Coleção Governance Lab

O Governo das Organizações

A vocação universal do corporate governance

Paulo Câmara
Gabriela Figueiredo Dias
Rui de Oliveira Neves
Diogo Costa Gonçalves
José Ferreira Gomes
André Figueiredo
Orlando Vogler Guiné
João Sousa Gião
Sofia Leite Borges
Hugo Moredo Santos
Ana Rita Almeida Campos
Paulo Bandeira
Ana Filipa Morais Antunes
Francisco Mendes Correia
Domingos Soares Farinho
Pedro Lomba
Duarte Schmidt Lino
António Fernando de Oliveira

ALMEDINA

CAPÍTULO XVIII

O GOVERNO DOS ÓRGÃOS DE SOBERANIA: UMA INTRODUÇÃO

António Fernandes de Oliveira

Abstract: *This essay makes an analogy between a widely held corporation and a sovereign State, where the Government or Executive Power represents the top management of a corporation. The Parliament can be compared to a body of representatives of the shareholders of a corporation. The role of the President of the Republic can be compared, to a certain degree, to that of a chairman. The Court of Auditors ("Tribunal de Contas") resembles an auditor. The Common Courts and the Public Attorneys should judge and prosecute any malfeasance that may be committed by a State Officer, relying on the same independence that they enjoy when assessing the wrongdoings of corporate officers. The press, and journalism in general, are or should be, simultaneously, a soft auditing power and a conveyor of general and specific (like that provided by financial analysts to investors in the corporate world) information on public affairs, to the shareholders of the State.*

How these parts taken together interact with each other and what conditions should be fulfilled in order to guarantee, to the extent possible, their proper functioning, is what this essay aims to answer by reference to the political and cultural Portuguese context, making use of common sense and relying explicitly and implicitly on corporate governance analyses, concepts and theories.

Sumário: *§ 1.º Introdução; § 2.º Na base do Governo estão os Partidos Políticos; i) O Governo é, no nosso sistema constitucional, o partido político; ii) No princípio era o verbo; iii) A função partidária de que um país precisa para a sua boa governação; iv) Outras reformas;*

§ 3.º A Assembleia da República; § 4.º O Presidente da República; § 5.º O Tribunal de Contas; i) De novo o problema da omissão de densificação constitucional das obrigações e missões dos órgãos de soberania; ii) À avaliação e controlo tem de se seguir a divulgação, expedita e facilmente acessível a todos, dos seus resultados; iii) A escolha do fiscalizador não pode ser feita por pessoas nomeadas pelo fiscalizado; iv) Para além da actual consagração legal de mecanismos de efectivação de responsabilidade financeira; § 6.º Os Tribunais Judiciais e a Magistratura do Ministério Público; i) Da formação técnica dos, e do apoio técnico aos, magistrados; ii) Da necessidade de criação de condições de independência relativamente ao poder político; iii) Das causas da apregoada crise, e perda de prestígio, do poder judicial; iv) Das vantagens de um efectivo autogoverno da função judicial; v) O Tribunal Constitucional; vi) O Ministério Público; § 7.º A Fiscalização dos Governantes e da Governação pelo Quarto Poder – Imprensa Livre e Pluralista; i) A função (de monitorar e informar) do jornalismo no contexto da actuação dos poderes públicos; ii) A criação de condições institucionais e económicas que contribuam para a existência de um jornalismo cumpridor do seu dever e função; iii) Limites à liberdade de imprensa: "direito ao bom nome", difamação e injúria; iv) Limites à liberdade de imprensa (cont.): o segredo de justiça; § 8.º Notas Finais.

