade geral? E isto não preocupa mais do que o objectivo teórico das proclamações sobre a sua necessidade? A prisão preventiva convive com um para-imperialismo do aparelho legal criminalizador e conseqüente excessividade conatural do trabalho dos investigadores e dos processos e serve assim sobretudo – reconheça-se – às inércias e inépcias institucionais e aos constrangimentos processuais dos investigadores, assoberbados com tanto processo e investigação de tanto crime (que irá acabar por ficar sem condenação, na esmagadora maioria). E já que falamos de prisão preventiva, esta não ataca mais a ideia de inocência que os pretensos julgamentos factuais da imprensa?

²³ A Comunicação Social desempenha também um papel importante em face do poder das polícias, das magistraturas e não apenas dos órgãos de poder político. Não importa discutir, aqui e agora, se a Comunicação Social é o *quarto poder do Estado*, ou se é também (já muito e cada vez mais controlada pelos grandes grupos económicos ou pelos poderes políticos, que fornecem os seus gestores e directores continua ainda em vez e jornalistas de carreira eufemisticamente classificados pela lei de «equiparados a jornalistas»), muito e muito, *um poder dentro do poder e ao serviço dos poderes*, pois, reconhecendo-se tudo isso, ela não deixa de manter-se a cumprir um papel essencial à vida democrática e à sua transparência, pois continua ainda a colocar em causa eficazmente o Poder, ou abatendo-se sobre ele, seja executivo ou legislador, ou *fazendo-o agir, como é frequente nos processos investigatórios e judiciais penais*, não sendo necessário recordar os mais mediáticos, seja nos EUA ou no Brasil ou em Portugal. Ainda recentemente a imprensa «condenou» eleitoralmente o PP espanhol não deixando que a contra-informação oficial do poder instalado funcionasse totalmente. Mas *certas situações recentes* permitem que se possa questionar quem faz o quê; e sempre se possa dizer que aqui nem sempre se percebe bem quando é a Comunicação Social a forçar a entrada nos tribunais para informar ou os investigadores e tribunais a querer mediatizar-se, interferindo nos outros poderes. Há que reconhecer que o investigador penal, fazendo chegar ao jornalista um acto processual, num dado momento escolhido, pode influenciar um partido ou o próprio eleitorado, pelo que a composição subjectiva dos poderes pode depender de uma *gestão política dos processos*, o que só os seus guardiães podem iniquamente fazer. Por isso, tudo o que tem acontecido exige uma reflexão que se situa no âmago do debate sobre o futuro da vivência democrática em Portugal.

vigorara nas notícias ofensivas da presunção de inocência saídas na comunicação social? Quem serve e a quem serve este sistema realmente praticado de segredo de justiça, legalmente não querido mas viabilizado pelas soluções criminalizadoras excessivas²⁴ e inadequadas aos objectivos a salvar?

²⁴ Para que tanta criminalização e tantos processos: o operador primário da selecção e controlo da delinquência é o legislador, a lei, que, num vai-vém permanente, criminaliza, descriminaliza, neocriminaliza o agir desviante. A Deus parecia que à pacificidade social bastaria, alheios à dialéctica da superação e evolução de definições oficiais da realidade, o respeito de dez mandamentos e com isso evitava as críticas a este movimento constante na história das instituições penais, de que falava, em 1873, ADOLFO MERKEL. Já, em 1974, nas jornadas de Direito Comparado de Lausane, em 1975, no V Congresso da ONU para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquentes (Genève), em 1982 nas Terceiras Jornadas da Europa do Sul sobre Políticas Criminais (Aix-en-Provence) ou no Relatório sobre a Descriminalização, do Conselho da Europa de 1980 (Estrasburgo) se patenteava claramente o interesse deste debate que esta década de 70 produziu sobre tema, como o revela a sua recorrência secular. Basta recordar BECCARIA ou FEUERBACH, no século XVIII, STUART MILL, século XIX ou LISZT, BEINDING, MITTERMAIER, há cerca de um século. Esta *hipertrofia fragmentária do criminalmente correcto*, fruto de uma *fisionomia cultural temporalmente situada*, concretiza uma criminologia histórica, quer dizer, relativa, bem explicita nos Relatórios de um CASTAN, SPIERENBURG, ROTH ou BAILEY, apresentados ao VI Congresso do Conselho da Europa, de Novembro de 1983, sobre Investigação Histórica (sobre a criminalidade e a justiça penal) e é fruto, no dizer de COSTA ANDRADE, de uma *visão cosmológica medieval maniqueísta*, de um *teocentrismo exigente de expiação e repressão*. Mas será aceitável este *movimento conjunturalista de tendência materialmente hiperbolizadora da construção do crime* (em que tudo se passa como mais uma folha que cresce e morre na natureza, para reter o *merkeliano* e sugestivo exemplo telúrico-paisagístico, dado em 1873: tudo se passaria como as árvores que constantemente perdem folhas velhas e geram novas folhas), fora do crime transcendente do homem existencialmente preocupado, complexificador da sociedade, permanentemente inseguro, nos seus parâmetros de referência. O crime é criação conjuntural da lei, isto é fora do crime natural, o crime é, não por obra do criminoso, mas do criminalizador. O crime naturalmente seria não o que o legislador impõe, mas o que se impõe ao legislador, ligado à Humanidade como questão de ser ou não ser, à dignidade do Homem, que é, mesmo que não queira ser (a convocar valores permanentes, mas já numa zona de penumbra pela redução à mera individualidade ou a necessidade de discrição não estigmatizante, realidades indisponíveis, com possível solução de não processualização ou de crime sem pena: aborto, incesto público, suicídio, eutanásia, etc.), não permitindo que nestas situações-limite ou fronteira o legislador e as suas ficções de luta fácil contra o imaginário ou o terror se afirme. Fora disso, o crime é realmente e apenas criação conjuntural da lei. Há recentemente programas reflectidos, autónomos de descriminalização. Mas não necessitamos de nenhum *programa autónomo de redução do sistema geral de desqualificação formal das condutas*, só precisamos de uma *atitude cultural de eliminação da crença de que os medos colectivos, quando não apenas os interesses das classes dominantes, se combatem pelas figuras do crime e do cárcere*. LOUK HULSMAN, o maior pensador penal do século XX, defendia a abolição absoluta do sistema penal, substituindo o conceito de crime pelo de *situação-problema* (no seu manifesto *Peines Perdus*, de 1982), e a prisão por controlo social, alheio à *ideia tradicional de sanção criminal e do dialecto penal*, pois o sistema penal em si não é necessário nem bom, produzindo sofrimentos, ampliando desigualdades, *roubando os conflitos aos implicados*. Não é preferível uma solução intermédia contra o dialecto criminalizador e o repousante discurso descriminalizador, pela *abolição significativa do sistema hiperbolizador da penalização dos desvios sociais*? Por que não partir apenas de *mandamentos sociais inquestionáveis*, ligados à dignidade da vida humana em sociedade (pois quanto ao indivíduo, como diz COSTA ANDRADE, porque não há-de ter como primeiro direito o de «escolher ir para o inferno», sem que a sociedade possa sindicá-lo pessoalmente o seu nihilismo com ou sem êxito (e não falo só do suicídio ou da eutanásia). Tanto crime codificado ou extravagante. Um gordo Código Penal em vez de uma simples e indiscutível Tábua de Mandamentos? Quanto ao resto, historicamente situado, impõe-se uma adequada ponderação assente em critérios conjuntos sobre a relatividade e consensualização incontestável dos valores que venham para permanecer, a subsidiariedade da apropriação oficial da superação

