

Fundamentos para uma justiça democrática¹

Paulo Ferreira da Cunha²

Resumo: Os ecos populistas que proliferam no espaço público podem fazer confundir alguns sobre o sentido de uma justiça democrática. Mas não é democrática uma justiça demagógica. Aqui se desenvolvem alguns aspetos daquela, nomeadamente o seu carácter não sectário, constitucional, independente e da importância da educação para a Justiça.

Palavras Chave: Justiça democrática, Independência do poder Judicial, Educação Jurídica, Constitucionalidade da Justiça.

Abstract: The populist echoes that proliferate in the public space may confuse some about the sense of democratic justice. But demagogical justice is not democratic. Here some aspects of democratic justice are developed, namely its non-sectarian, constitutional, independent character and the importance of education for Justice.

Keywords: Democratic justice, Independence of the Judiciary, Legal Education, Constitutionality of Justice.

Le droit démocratique permet (...) la cohabitation pacifique, c'est-à-dire qu'il permet aux ennemis les plus farouches de vivre ensemble, sans se détruire. Libérant la parole, il enferme les armes de la violence et de l'anarchie qui sont les meilleurs voix pour installer la tyrannie.

Yadh Ben Achour³

I. Justiça Democrática como Justiça Justa

Justiça democrática⁴ é conceito complexo, ainda não muito usado entre nós, nem com um sentido claramente preciso no idioleto jurídico-político dominante. Pelo que pode ser expressão a evocar sentidos muito diversos ainda... Importa falar desta expressão, antes que venha a ser apropriada *pro domo* por quem nada tenha a ver com o que designa, realmente. Vivemos hoje um momento de guerras de palavras. O

¹ O presente artigo inspira-se e por vezes segue de perto pequenos artigos oferecidos à imprensa periódica, devidamente repensados, refundidos, e aumentados, designadamente a “As Artes entre as Letras” e “Público”, a cujos diretores se agradece. Este texto, que a seu tempo terá inclusão em livro de ensaios nossos, terá entretanto publicação sob esta forma de artigo pelo menos em Portugal e no Brasil.

² Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (tendo suspenso funções para o exercício da magistratura judicial).

³ Cf. Yadh Ben Achour, *Au service du droit démocratique et du droit constitutionnel international. Une Cour constitutionnelle internationale*, “Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger”, Paris, LGDJ, n.º 2, 2014, pp. 419-443. E hoje em Idem / Paulo Ferreira da Cunha, *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, Oeiras, A Causa das Regras, 2017, p. 21.

⁴ Yadh Ben Achour, in Idem / Paulo Ferreira da Cunha, *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, Oeiras, A Causa das Regras, 2017, máx. p. 14 ss..

problema do Acordo ortográfico da Língua Portuguesa, embora obviamente importante, é um “tigre de papel” comparado com as logomaquias que eclodem, aqui e ali...

A verdade é que a Justiça democrática coloca vários problemas, até deontológicos. Para alguns, a Justiça deveria ser etérea (ou inócua), pairando sobre as questões políticas, como democracia ou não democracia. Há muito erro e alguma razão nesta perspectiva.

Por um lado, nenhuma Justiça é imune às influências sociais e políticas, e tanto pode estar ao serviço de um estado de coisas constitucional, pluralista, com liberdade, um Estado de direito democrático, como, pelo contrário, ser um instrumento ao serviço de totalitarismo, autoritarismo, ditadura. Nesse sentido, os que acreditam, ou nos querem fazer acreditar, numa Justiça “pura”, estão errados. Não há Justiça pura. Há (simplificando) sempre uma Justiça para um Estado de Direito democrático, ou, alternativamente, uma “Justiça” contra ele. Esta não será vera Justiça.