§ 1.º INTRODUÇÃO

1. Não me interessará aqui a gestão burocrática dos órgãos de soberania. Não obstante, esse é um tema importantíssimo, especialmente para os órgãos de soberania, como os tribunais, que pela multiplicação e descentralização das suas unidades, e pela "produção em massa" a que se dedicam de um serviço público essencial (dirimir conflitos, neste caso), podem certamente beneficiar da aplicação de técnicas de gestão compatíveis com as suas funções, articuladas com alterações da lei processual e da organização judiciária, de modo a eliminar desperdícios e ineficiências causados por variados factores: (i) duplicações de processos para casos essencialmente idênticos, (ii) uma porventura excessiva colocação da condução processual nas mãos de partes que não são imparciais e independentes nem têm que agir com imparcialidade e independência, (iii) insuficiente formação dos juízes e outros magistrados (e dos advogados) em áreas muito distintas da tradicional área jurídica, mas que cada vez mais são necessárias para se decidir bem, com confiança e relativa rapidez, e (iv) ausência de um corpo de técnicos capazes, de várias áreas, com mobilidade para assistir informalmente os juízes na compreensão de variadas questões técnicas (mas sempre acompanhado de uma formação de base dos juízes em matérias extra jurídicas que lhes permita controlar minimamente o diálogo/saber o que perguntar), etc. – estou certo de que um levantamento, sem preconceitos (de preferência dirigido por quem tenha formação de base fora da área jurídica), do que se passa no dia-a-dia dos nossos

tribunais e juízes permitirá um diagnóstico das reais necessidades que permita, depois, avançar para a concepção de soluções de gestão e processuais capazes de lhes dar uma boa resposta.

2. O objectivo deste pequeno ensaio será o de olhar para a governação dos órgãos de soberania da perspectiva da governação do país ou "coisa pública".

Daí que o eixo central, em redor do qual toda a análise dos restantes órgãos de soberania se situará, seja o Governo. É este o vértice que põe e dispõe na gestão da coisa pública em termos de receitas e despesas. É nele que se situa o leme do barco chamado Portugal – "[o] Governo é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública" [cfr. artigos 161.º, g), 182.º e 199.º, da Constituição da República Portuguesa].

A governação dos restantes órgãos de soberania – começando pela Assembleia da República, passando pelo Presidente da República e acabando nos (diversos) Tribunais – vai-me interessar, fundamentalmente, da perspectiva das suas tarefas de fiscalização e controlo do exercício das funções que cabem ao Governo – *maxime* a função de gestão do património público e de utilização de uma enorme porção da riqueza produzida pelos administrados (pelo país) em actividades, serviços e investimentos por si, em substancial medida, propostos e escolhidos.

É aqui, relativamente a este órgão – o Governo –, e desta perspectiva – gestão de património e meios financeiros que pertencem a terceiros (aos administrados, ao país) – que as análises, diagnósticos, ideias e técnicas desenvolvidas a propósito das sociedades ditas comerciais, com capital disperso pelo público (por oposição às sociedades controladas por accionistas identificáveis) – *widely held corporations* por oposição às *closely held corporations* –, podem ter uma aplicação mais directa e útil.

3. A analogia implícita, portanto – por razões óbvias que me dispenso de explicitar – é entre a governação do país e a governação de sociedade cujo capital esteja disperso pelo público – isto é, governação de sociedade sem accionista(s) de controlo.

E assim é porque no plano dos princípios, no plano constitucional, ou como ponto de partida, é com isso mesmo que a governação de um país e respectivos problemas se deveria assemelhar. Mas entre o que deveria ser e o que é pode haver uma grande distância, pelo que, desviando-me deste fio condutor para a análise que aqui me proponho, não deixarei de fazer referências, sempre que apropriado, ao risco ou hipótese de os administradores (governantes) deste país, em razão da configuração de que na prática se revestiu o nosso sistema político, terem em conta em demasia as necessidades ou conveniências de um ou mais grupos de interesses que tenham conseguido ocupar, de facto, posição que se assemelha à tipicamente associada à de accionistas de controlo em *closely held corporations*.

Limitações de espaço impediram-me de contextualizar e introduzir temas recorrendo a estudos e desenvolvimentos há muito efectuados na área do *corporate governance*. Mas na bibliografia indicada no final deste artigo podem ser encontrados todos os livros e artigos cuja leitura teve alguma relação com a realização do presente. E porque o espaço é curto, passarei, sem mais delongas, ao desenvolvimento do tema que me propus tratar com a configuração acima sumariamente descrita.

§ 2.º NA BASE DO GOVERNO ESTÃO OS PARTIDOS POLÍTICOS

i) O Governo é, no nosso sistema constitucional, uma projecção do partido político

4. É um facto, à luz das condições de visibilidade acessíveis a um "*outsider*", que a realidade jurídico-constitucional "partido político" controla as realidades jurídico-constitucionais "Assembleia da República" e "Governo".