dos conflitos, inexistindo outros meios eficazes de reparação-solução, sendo certo que o direito administrativo e o direito civil podem dar, muitas vezes, melhores respostas, sem alienação no conflito da auto-regulação libertadora, desalienante, equilibradora, compensadora, pedagógica, desestigmatizante, fora das soluções autoritárias, simbólicas, traumatizantes, infantis (como o banco dos réus), reduzidas a soluções de excepção, como dizia HULSMAN. Tanto crime, tanto criminoso, tanta ameaça de sanção detentiva e tanto facto penalmente sujeito, a tanta *cifra negra*, resultante do efeito de funil e da *mortalidade dos casos ao longo do sistema formal de controlo*. Quanta ineficácia de um sistema que, por ter mais olhos que barriga, depois nem para o essencial funciona. Quanta delegitimação da lei, dos agentes de investigação e do sistema! Com efeito, quanto crime sem intervenção, porque a previsão legal de penas excessivas leva o juiz não injusto a preferir esquecer os factos, porque os investigadores funcionam segundo um princípio de legalidade excepcional por excesso de processos (ilegalidade por oportunidade). Por quê insistir no *princípio da legalidade* do MP quando a «regra» da oportunidade entra por todos os lados, desde logo pela gaveta da notícia, tempo dos procedimentos, dificuldades ou análise das provas, perda dos casos no funil da perseguição ou na morgue dos casos penais, com o alargamento factual das margens oficiais de tolerância a traduzirem uma renúncia ao controlo penal sem alternativa, sem expiatório, sem curativo, sem compensatório, quantas vezes em cinismo das instâncias ou das consciências, o que nem sequer permite a transformação do ambiente simbólico que poderia permitir a descriminalização ou pelo menos a despenalização rápida. Quase todos os dez mandamentos aguentaram a história porque não criaram hipertrofia de pecados capitais, banalizadora da Tábua pelo exagero das imposições e simulação de dispendiosos e ineficazes aparelhos de controlo oficial. E que dizer do sistema penal como factor criminogéneo, o que leva o debate para além das questões da sua legitimidade e necessidade, sendo certo que o sistema penal só se justifica se não houver alternativas mais eficazes e menos disfuncionais socialmente, sendo certo que na relação custo-benefício, designadamente no plano da prisão preventiva, o sistema criminal perde em grande parte das situações. Sabemos que há sistemas alternativos perigosos, mas não falamos de um Estado terapêutico, autocrático e sem controlo judicial real. Falamos, designadamente de conciliação sem estigma. A dignidade penal, com os seus princípios da imanência social e do consenso, a carência da tutela penal não pode viver de aspirações ideológico-moralistas, como já dizia São Tomás de Aquino, devendo reduzir-se, essencialmente, núcleo irreduzível mas também pouco elástico, aos desvios ligados à vida dos Direitos Humanos, embora neste conceito evolutivo não possam deixar de caber atentados difusos, como, vg, os ambientais. A dignidade penal, como aferidora da legitimidade negativa, no dizer de HASSEMER, exige lesão de bens que sejam imprescindíveis à subsistência do indivíduo e da comunidade, mas a legitimidade positiva implica um mais: a carência da tutela penal como único meio eficaz para defender a ordem comunitária, dentro de um princípio da subsidiariedade das reacções. A inversão de valores é tanta que as instâncias de controlo, v.g., para punirem um pobre toxicodpendente até se permitem agressões aos direitos fundamentais como condição da proceduralização da punição, para já não falar nos agentes infiltrados, que podem ser, tantas vezes, provocadores do acto ou indutores da prova. Quem desconhece que a crise do sistema penal é muitas vezes fruto da crise penalizadora das representações sociais em que ele assentou tradicionalmente? O Direito Penal é apenas um sistema de controlo, o mais fácil para o poder político (atira para outros órgãos de soberania a solução das situações-problemas, que a sociedade devia resolver, em vez de alienar, com a ideia de castigos tranquilizantes da sua segurança). É um e o mais caro, gravoso, ineficaz, viciante e estigmatizador. Portanto, com maior efeito multiplicador da criminalidade. Arrecada temporariamente a maldade oficial deixando intacta a causa, a factoriedade carencial, cultural, relacional do mal. Como já BECCARIA, o maior protocietista da criminologia, dizia: a prevenção geral não depende da representação prévia da dor-pagamento, abstractamente prevista, mas da representação da probabilidade da ameaça punitiva vir a ter alto grau de aplicação efectiva e imediata, como dor seguida no processo de acção desviante. E é isso que acontece? Nunca há crime e castigo mas, eventualmente, um dia, talvez um castigo, o que não é suficientemente preventivo. Só não haverá mais crimes porque os bloqueamentos culturais e sociais são mais preventivos. E que dizer, em face de tanta criminalização e, por vezes, penalização excessiva do mimetismo do controlo oficial em relação à tolerância do sentir colectivo. Não é corrupção, é actualização despenalizadora do criminalizado problemático. E que dizer de um sistema social, cujos meios humanos e financeiros estão essencialmente virados para a repressão, quase nada para a correcção e reinserção, e, preocupação com a