Por outro lado, é verdade que a relação entre Direito e Estado deve ser tranquila (com a ajuda dos freios e contrapesos da separação dos poderes) e a inserção da juridicidade no quadro de uma democracia deve ser normal – quase como se fora evidente e necessária. Porém, esta habitualidade do casamento entre Direito e poder político organizado está-se a quebrar, com inauditas violações, mesmo em países onde tal se acreditava impossível, e com o agigantamento (ajudado por comunicação social e redes sociais) de forças votadas à destruição do legado de 1789 (ainda que “liberais” se possam dizer). Tais focos de instabilidade, ataques à Democracia e à Justiça, abalam a tranquilidade jusdemocrática.

Não foram essas anomalias, seria defensável, *hoc sensu*, alguma despolitização do Direito, na medida em que ele seria o espelho de situação estavelmente democrática. E não se trataria apenas de democracia formal, política só, mas também social, cultural, económica, ecológica, etc. Nesse contexto, pode pensar-se num direito “não ideológico”, porque já embebido em caldo de cultura ideologicamente “consensual” – em democracias representativas, pluralistas, estados sociais. Infelizmente, tem-se regredido, pelo mundo, relativamente a essa estabilidade democrática, e quando o Direito, simplesmente, afirma coisas que deveriam ser banais, como dignidade, igualdade perante a lei (e mais que isso), separação dos poderes, ou direitos fundamentais e humanos – logo se levantam fantasmas reencarnados a ironizar, criticar, e até já a vilipendiar, desde logo arguindo que se trata de “ideologia”, que pintam com cores infernais.

Na medida em que estamos confrontados com essa *descoberta da ideologia*, temos que responder que a ausência de opção pela liberdade, dignidade, fraternidade, etc., é obviamente ideológica. Não se foge à omnipresença da ideologia.

A Justiça democrática não é etérea, ou inócua, aliás porque nenhuma justiça o é. Mas obviamente não é justiça, não o pode ser, qualquer sectarismo sob esse nome ou essa capa. A Justiça democrática, pelo menos nos tempos que correm, é Justiça justa. Filosoficamente, levar-nos-ia muito longe especular sobre a questão de saber até que ponto vão as relações entre justiça e democracia, por um lado, e justiça justa e justiça democrática, por outro. Bastemo-nos com uma fórmula pragmática: sendo a democracia atual, moderna (englobando já em si mesma todas as legítimas aportações históricas que a enriquecem) o estágio civilizacional mais elevado das formas políticas conhecidas, é natural que a justiça deva ser, para ser civilizada, e justa, essencialmente democrática. Mas, obviamente, é preciso não abastardar essa característica, nem no plano político, nem no plano social, nem no jurídico. Porque se confunde muito democracia com simples regra da força do número, por exemplo. Sem respeito por Valores, Princípios e Direitos que, por natureza, não são necessariamente majoritários

(alguns são contra maioritários), como muitos direitos fundamentais e humanos (desde logo, os das oposições políticas, das minorias de todo o tipo, etc.), não há verdadeira democracia⁵. A democracia é muito mais que o simples e cego império do número. Implica-o, mas supera-o em casos especiais.

II. Direito Democrático: alguns desafios

Um direito democrático revela muitas virtualidades. Por ele se está a defender um *modus vivendi*, constituições cidadãs, afinal a Civilização universal de hoje. É defender as “muralhas da cidade”.

Ora, dentro dessas muralhas, que o Direito democrático defende, há uma sociedade atomizada, em que egoísmo, consumismo, *salve-se-quem-puder*, foram enfatizados por uma economia divorciada da necessária função social, em que as pessoas foram reduzidas a uma nova escravatura e se auto escravizam até. Fumos ideológicos contribuem para que haja uma falsíssima consciência de muitos sobre a sua verdadeira condição. Colarinho branco de modo algum é sinal de liberdade ou independência. Um libambo orna o pescoço de muitos intelectuais, executivos, funcionários, até gestores e pequenos empresários.

Neste contexto, há nas sociedades democráticas um crescendo de populismo que encontra cada vez mais eco em massas pouco formadas civicamente (o economicismo nunca teve a educação como prioridade, e muito menos a cívica e política, que poderia criar cidadãos vigilantes e críticos) e ao mesmo tempo sofrendo as agruras de um modelo social global de pilhagem, irresponsabilidade, desregulação e ganância, que obviamente apenas a poucos pode aproveitar. Apesar de tudo, o Estado de Direito democrático deu esperanças e despertou anseios.