E, constitucionalmente, é isto mesmo que foi consagrado, reservando-se aos partidos ditos "políticos" o monopólio da apresentação de candidaturas à Assembleia da República, estabelecendo-se mecanismos que potenciam e induzem a actuação dos deputados eleitos pelos partidos como um só corpo ou a uma só voz – em torno do ponto focal representado pelo partido a que pertençam e sob o *nomen juris* de "grupo parlamentar" –, estabelecendo-se a reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República (isto é, no nosso sistema constitucional, reserva de competência dos próprios partidos) com respeito às matérias relativas aos partidos (de que a nossa Constituição se ocupa apenas com respeito a certos aspectos) e determinando-se que o Primeiro Ministro – que, por sua vez, escolhe os restantes membros do Governo – é nomeado tendo em conta os resultados eleitorais das eleições de deputados para a Assembleia da República e ouvidos os partidos aí representados [artigos 114.º, 133.º, n.º 1, alíneas f) e h), 151.º, 161.º alíneas g) e h), 162. alínea d), 164.º, alínea h), 180.º e 187.º, da Constituição da República Portuguesa – doravante, CRP].

O controlo do sistema de governação reservado aos partidos chega ao ponto de, não obstante se proclamar (i) o são (ou, pelo menos, defensável) princípio de que os deputados representam todo o país e não os círculos por que são eleitos (cfr. artigo 152.º da CRP), (ii) o princípio de que os deputados exercem livremente o seu mandato (cfr artigo 155.º, n.º 1, da CRP) e (iii) o princípio de que ninguém pode ser privado do exercício de qualquer direito por estar ou deixar de estar inscrito em qualquer partido legalmente constituído (cfr. artigo 51.º, n.º 2, da CRP), se impor depois, do mesmo passo, que perdem o mandato os deputados

que se inscrevam por partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio [cfr. artigo 170.º, n.º 1, alínea c), da CRP, regra que está replicada no artigo 8.º do Estatuto dos Deputados aprovado pela Lei n.º 7/93 de 1 de Março]. Isto diz bem da importância central, do peso, do poder, que se quis emprestar à realidade institucional "partido", no nosso sistema político.

De tal maneira que, na teoria e na prática, falar do Governo do país é falar do governo levado a cabo por quem domina os partidos vencedores de eleições de deputados para a Assembleia da República. Há que começar por aí – pelo governo dos próprios partidos – se se quer fazer um diagnóstico que permita dizer algo de útil no que respeita ao Governo do país.

ii) No princípio era o verbo

5. Numa perspectiva dinâmica é indubitável que a teoria e a prática se influenciam reciprocamente, de tal forma que uma boa prática pode acabar por alterar, informando-a, uma má teoria, e uma boa teoria pode acabar por alterar, comandando-a, uma má prática. E *vice-versa*.

Mas de uma perspectiva estática, ou fotográfica, é também indubitável que "no princípio era o verbo": no princípio era a ideia, o pensamento, a teoria, ainda que não assumida formalmente como tal, neste ou naquele momento (ou ainda que escondida, cedendo o palco a uma qualquer outra teoria falsamente apresentada como a inspiradora da acção). Só depois vem a acção e respectivas consequências, apoiada nessa ideia ou princípio condutor.

6. Que ideias ou princípios condutores perpassam na nossa Constituição a propósito da governação do país? Por referência à realidade mais difusa e abrangente que é o Estado, estes princípios são claros e isentos de ambiguidades no que respeita à defesa dos interesses dos portugueses e do país, não obstante a sua escusada diluição num conjunto de tarefas e incumbências de carácter menos permanente ou mais ideológico (artigos 9.º e 81.º da CRP), e da sua mistura com valores e princípios a que se pretende aderir e que se deveriam situar num plano distinto, ainda que, indubitavelmente, constitucional também.