Quanto à questão da *liberdade de informação e segredo de justiça*, dizia-se num congresso sobre o tema realizado em Avignon, há alguns anos, que a regra fundamental é a de que deve haver tanto segredo quanto for necessário e tanta liberdade de informação quanto possível. E LABORINHO LÚCIO, em 1992, então Ministro da Justiça, num colóquio parlamentar sobre o tema, acrescentava que a *solução de compromisso* deve passar pela «possibilidade informativa sobre o desenvolvimento ou o desenrolar do processo». Eu creio que para ajuizar sobre o *regime do segredo de justiça* importa saber se ele serve realmente os valores que o legislador é tido por tutelar, para vermos se em coerência ele se justifica ou pelo menos, se justifica como está concebido²⁵? E isto significa que nem sempre os segredos são bom

vitima quem devia ser dado um maior papel no domínio do processo penalizador: o processo não pode pretender-se mais eficaz para uma solução que satisfaça a consciência punitiva da sociedade ou os interesses abstractos da sociedade punitiva, do que como ameaça para uma solução que não pode ser alheia aos interesses da vitima. A soberania e a segurança da sociedade, hoje tantas vezes mercadoria e privilégio, não se ganham na afirmação do poder punitivo, mas na organização pacífica da convivência social. Para o poder punitivo basta um carrasco, para a organização pacífica da convivência exige-se obra colectiva da comunidade. Não vou referir-me especificamente ao Ministério Público mas sempre diria que o afirmado princípio da legalidade sempre escapou, disfarçada mas insuperavelmente de modo profissionalmente «impune», na afirmação da capacidade relativa da investigação e numa ideia de oportunidade assente na leitura da existência ou do valor das provas. Por isso, mais valia um princípio de legalidade, conjugado com uma certa oportunidade (assumida, legalizada, saída assim da clandestinidade dos ocultamentos insindicáveis) da não processualização, embora controlada por instâncias oficiais e, sobretudo, pelas vítimas, desde logo em domínios de disponibilidade individual de direitos e bens, seguindo apenas e automaticamente o processo, sem necessidade de patrocínios judiciais, se a vítima manifestasse essa vontade. E o sistema civil, sem permitir a vindicta privada, pode levar a uma justiça comunitária, com entrega, organizadamente, do conflito aos interessados, sem alienação do sistema público de controlo, mas mais vigilante que actor.