Muitos deles não são mais que quimeras, sem fundamento ou apoio jurídico. Ainda que se envolvam numa artificiosa miragem de falsos Direitos Humanos – e, como “a má moeda expulsa a boa”, ficam por essa mistificação prejudicados os reais Direitos, na sua “força normativa”.

Porém, também há aspirações e desejos que, sendo legítimos e razoáveis, encontram na Constituição base para serem exigidos.

Uma dessas aspirações é, obviamente, a uma boa administração da Justiça, a qual não é uma dispensação divina ou de uma oligarquia iluminada com legitimidade própria, metafísica ou teologicamente transmitida, mas uma emanção do Povo (complexa, e que tem de ser analisada inteligentemente).

Por isso, o art. 202, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa afirma que “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.”. E não é por acaso que, logo no n.º 2, ao elencar as incumbências dos tribunais, está presente a de “reprimir a violação da legalidade democrática”. Expressão forte, mas não descuido estilístico. Tem de ser forte, porque a legalidade democrática é base da Justiça fundada na demofilia. Uma Justiça democrática não é “popular” no sentido de feita diretamente pelo Povo, mas porque *amiga* do Povo, e feita em seu nome. E por isso tem de estar atenta à vida da Democracia.

⁵ Para alguns desafios recentes, cf. v.g. os nossos livros *Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*, Coimbra, Almedina, 2020; *Justiça Social*, Coimbra, Gestlegal, no prelo.

III. *Constitucionalidade. Primado da Constituição*

Em Estado de Direito democrático, tudo começa na Constituição. Não se pode, v.g., pensar em bombásticas mudanças penais sem escrupulosamente garantir que respeitam a Constituição. É óbvio, mas o nosso tempo precisa que se lhe recordem coisas evidentes.

Vários autores têm sugerido que o Direito Penal é Direito Constitucional aplicado. Dado o estatuto atual de fragmentaridade e subsidiariedade do primeiro e a hegemonia vinculante ou irradiação do segundo, não custa admiti-lo. Mas – vendo as coisas mais em perspectiva – não seriam todos os ramos do Direito, afinal, Direito Constitucional aplicado? Cremos que não, apesar deste conter as “cabeças de capítulo” (*têtes de chapitre*) de todos.

O Direito Penal acaba por ser defesa concreta da vida, integridade física (e psíquica), honra, propriedade, liberdade, etc. (bens jurídicos), numa dimensão aguda e agónica, qual linha vermelha intransponível. É dessas realidades jurídicas com certa inefabilidade, mas que todos compreendem intuitivamente: sente-se que nele se joga no limite o que é, mais proclamatoriamente, protegido pelo Direito Constitucional. Sendo que a proclamação e a penalização pela infração serão um caminho parecido com o que vai da teoria à prática. Mas não exageremos em generalizações. O Constitucional pode e deve ser também prático.

Há situações com enquadramento necessariamente criminal, que, além disso, convocam grandes princípios e valores fundantes da nossa vida coletiva, aqueles até a que a Constituição espanhola de 1978, inspirada na nossa de 1976, chamou “valores jurídicos superiores”⁶.

Os três mais importantes (dado que o quarto, o “pluralismo político” pode acolher-se à sombra da Liberdade) destes valores são Liberdade, Igualdade e Justiça. Todos parte estruturante da nossa ordem jurídica.

Dada a “irradiação” para todo o ordenamento jurídico dos princípios constitucionais⁷, a situação de “hegemonia vinculante” deste ramo do direito⁸, e a própria concatenação de uma pirâmide normativa kelseniana⁹, há um inafastável enquadramento de sentido e vinculação, jamais podendo a micro-aplicação do direito, pontual, colocar em causa esse pano de fundo axiológico-jurídico que preside a toda a ordem jurídica. Liberdade, Igualdade e Justiça jamais podem ser subvertidas na prática. E nunca se poderá interpretar a malha fina dos clausulados infraconstitucionais contra o sentido geral e a atmosfera geral de uma Justiça democrática. Nem alterar as leis num sentido iliberal (leia-se: antidemocrático), inigualitário (discriminatório), ou injusto (privando cada um *do que é seu*, desde logo da sua Dignidade).