Por referência especificamente ao órgão de soberania Governo (ou aos deputados – que constituem a base de sustentação de qualquer Governo no nosso sistema constitucional – ou, ainda, ao Presidente da República), porém, os respectivos deveres estão insuficientemente desenvolvidos ou há mesmo uma omissão, pelo menos em termos de referências directas. O que existe é em geral pertinente (a discordância que possa suscitar é para com aquelas soluções jurídico-constitucionais que reforçam o poder da disciplina e monopólio partidários sobre o nosso destino colectivo), mas é insuficiente. Podia a nossa

Constituição ser mais forte e assertiva a respeito dos deveres fundamentais dos governantes e deputados, a exemplo do que no campo das sociedades se faz com o seu órgão de governação típico, de forma clara e inequívoca (cfr. artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais). A título de exemplo, vejamos o que (não) prescreve a nossa Constituição:

a) "*A lei dispõe sobre os deveres* (...) *dos titulares dos cargos políticos*" (cfr. artigo 117.º, n.º 2, da CRP); ora, no que respeita aos deveres fundamentais, pelo menos, associados à função do cargo político em causa, deveria ser exclusivamente a Constituição a dispor;

b) Foi julgado que o mais importante no que respeita ao juramento do Presidente da República seria o cumprimento da CRP (cfr. o seu artigo 127.º, n.º 3), em vez de, em cumulação, pelo menos, com este expediente processual, se estabelecer, directa e substantivamente, a vinculação do Presidente da República e respectiva acção a interesses permanentes do país e dos portugueses;

c) Em relação aos deputados a nossa CRP fala em termos vagos e sem qualquer densificação daquilo que é suposto representarem (artigo 152.º), depois fala dos seus poderes (artigo 156.º), das suas imunidades (artigo 157.º), daquilo a que chama os seus "*direitos e regalias*" (artigo 158.º) e, quando chega à altura de elencar os seus deveres, limita-se a descrever deveres que, tendo embora a sua importância, poderiam ser os de um qualquer funcionário sem responsabilidades de comando e decisão ao mais alto nível (artigo 159.º), sem tocar, ao de leve que seja, e pela positiva, na definição do dever – dir-se-ia que fundamental ou básico – da defesa dos interesses do país e dos portugueses por si representados, dentro dos limites, evidentemente, demarcados pelos valores a que constitucionalmente aderimos;

d) Em relação, especificamente, ao Governo, a nossa Constituição não tem ainda uma voz forte (pela positiva) relativamente ao que se usa designar como "deveres fundamentais", designadamente de lealdade aos interesses do país e dos portugueses, para além do que se possa deduzir, indirecta e difusamente, do rol das suas competências.

7. A conclusão que se pode retirar deste pequeno diagnóstico é a de que não se assumiu que a soberania dos órgãos e, em última análise, do Estado, e a liberdade de gestão da coisa pública pelos eleitos e nomeados para tal fim, não é incompatível com a imposição clara de deveres aos mesmos no que respeita aos interesses a que estão vinculados no exercício das suas funções e poderes.

Se no âmbito das sociedades de direito privado, em que para muitos estarão até em causa interesses "menores" – na medida em que se revistam de carácter particular –, se impõe aos órgãos de governação e respectivos titulares que atendam aos "interesses dos seus representados (accionistas) e que lhes sejam leais acima de qualquer outro interesse" (dentro dos limites extrínsecos, evidentemente, constituídos pela consagração legal de outros interesses específicos), não

se vê razão séria para, como ponto de partida legal, se não impor, clara, directa e expressamente, coisa semelhante aos Governos de Portugal e respectivos titulares. Quanto mais não seja porque "no princípio era o verbo".

Os interesses a promover deveriam ser os de longo prazo (como hoje se impõe com respeito à governação das sociedades comerciais e, por maioria de razão, se deveria impor constitucionalmente com respeito à governação da coisa pública), com a equidade inter-geracional a desempenhar um papel importante na definição em concreto desse interesse e na triagem das políticas capazes de o servir. Por força da lei da vida e da morte, não somos donos de nada – limitamo-nos a usar e a ocupar por umas décadas o que outros antes de nós utilizaram e que quem há-de vir tem também o direito de ter a oportunidade de vir a usar e a ocupar. E não temos que sobrecarregar os vindouros com os nossos consumos de hoje quando razoavelmente não se possa esperar virem a gerar retornos compensadores no futuro. A fiscalização ou apreciação da governação (de que adiante se falará) deveria também ser desenvolvida nesta perspectiva.