²⁵ O n.º 1 do artigo 86.º do Código do processo Penal impõe o segredo de justiça, desde o início do processo até à decisão instrutória ou ao momento em que esta podia ser requerida, a menos que apenas o arguido a requeira e ele se opuser à publicidade. Em geral, a publicidade que se segue não abrange os dados relativos à *reserva de vida privada* que não constituam meios de prova (n.º3), porque é como se não estivessem no processo, podendo mesmo ser destruídos ou entregues à pessoa a quem digam respeito. Os actos processuais posteriores são públicos, como as audiências (n.º1 do artigo 87.º do CPP), embora possa ser afastada a assistência das pessoas em geral por apreciação casuística do juiz. Os actos processuais envolvendo ofendidos por crime sexual a menores de dezasseis anos são sempre secretos (n.º3 do artigo 87 do CPP). Quanto aos meios de *Comunicação Social*, rege o artigo 88.º do CPP, que permite a «crónica judiciária» (narração circunstanciada do teor de actos processuais fora da fase do segredo ou em momento em que o público em geral possa assistir: n.º1 do artº88.º do CPP), embora com limitações, não de informação, mas, a menos que seja concedida autorização para tal, da *reprodução de peças processuais ou de documentos do processo* até à sentença da primeira instância (alínea a do n.º 2 do artigo 88.º) ou da *transmissão de imagens ou de som* (a menos que a pessoa envolvida de oponha: alínea b do n.º2 do art.º 88.º). Em face do articulado legal, e pela sua exegese, deve considerar-se que das razões aduzidas no Parecer da Procuradoria-geral da República, inicialmente citado, nas interdições declaradas pela lei como regra, *em causa não estão preocupações com a vida privada, o bom nome, em geral os direitos de personalidade constitucionalizados*, que aparecem acauteláveis caso a caso, em qualquer fase do processo e, por vezes, pelo próprio. E *nem a presunção de inocência* aparece a dar relevo ao instituto do segredo de justiça, pois este segredo é imposto indiscriminadamente, genericamente, *de plano*, na fase inicial: a publicidade, sob pena de nulidade do processo, brota com a simples acusação, ou seja, antes do julgamento e não após sentença firme. Se o segredo defendesse a presunção de inocência, só terminando esta com a condenação em julgamento, e não com a acusação, ele manter-se-ia sempre em todo o decurso do processo? Com a acusação, deixa então de haver presunção de

instrumento da investigação no seu desencadear minimamente consistente e obtenção de provas, sendo certo que ele só não estaria guardado contra os seus guardadores. Temos um regime em que o *Segredo sem segredos* fica guardado e os segredos do Segredo são instrumentalizados. E é isso que preocupa. Mas tal nada tem que ver com a Comunicação Social e só com os guardiães do suposto Segredo. Por quê este regime anacrónico em vez de um defensável *critério material, instrumental*, de acordo com os interesses e direitos em conflito nos actos processuais, sem *fases-padrão* e não o *critério formal*, cego, com faseamento processual rígido, alheio aos interesses ligados à sua *ratio legis*?

Então, importa perguntar porque não *inverter a regra do segredo* em todas as fases? Por quê argumentar com a afirmação de uma *capitus diminutio* intelectual de que os agentes de investigação ou os juizes não estão preparados para não se deixarem influenciar com a Comunicação Social? Numa Europa sem «prosecutor» ou investigadores eleitos, nem «*plea bargaining*» americanos²⁶, eles não são independentes das pressões do eleitorados, da opinião pública, podendo e sabendo resistir à informação que corre extra-instâncias oficiais, apenas efectivando recolhas e fazendo as triagens aceleradoras da investigação que considerem adequadas discricionariamente ou mesmo arbitrariamente? Como dizia o juiz SÉRGIO BETÍCIO, do Conselho Superior de Magistratura italiana, este argumento da pressão, da influência incontornável maléfica sobre os juizes não colhe, pois o juiz não se deixa instrumentalizar por fins estranhos à Administração da justiça.

inocência? Tal como o segredo está regulado, com a acusação, deixamos de ter presunção de inocência e passamos, num novo e estranho conceito, atentatório dos direitos fundamentais, a ter *presunção de culpa*, dado que então já não se impõe em geral o segredo de justiça? Tudo visto, há que considerar que o *critério do segredo*, imposto por lei, nas fases referidas, visaria quando muito tutelar a qualidade da investigação, embora de facto normalmente, à custa dos cidadãos mesmo que inocentes, da ineficácia e de atrasos do aparelho investigador (sobrecarregado com excessos de processos e gente a menos). Na construção da lei portuguesa, esse é o único bem ou mal realmente protegido pela regra do segredo, que é um mero instrumento de espera para o labor da prova, tal como essencialmente a prisão preventiva, ou seja, estamos perante configurações de interesse ou desinteresse estritamente público. Não se pode condenar a imprensa pela informação anterior ao inquérito (o segredo vive no processo e dele, não antes ou ao lado dele, pelo que a informação pode servir para o processo e assim levar a posterior segredo, lá onde nem sequer haveria processo sem a imprensa e a investigação pré-oficial que a motivou). Mas pode condenar-se a informação que retira o monopólio do saber aos agentes de investigação, permitindo que estes não corram atrás da realidade (como faz a comunicação social, para poder noticiar), e possam aguardar que a realidade vá atrás deles? E o recurso «sistemático» à prisão preventiva não tem sido o interruptor «para-descrionário» para as instâncias oficiais encontrarem a «sua» luz, não passando o segredo da escuridão que funciona essencialmente como a *prisão preventiva da liberdade de imprensa*? E onde é que, em geral, o segredo melhora a qualidade da investigação, quando a Comunicação Social investiga mais rápida e mais profundamente, mesmo «sem» os meios financeiros dos contribuintes e sem poderes de autoridade policial ou judicial? Quantas vezes, não é a investigação jornalística que, não tendo sido aberto inquérito pelas instâncias oficiais de controlo, por dificuldades investigatórias ou «esquecimentos» (caso de ofensas ao Presidente da República, em carta anónima, só mandadas investigar muito tempo depois do devido, por pressão da Comunicação Social e dos meios políticos e jurídicos, exteriores à PGR), que obriga a abrir os processos? Felizmente, porque ainda não há segredo sem processos, sem o início dos processos! Quantas vezes, a investigação jornalística não acelera ou melhora a investigação, levando a investigação oficial a ir atrás dela? E não pode ajudar a descobrir paradeiros, capturar criminosos, libertar vitimas em perigo, etc.?