IV. *Independência do Poder Judicial*

A Justiça, em Estado de Direito democrático, faz-se em órgãos de soberania especializados, os tribunais, com o devido processo legal porejado de garantias, com

⁶ Cf., o nosso *Direito Constitucional Geral*, 2.^a ed., Lisboa, Quid Juris, 2013, p. 203 ss..

⁷ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, 6.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 17-18.

⁸ Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7.^a ed., 2.^a t., 2004, pp. 18-19

⁹ V. o clássico Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, trad. port. e prefácio de João Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, 4.^a ed. port., Coimbra, Arménio Amado, 1976

cabal direito de defesa e assegurado o contraditório, com direito ao recurso¹⁰. Tendo os vários agentes processuais, que representam, respetivamente, uns o Povo, em geral, e outros direitos e interesses legítimos de particulares, requisitos de formação e vínculo de deontologia.

O Tribunal considera-se vinculado pela Justiça, mediada pelas fontes de Direito que lhe é cometido conhecer e aplicar: “É função da magistratura judicial administrar a justiça em nome do povo, de acordo com as fontes de direito a que deva recorrer nos termos da Constituição e da lei, e fazer executar as suas decisões.”. Este normativo, art. 3 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, baliza perfeitamente a invocada função democrática (fundamentalmente demofílica) do direito democrático plasmado na nossa Constituição: a justiça em nome do Povo.

Trata-se de *administrar justiça em nome do Povo*, não procurando auscultar um qualquer *Volksgeist*, não plebiscitando as suas decisões, para que tem *auctoritas* própria – delegada, mas *sua* – antes fazendo o seu papel: aplicando o Direito (criando mesmo Direito, dizem não poucos hoje), de acordo “com as fontes de direito a que deva recorrer nos termos da Constituição e da lei”.

Não se poderá presumir que o interesse e uma vontade hipotética do Povo apenas curasse, quiçá, de altas questões de Justiça absoluta, ou das questões mais concretas e palpáveis do seu (*suum*) de cada um, com minimização do *iter* processual para lá chegar. Também muito importa ao Povo que o “árido e esqualido” fenómeno do Processo (como disse um clássico processualista italiano), por alguns colocado na penumbra ante mais profundas ou tonitruantes questões, seja rigorosamente tratado. Por isso, nos Estados de Direito democráticos, diuturnamente, o Povo vota nos e pelos regimes que institucionalmente asseguram a independência dos Tribunais e especificamente dos Magistrados.

A fundamentação das sentenças não é um exercício de autorreflexão, autognose, do julgador, mas implica uma retórica de *persuasão* do auditório público¹¹: não claudicando ante a mera *doxa* ou opinião, mas não prescindindo de explicar, inteligivelmente e plausivelmente, a *ratio judicandi*, a razão de ser do decidido.

Muito pouco se está a entender o que é isso de independência judicial... Pairam muitas confusões...

V. Importância da Educação Jurídica

Todos os dias a Justiça (ou a falta dela, sempre agigantada como tema de sucesso seguro), é notícia, dos mais proteiformes modos. A leitura que um observador omnisciente de todas essas notícias faria, em síntese, é preocupante, demasiado apocalíptica para ser verdadeira. Se fizéssemos uma espécie de soma algébrica de sentido de todas essas desgraças alardeadas, teria de concluir-se que a exceção das exceções é regra das regras. E se juntássemos às notícias sensacionalistas os comentários derrotistas ou de acusadores de candidatos a carrascos (alguns propondo repugnantes torturas), pensaríamos que nesses terrenos tudo é (e deveria ser, para alguns, armados em justiceiros) um teatro de horrores.