8. Esta omissão ou silêncio constitucional acerca dos deveres fundamentais do Governo e, no que agora me vai interessar, dos deputados (a base de sustentação do Governo, estruturada em redor dos partidos), é agravada pelo modo como os partidos – quiçá tirando partido deste vazio, o que revela a importância prática do "verbo" ou "ideia" como determinante da acção, factor que aqui se tem procurado sublinhar – se organizam no que respeita aos deveres dos seus membros (futuros deputados, membros do Governo e, na prática, ocupantes de muitas outras posições dependentes, em última análise, do poder partidário).

Por falta de tempo e de espaço, tomarei como objecto deste estudo os estatutos dos dois partidos políticos portugueses com maior sucesso eleitoral – o Partido Socialista (PS) e o Partido Social Democrata (PSD) –, dizendo respeito as referências normativas que se seguem aos seus estatutos actualmente (Janeiro de 2010) em vigor. Vejamos alguns maus exemplos de interesses a que os estatutos destes partidos mandam os respectivos militantes atender e a forma como estas constituições internas dos partidos condicionam o exercício de cargos políticos, electivos inclusivamente, sob pena, no limite, de instauração de acção disciplinar contra o militante desobediente ou desalinhado:

PS:

a) São deveres do militante do PS "(...) *desempenhar com* (...) *lealdade para com o Partido os cargos para que tenha sido eleito ou designado ou as funções que lhe tenham sido confiadas, interna ou externamente*" e "*pedir a exoneração de cargos para que tenha sido eleito ou designado na qualidade de membro do partido quando, por acto seu, perder essa qualidade*" [artigo 15.º, alíneas b) e e)] – ou seja, o partido aparece-nos aqui como o valor supremo ao qual o militante eleito ou nomeado para qualquer cargo, se deve submeter e servir;

b) "*Os membros dos órgãos federativos ou nacionais, bem como os militantes que exerçam qualquer cargo político em representação do Partido* (...)" (artigo 17.º – "*deveres dos responsáveis por cargos políticos*") – mais uma vez, ressalta aqui vincada a ideia ou princípio de que o Partido é um fim em si (por oposição a estrutura ou instituição meramente instrumental), de que é um sujeito autónomo ao qual os militantes no exercício de cargos políticos hão-de atender e que hão-de representar;

c) "*O Presidente do Partido empenha a sua magistratura moral na defesa da unidade e coesão do Partido e no respeito pelos princípios e valores da sua Declaração de Princípios e Programas do Partido*" (artigo 69.º, n.º 3) – mais uma vez, sai reforçada a ideia do partido como "a coisa mais importante", situada acima de tudo o resto;

d) "*Compete à Comissão Política Nacional, em especial:* (...) *definir as linhas de orientação política aos grupos de representantes e parlamentares perante si responsáveis* (...) *e designar os membros para cargos políticos de âmbito nacional* [e] *definir as formas de relacionamento destes com os órgãos do Partido*"; "*Os Grupos de Representantes e Parlamentares socialistas são responsáveis* (...) [p]*erante a Comissão Política Nacional, quando se trate de cargos de âmbito nacional*" [artigo 73.º, n.º 2, alíneas c) e d), artigo 88.º, alínea e), e artigo 91.º e seguintes] – mais uma vez a mensagem que perpassa é a de que os parlamentares e titulares de outros cargos políticos são, antes de mais e acima de tudo, responsáveis perante o partido, que assim reforça o seu carácter de centro autónomo (por oposição a instrumental) de interesses aos quais seria devida lealdade, desligada ou desenquadrada de quaisquer outras que, de facto, se não mencionam neste contexto partidário, com a bênção, ou pelo menos com a silenciosa passividade, da nossa Constituição;

e) "*Os grupos parlamentares definem a sua própria estrutura directiva, criando os órgãos adequados, os quais são considerados órgãos do Partido Socialista*" (artigo 87.º, n.º 3) – palavras para quê? O partido tudo absorve; ao partido tudo se reconduz;

f) "*Os membros dos Grupos de Representantes e Parlamentares Socialistas estão sujeitos à disciplina de voto*" (artigo 90.º) – ou seja, hão-de votar de acordo com as determinações do "patrão-partido" e, portanto, em obediência aos interesses (não definidos com precisão mínima em lugar algum) desse mesmo "partido-patrão";