²⁶ DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa – *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2.^a reimpressão, Coimbra Editora, 1997, p.487 e ss.

E a comunicação social «julga» antes do julgamento? Mas a lei permite-lhe que continue sempre a julgar ainda antes dos julgamentos após a simples acusação, sendo certo que os julgamentos, decorrido tanto tempo depois da acusação, até passam despercebidos, da imprensa e do grande público sem que ninguém até hoje se tenha verdadeiramente importado com os silêncios ou a discricção generalizada da informação social no momento do veredicto, muitas vezes ilibatório ou relativizador da acusação. E aqui é que haveria que regular cuidadosamente, diferentemente, a notícia correctora: parangonas de primeira página e repetidas na notícias sobre as suspeitas e algumas linhas no interior sobre a absolvição.

Mas e porque esquecer que a Comunicação Social também propõe que os tribunais julguem. O *direito a informar* não exerce também uma *função de controlo social* da própria Administração da justiça? Ele é uma função social a considerar como regra, mesmo no âmbito da investigação nos domínios da ordem pública e do fenómeno criminal desde que implique a obrigação do proporcionar um contraditório sério, a exercer pelos agentes de defesa, enquadrado em termos mais eficazes do que o do *regime do direito geral de resposta ou de correcção, que não está redigido em termos adequados à matéria processual judicial*.

O critério só pode ser o da *publicidade sempre como regra*, porque o segredo, mesmo que funcionasse -e não funciona onde por ser mais difícil mantê-lo mais necessário era garanti-lo, gera mais desvantagens do que vantagens. Também a Administração da justiça deve ser conhecida, transparente, exigindo pois um direito à informação sobre a própria Administração da justiça.

Defendo um *segredo de investigação policial e judicial* traduzido na discricção dos agentes da investigação com eventuais infracções administrativas disciplinares, mas não na perseguição criminal dos agentes da Comunicação Social. Não um segredo (com distinções pouco eficazes, de conhecimento apenas interno, dos agentes), nas fases de inquérito (em que melhor seria, instalando uma *lógica de duplo processo*, este ficar por simples processo administrativo, a que nem o tribunal deveria ter acesso, evitando não só a difusão do seu conteúdo na opinião pública em qualquer momento procedimental e processual, como *técnicas policiais ilegais de influência sobre o poder judicante* (muito mais eficazes do que as crónicas da imprensa), em situações em que se prevê que este não venha a ter ou a aceitar provas; ou de conhecimento externo mas restrito aos agentes de defesa, na fase de instrução). Mas um segredo não ligado aos momentos ou a fases processuais, indiscriminadamente declarado, incondicionalmente *ex lege*, em todo e qualquer processo e assunto, mas tendo presente os riscos objectivos, ponderados caso a caso, limitado designadamente pelo *princípio da interdição do excesso*, segundo a *clássica tríade de juízos de idoneidade, necessidade efectiva da protecção da investigação e proporcionalidade*, em face dos fins da investigação e dos riscos da informação²⁷.

²⁷ Diga-se, aliás, que nas situações em que o segredo tem sido uma solução excessiva, não necessária - e mesmo que idóneo pode não ser necessário - ferindo o princípio da proporcionalidade, não pode deixar de se entender que estamos perante uma agressão ao n.º2 do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. E isto apesar do que dissesse a Constituição, dado o *princípio do primado do direito internacional dos Direitos do Homem* (independentemente de se considerar que esta os recebe pela via do n.º 1 ou do n.º 2 do artigo

Mas enquanto o segredo é o que é, independentemente de qualquer regime aplicável no futuro, como ver a gestão do segredo de justiça reiteradamente desrespeitado pelos seus guardiãs? Podem a PGR e a PJ continuar neste caminho? Pode aceitar-se, no caso recente, que o Director da Polícia Judiciária caia e o PGR se mantenha quando se sabe quem prevaricou? Pode aceitar-se que não se saiba quem transgrediu nem quem favoreceu ou permitiu a sua transgressão? E, de qualquer modo, nem se responsabilize funcionalmente o responsável máximo da organização transgressora? E nada se faça, orgânica e funcionalmente, para corrigir o sistema que tal permite?

Defendi em tempo e mantenho reforçadamente que só se sai deste lodaçal com uma normaçoão de flexibilizaçoão da substituiçoão dos PGR e, em situaçoões como a que vem ocorrendo ultimamente, a criaçoão pelo Parlamento de uma Comissáo independente de Inquérito, a integrar por figuras de alto relevo moral não ligadas no momento a cargos públicos, que sem dependência de nenhum órgão e com total liberdade de movimentos e de interrogatório e de consulta de processos elaborasse um relatório construtivo que liberte estas entidades do peso de serem cada vez mais um Estado e um Estado não democratizado, opaco, sem lei nem roca, dentro do estado português²⁸.