Boas novas, como, por exemplo, a da aceleração da solução dos casos em tribunal contrastam evidentemente com o mito das demoras homéricas da Justiça:

¹⁰ Cf., recentemente, algumas apertações no nosso artigo «O Juiz Decide...»^[1] *Justiça Democrática e Direito ao Recurso*, in “Jurismat”, Portimão, 2021, n.o 13, pp. 331-352, no prelo.

¹¹ V., além, evidentemente, da obra de Habermas, L. Baum, *Judges and Their Audiences*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

“Entre o final de 2019 e de 2020, o número de processos pendentes, com exclusão dos tribunais de execução de penas, decresceu 7,2%, de 748.035 para 694.174 processos.”¹². Não seria a única boa notícia na Justiça. Mas as boas notícias parecem não ser notícia.

Realmente o facto de ela funcionar não é um mal, é um bem. Porém, há uma mentalidade que parte de uma situação ótima (irreal) sem crises nem conflitos, e a partir daí tudo é mau. É a mesma mentalidade que acha horrível qualquer “historicidade” política. Tudo deveria ser imóvel. Tal nem sequer ocorreu no Estado Novo, em que também houve rotação de personagens, embora estabilidade do bloco no poder, e a conhecida falta de pluralismo.

Há, em suma, falsas ou distorcidas ideias sobre a Justiça, e tal contribui para um clima de alarmismo, alimentado por quem ganha ou potencialmente ganhará com um pretense clima de crime (quantos para aqui vieram por ser oásis de segurança! Tantos Brasileiros, por exemplo...) ou a corrupção tenebrosa (leiam-se os relatórios internacionais, comparem-se dados). Não somos um paraíso, mas é evidente que essa visão de crime ubíquo e de justiça com todas as culpas não parece inocente, apesar da ingenuidade de alguns que nisso acreditem e o veiculam.

A única forma de se ter conhecimento de dados e sentido crítico na análise é consultar boas fontes, não sensacionalistas, e ter educação (não só instrução, mas educação mesmo). Educação com cultura geral, que dote de capacidade interpretativa e sentido crítico, capaz de desconstruir e detetar pelo menos as mais evidentes mentiras e distorções da realidade.

Primeiro, é preciso, pois, uma educação que forneça cultura geral, que é o primeiro pilar da cidadania.

E depois é preciso cultura jurídica.

Importa muito uma educação jurídica alargada, até para que possa haver um diálogo salutar entre os Tribunais e a Sociedade. Não pouco da proverbial “crise da justiça” (que se deveria analisar mais profundamente, não apenas repetir como *slogan*) se prende com a crise da comunicação entre as várias pessoas e instituições que falam sobre questões de justiça, mas pouco se entendem. E na base dela estará, certamente, um conhecimento muito desigual das questões técnicas do Direito, que não são pouco importantes nesse debate.

Fazer da sociedade uma comunidade de juristas, então? – ironizarão alguns. Muito longe disso – responderemos. Não se improvisam juristas. Nem todos têm *forma mentis* jurídica. Etc.

O que importa é apenas procurar, isso sim, que haja uma alfabetização jurídica universal, assim como um conhecimento generalizado de outras coisas vitais, como, por exemplo, a educação para a Saúde. Mal se compreende como tão pouco sabe o cidadão comum da Saúde: da propriamente dita, do corpo e da mente, e da “medicina da cultura”, a que se chama Direito.

Continua a haver um certo, surdo e generalizado mal-estar com o Direito. É ele mais temido que respeitado, mais respeitado que querido (como já podemos depreender de François Vallançon¹³). Seria interessante fazer uma psicossociologia desses sentimentos do comum dos cidadãos face ao Direito, que levam até alguns a colocar em causa, como se fossem narizes de cera ou velharias poeirentas alguns dos mais sagrados princípios do Estado de Direito, que é a regra do jogo em que vivemos:

¹² Cf. <https://eco.sapo.pt/2021/05/04/numero-de-processos-por-resolver-em-tribunal-e-o-mais-baixo-desde-1996/>, consultado em 4 de maio de 2021.