Falar de meios de controlo não pode ser só falar de controlos estaduais dependentes dos membros dos governos ou dos grupos parlamentares, controlados pelos partidos, em cujos resultados pré-fabricados já ninguém acredita. Há que caminhar mais no sentido de exigência de *entidades de natureza independente* (Entidades Públicas Independentes), sobretudo em procedimentos de reapreciaçoão de actividade administrativas contestadas ou

8.º, ou mesmo que, ante a sua natureza transcendente à positividade nacional, não existisse artigo algum), sendo certo que, de qualquer maneira, ele está constitucionalmente admitido mas não imposto nem regulado aí. Como refere EDUARDO ESPÍN TEMPLADO, jurista do Tribunal Constitucional espanhol, a propósito da STC 13/85, a lei não respeita este princípio constitucional, atentando assim contra o direito à informação. Por isso, acrescenta este autor que deve ser o tribunal, casuisticamente, a decidir, considerando que, *praeter legem*, é isso que na prática ocorre, ou porque o segredo não é respeitado, ou porque o tribunal dá informação sobre certos actos judiciais de modo mais ou menos oficioso, ou porque não se sancionam as violações pelas partes e pessoas ligadas ao processo. Mas, então, esta constataçoão não mostra que algo está legalmente errado? E estas práticas informativas contra o regime estabelecido do segredo não revelam *portas de arbitrariedade* e espaços de gestão com possíveis fins alheios à *lógica do segredo-informação*? Não é precisamente isto que tem criado a polémica e exige que se elimine a *clandestinidade da ponderaçoão destas «razõezinhas de Estado»*, que, porque desreguladas no hábito continuado da prática do incumprimento impune, podem funcionar precisamente contra os interesses do processo penal e do Estado? Por quê a criminalizaçoão da difusão de informaçoões tanto em processos de homicídio ou de colarinho branco, como em processos de trânsito ou de furto-uso de bicicleta; ou por meras infraçoões contra-ordenacionais ou em processos de averiguaçoões e inquérito pré-disciplinar? Como justificar segredos informativos onde estes não se imponham, por não servirem nenhum escopo instrumental, por os factos se considerarem investigados, se tratar de *factos-evidência*, de provas já recolhidas ou de provas periciais com dados guardados, isto é, em geral, situaçoões sem riscos para a investigaçoão ou danos previsíveis para qualquer direito individual ou para a independência do tribunal? Quanto *segredo sobre o segredo* não é uma muralha sem nada dentro. Só é defensável um *critério material, instrumental*, de acordo com os interesses e direitos em conflito nos actos processuais, sem *fases-padrão* e não o *critério formal*, cego, com faseamento processual rígido, alheio aos interesses desligados à sua *ratio legis*, como o actualmente existente.

²⁸ O Movimento de Intervenção Radical tomou posição pública sobre o tema no início do ano.

debaixo de polémica e suspeição, como é o caso da polémica à volta do comportamento das magistraturas no caso da gestão (pública e política) do segredo de investigação criminal ou de justiça. A ideia da criação de autoridades públicas independentes tem vingado a uma grande velocidade, na Europa, mesmo em países sem tradições neste tipo de organismos, como acontece com Portugal. Nalguns países este fenómeno começou mesmo por implicar problemas constitucionais, aliás só resolvidos pelo consenso do silêncio em face da utilidade e eficácia destas fórmulas de controlo da Administração Pública, normalmente apadrinhadas, por princípio, pelos Parlamentos. Em Portugal é a própria Constituição que as prevê expressamente. O seu êxito inscreve-se numa lógica de administração independente da direcção da administração, num contexto global de recurso quer aos juristas, designadamente juizes ou antigos juizes do governo, quer de sábios ou seja de pessoas sabedoras em diferentes áreas, numa época em que quer a credibilidade quer os métodos de actuação tradicionais do Estado são postos em causa. Elas traduzem uma resposta diferente a exigências dos novos e complexos tempos. Esta resposta não deixa de ser a prova da insuficiência das estruturas que tradicionalmente vinham respondendo aos problemas da sociedade. Intervindo em domínios diversificados, têm de comum a sua inserção em sectores de actividade sensíveis que mexem com as liberdades dos cidadãos. E daí a repercussão de receptividade da sua independência em relação à Administração formal, no plano da sua composição e em relação aos governos, no plano do seu funcionamento²⁹. Os mecanismos legais e estatutários devem garantir-lhes a independência em relação ao governo, aos partidos políticos e aos grupos de pressão. É assim que, num estudo de 1983 do Conselho de Estado francês sobre o futuro das autoridades administrativas independentes, se aponta a criação destas entidades quando estejam em causa objectivos que visem «assegurar o jogo regular dos mecanismos democráticos, controlar o financiamento dos partidos políticos ou apreciar os méritos e aptidões das entidades colocadas sobre a tutela governamental». Ou seja, domínios em que a complexificação da vida social, devido à aceleração dos progressos técnicos, juntamente com o contínuo crescimento nos últimos tempos do poder administrativo, devido à intervenção da Administração em todos os domínios da vida social, e com o reforço dos poderes económico, científico e mediático e de opacidades teledirigidas dos partidos, em face do poder político e administrativo, implica novos controlos e transparências na defesa das liberdades individuais e de um real Estado de Direito democrático. Estas entidades são dotadas de funções, cumpridas com grande flexibilidade, e cuja eficácia resulta da multiplicidade dos métodos de actuação de que dispõem. Nas diferentes autoridades independentes dos poderes tradicionais, e que por isso admitem na sua composição a participação de pessoas indicadas pelos vários órgãos de soberania, desde que haja a garantia estatutária de que uma vez empossados

²⁹ Elas, devido à sua autonomia, são sobretudo importantes em domínios sensíveis à intervenção política em que está em causa a garantia da protecção das liberdades dos cidadãos, indo desde o controlo das sociedades privadas de televisão (BBC) até a tarefas de repartição de verbas entre as universidades, promoção de actividades culturais, acção cultural no estrangeiro.

podem agir sem sujeição a ordens nem a ordens de ninguém³⁰. Elas, ao neutralizarem a lógica da separação de poderes, ficando «acima» de todos que tenham base partidária, desempenham uma *função sociológica de regulação*, conceito que se insere numa *visão sistémica da sociedade e das suas relações com o Estado*, em que o valor do respeito pela lei a que estas entidades também estão obrigadas, se concilia com a procura de soluções que se estabilizam em tipos de equilíbrio que satisfaçam simultaneamente, em termos dialogados ou casuisticamente verificados, o exercício dos direitos de uns e o cumprimento das obrigações de outros. A sua *ideia-força* relaciona-se com a sua independência em relação ao poder executivo-administrativo e mesmo parlamentar, suspeitos de propensões liberticidas ou talvez mais, de partidarismo, «sectarismo» ou corporativismo, o que exige através da recorrência semântica ao termo independência e ao próprio estatuto do órgão e das pessoas, que apreciam as reclamações, na procura de novos modos de compor os conflitos com a Administração e de conseguir uma nova legitimidade, refrescada, para o próprio Estado. A sua existência e proliferação parte da ideia de que o Estado não tem de ser concebido através de um modelo orgânico em que o desenvolvimento de actividades administrativas é determinantemente efectivado por um corpo administrativo de tipo hierarquizado e centralizado. A generalizada proliferação actual destas organizações resulta de uma *crise profunda do Estado e do seu modelo jus-administrativo tradicional*, levando à procura de *novas formas de administração*, através de técnicas de consulta e participação. Estas comissões impõem-se sobretudo ao nível da aplicação dos direitos sensíveis³¹. Elas não estão sujeitas a ordens ou instruções, não pedem autorizações e as suas decisões não dependem de aprovações. A sua independência garante ao cidadão uma actividade administrativa exercida com neutralidade, um tratamento de igualdade e objectividade, retirando ao poder público a suspeita de arbitrariedade ou parcialidade, sem deixar de assegurar uma efectiva intervenção nos sectores em que actuam. Têm um mandato determinado, não revogável, estão sujeitos a inelegibilidades e incompatibilidades e são, em princípio, oriundos da alta função pública e de entre personalidades reformadas ou em fim de carreira, o que é pressuposto ajudar a melhor resistir a todo o tipo de pressões, por se considerar que nesta fase as ambições pessoais de tipo político e administrativo decrescem enormemente. A sua independência deriva essencialmente de regras de ordem orgânica e funcional. As características e as garantias da sua independência resultam do enquadramento legal específico e medem-se, no plano orgânico, pelo modo como são compostas, modo de designação, regras relativas ao mandato, designadamente, sobre a sua duração e condições de revogação, da maior ou menos extensão do regime de incompatibilidades e de imunidades e, no plano funcional, quer da ausência de qualquer poder hierárquico quer da autonomia de organização e funcionamento. E como a independência exclui a subordinação, não estão sujeitos a qualquer poder hierárquico, designadamente, o seu principal componente que é o poder de instrução.

³⁰ Na verdade, o governo não exerce em relação a elas quaisquer poderes, nem de direcção, nem de superintendência nem de controlo concretizável através do regime de tutela.

³¹ Nas experiências dos diferentes países, as entidades independentes cobrem um vasto campo de acção do Estado, podendo mesmo entrar em domínios de tutela das entidades de direcção da Administração pública.

Para concluir, consideramos que se está perante uma *fórmula de Administração* ou de ajuda à *composição pré-contenciosa ou apolítica de conflitos*, que são criadas em termos casuísticos, sem obedecer a uma política de conjunto sobre o seu papel e os seus poderes dentro da organização futura dos Estados, que deve ocorrer sobretudo nos domínios sensíveis de aplicação de leis sobre liberdades individuais, pelo que continuarão a impor-se, o que pode significar uma *desejável reorientação dos modelos administrativos e do estilo de Administração, menos opaca, menos corporativa, menos partidarizada, mais participada, menos bloqueada às reformas.*

De qualquer modo, criadas pelo poder constitucionalmente instituído, mas independentes dos poderes tradicionais existentes, comungando destes em muitas das suas funções no plano normativo, da aplicação da lei e executivo, quase como um outro poder do Estado institucionalizado nos tempos modernos, para evitar as parcialidades e ineficiências previsíveis ou evitar as suspeições e, assim ajudar, a relegitimar os outros poderes.