¹³ François Vallançon, *Philosophie juridique*, Paris, Studyrama, 2012, p. 386 ss..

como a Dignidade, os Direitos Humanos, a Separação dos Poderes, a Independência dos Tribunais. Chegar-se-á ao momento em que abertamente se caluniem as eleições e o governo representativo, como já se enlameiam todas as instituições, a começar pelas eletivas, sem esquecer as outras? Evidentemente que em alguns é puro e simples fanatismo ideológico. Mas outros são levados por esse discurso fácil e radical apenas porque nunca lhes ensinaram valores e princípios essenciais. E acreditam que se pode trocar Liberdade e Garantias por miragens de Segurança ou de mais Pão. A História ensina que abdicar de qualquer dos fundamentos do Direito democrático, por mínimo que pareça ser, é abrir a fenda do dique, por onde virá a tirania.

Pode haver (há em todas as profissões), juristas menos competentes e até menos amigos do Direito. Mas, em geral, é a juristas sempre que o cidadão recorre quando é ferido ou ameaçado: na vida, na honra, na liberdade, ou na fazenda. Seria bom que o fizesse de forma mais documentada e esclarecida.

VI. Síntese e Prospetiva

Uma Justiça democrática não é tanto aquela que (seria aliás um contrassenso, uma impossibilidade lógica) corresse atrás da vozaria populista clamando por e contra tudo e o contrário disso, altissonantemente, num crescendo de indignação que já cauterizou muitos, porque não se pode viver permanentemente em indignação. É próprio da indignação ser seletiva, para situações realmente muito dignas de escândalo. Com uma cultura comunicacional de escândalo permanente, o que resulta não é nenhuma revolução, é a habituação ao escândalo, real ou pretense. E da habituação resulta desalento, exaurimento das energias cívicas, desencanto.

A Justiça democrática também não é a que *parte o pão em pequenino* e procura traduzir cada princípio, cada brocardo. Como se os médicos tivessem que fazer banda desenhada de anatomia, patologia, farmacologia e outras com expressões populares e não com as designações técnicas. Há muita demagogia nas pseudossoluções. A Justiça será democrática, antes de mais, quando for verdadeira e consequentemente demoflica, quando cabalmente estiver ao serviço das Pessoas, do Povo. O doente quer ser curado, mas importa-se menos em saber a raiz (normalmente grega) do nome do fármaco que o curou.

Contudo, quer no domínio médico, como no jurídico (como na mecânica de automóveis, para recordar um texto sobre Cícero da grande filósofa do Direito Virginia Black¹⁴), é bom que os utentes ou consumidores, ou sujeitos, tenham um conhecimento por assim dizer “cívico” dessas e doutras matérias. Serão mais ativos, mais despertos, menos suscetíveis de ludfrios.

A grande chave da Justiça democrática é ainda a assunção do “sacerdócio” laico da justiça pelos juristas e o respeito por essa função em laicidade por parte dos poderes políticos (ao contrário do que se anuncia pelo mundo, em que nomeações já abertamente dependem de confessionalismos – sejam eles quais forem –, por exemplo), que é, aliás, como sublinhava já Montesquieu, a única forma de as várias confissões religiosas poderem viver em paz – e estas com quem as não professe. Quem diz religião diz filosofia, diz mundividência, diz ideologia...

A par dessa dádiva de si à divina Justiça, os juristas muito melhor conseguirão cumprir a sua tarefa se puderem usufruir de diálogo esclarecido com cada vez mais cidadãos – não meros “cães de pescoço pelado” (para evocar uma expressão denotativa da servidão em João Baptista Machado) – mas Pessoas de parte inteira,

¹⁴ Virginia Black, Introdução a «Do Orador» e Outros Textos, Cícero, ed. port., Porto, Rés, s/d..

com pelo menos algum conhecimento do mundo das leis e princípios que a todos servem na vida em sociedade. Não é uma utopia impossível. É uma meta para quem não renunciou a fazer um mundo melhor. E mais justo.

Recebido para publicação em 04-05-21; aceito em 10-05-21