Esta solução tem sido acolhida por várias figuras públicas e académicas, designadamente dos Professores EURICO DE FIGUEIREDO e JOSÉ ADELINO MALTEZ, tal como CARLOS ANTUNES, a professora ISABEL DO CARMO e, mais recentemente, também foi defendido pelo Professor ANTÓNIO BARRETO, tendo aqueles, em documento divulgado este ano, referido que a PGR e o MP têm protagonizado um dos aspectos mais graves de infuncionalidade do Estado e embora este sejam apenas um dos fenómenos reveladores da crise do sistema que vivemos, tal assume uma tal importância, por mexer com o sistema de justiça e dos direitos fundamentais, com suspeição sobre o funcionamento do Ministério Público, sobre o exercício dos poderes das instâncias oficiais de controlo social e, em termos mais amplos, sobre a problemática do sistema penal, em que tem sobressaído o debate sobre o segredo de justiça e a sua violação seleccionada pelos seus guardiães, que se impõe uma investigação imparcial, não corporativa nem político-partidária, o que só uma Entidade Pública Independente pode conduzir com sucesso em ordem à devida formulação de adequadas recomendações reformistas.

Tudo visto, ao fim destes trinta anos de experiência e aprendizagem democrática, porque não repensar o sistema? por uma sociedade com menos *défices de legitimidades e suspeições que perpassam quase todos os poderes*, desde o parlamentar-governativo ao judicial, da classe política por falta de *democraticidade interna dos partidos* de que ela brota.

Urge um sistema eleitoral mais adequado a garantir uma legitimidade originária e representatividade funcional. Não assente unicamente em listas regionais partidárias fechadas, em que o eleitorado se limita a votar nos candidatos já previamente escolhidos e ordenados de modo imodificável, fenómeno que na UE só ocorre em Portugal e Espanha. Como dizia LUÍS NUNES DE ALMEIDA, em Seminário Internacional realizado em Lisboa em 1998, sobre o Direito dos Eleitores, a «lista partidária bloqueada não confere ao eleitor a mínima capacidade de intervenção na escolha dos concretos deputados que devem ser eleitos». Com efeito, afastados do eleitorado no quotidiano, sem liberdade de intervenção individual, desempenham atrofiadamente os seus papéis constitucionais com desprestígio político

generalizado da «classe» política e do Parlamento e com bloqueamento total da fiscalização popular indirecta dos actos dos poderes e desresponsabilização política dos governantes.

A crise insuperável da representatividade no sistema vigente de democracia indirecta e as insuficiências na realização do Estado de direito, pelo que urge a criação de uma dinâmica impositiva de um debate alargado que permita uma *reforma consensual do actual sistema político*. Mas debate que, para ter êxito, tem de partir e processar-se numa primeira fase fora do sistema seu destinatário: o sistema partidário, que se apropriou de todo o processo de alteração política e que, de facto, vivendo aculturado ao sistema, não tem mostrado real vontade de o aperfeiçoar.

É o momento de ir lançando pedras consensuais da sua reconstrução paulatina, norteada pela ideia de aprofundamento democratizador, visando uma maior:

- *democratização das soluções governativas* no plano pessoal e programático;
- *democratização dos partidos*, na sua organização interna e funcionamento quotidiano;
- *democratização do Parlamento*, em termos originários e funcionais, com repersonalização da função parlamentar;
- *democratização descorporativizadora das instituições de poder e contra-poder essenciais à lógica do sistema democrático*, com o fim da osmose corruptora dos sistemas sociais, sejam os dependentes da Administração Pública (mundo empresarial) ou funcionando como anti-poderes (comunicação social, com criação de condições para a refundação da sua missão *democratizadora e fiscalizadora dos poderes*) e com instauração de um sistema geral de transparência no funcionamento de todos os seus órgãos, com o *controlo directo pelos cidadãos ou por instituições independentes dos poderes públicos*.

Dado o falhanço da responsabilização política, objectiva, por actos da Administração Pública e da fiscalização parlamentar e das sistematicamente parciais Comissões de Inquérito Parlamentares, sem qualquer credibilidade para averiguar eficazmente e propor reformas, impõe-se o fim da inércia comprometedora ou a instalação das habituais soluções governamentais-parlamentares branqueadoras e a previsão, em todas as situações e matérias sensíveis ou de perturbação corporativa ou forte suspeição social, de *Entidades Públicas Independentes* de órgãos de Poder, só sindicáveis pelo Poder Judicial (formadas com figuras de grande prestígio e inquestionável reputação moral, com um estatuto parajudicial e irrevocabilidade dos mandatos no período legal de funções).

Muitos considerarão que a democracia ficou ganha há já trinta anos. Talvez que agora o que há a fazer não pareça urgente: trata-se de aperfeiçoar o seu funcionamento. Infelizmente, a determinação para reformar às vezes é mais difícil do que a coragem para revolucionar. Será que este Congresso pode lançar desafios colectivos para voltarmos a levantar cravos de mudança?