g) "*Os membros do Partido estão sujeitos à disciplina partidária, podendo ser-lhes aplicadas as seguintes sanções:* (...) [expulsão]"; "[f]*ora do caso previsto no número anterior, a pena de expulsão só pode ser aplicada por falta grave, nomeadamente o desrespeito aos princípios programáticos e à linha política do Partido, a inobservância dos Estatutos e Regulamentos e das decisões dos seus órgãos, a violação de compromissos assumidos e em geral a conduta que acarrete sério prejuízo ao prestígio e ao bom nome do Partido*"; "[c]*onsidera-se igualmente falta grave a que consiste em integrar ou apoiar expressamente listas contrárias à orientação definida pelos órgãos competentes do Partido, inclusivé nos actos eleitorais em que o PS não se faça representar* [artigo 94.º, n.º 1, alínea d) e números 4 e 5] – muito se poderia dizer sobre tudo isto, mas fica só esta forte impressão: o partido assim

organizado é parente de organizações totalitárias, o que é lamentável (e, para mim, inaceitável) na medida em que associado a isto está o facto da reserva constitucional aos partidos do monopólio da participação na política nacional e, com ela, do monopólio do exercício de funções de soberania (de gestão do país como um todo e de uma imensa quantidade de dinheiros públicos);

h) é pena que, em vez de todas estas restrições, limitações e mecanismos repressivos – para mais em nome de interesses não nomeados ou declarados de modo minimamente compreensível ou útil – de que o regime aplicável aos meios de comunicação do partido são mais uma emanação (cfr. artigo 102.º e seguintes), o partido não seja antes construído na linha dos "clubes de política" previstos no artigo 112.º dos seus estatutos.

PSD:

Também nos estatutos deste partido se põe o enfoque em demasia nos interesses e fins do partido (em vez de, como devia ser, nos interesses e fins do país e dos portugueses, embora seja de apontar, como factor positivo, que com alguma frequência – resta saber a distância que vai da teoria à prática – os problemas nacionais ou do país são referenciados), sendo de salientar, a este propósito, o disposto nos artigos 7.º, n.º 1, alíneas f) e h), e n.º 2, 9.º, n.º 3, e 18.º, n.º 2, alínea b), dos Estatutos do PSD, e no artigo 1.º, alíneas e), g), h), i) e j), do Regulamento de Disciplina.

9. Na sua matriz, os dois partidos com maior acesso ao poder político em Portugal (e, porventura, não será no essencial diferente nos outros) perspectivam-se a si mesmos (na sua organização, funcionamento e mecanismos de "disciplina"/"repressivos de desalinhamentos") como fins últimos com interesses próprios ou autónomos (e, o que é pior, no mínimo insuficientemente definidos, não indo essa definição além do que se possa indirectamente retirar de declarações de princípios e programáticas), com algum descaramento e desfaçatez, até (se esse é o seu "verbo", o que será a sua real "acção"?) – como se pode ver por alguns dos exemplos acima citados –, em vez de se perspectivarem, como devia ser, como meros mecanismos de filtragem e selecção, e como gabinetes de estudo e reflexão, ao serviço da melhor ocupação possível dos lugares e funções do Governo e da Assembleia da República, à luz, exclusivamente, dos interesses do país e dos portugueses.

Este estado de coisas é em certa medida permitido e potenciado pela omissão ou silêncio que a nossa Constituição manteve, em geral, em relação aos deveres fundamentais dos titulares de cargos políticos electivos.

O outro factor de dinamização deste "estado de coisas" radica na natureza humana, isto é, no desejo, que muitos de nós teremos, alguns de entre estes

refreiam por um esforço da vontade que adere a determinados princípios éticos, e que só alguns poucos efectivamente concretizam (quantos mais forem, menos interessante fica a "recompensa", pelo que há um incentivo natural para reservar o acesso ao jogo, pelo menos no topo da pirâmide, para apenas alguns "eleitos"), de utilizar, em proveito próprio ou dos próximos, os mecanismos do poder, designadamente no que respeita a benefícios que podem afluir do acesso aos, e controlo dos, recursos económicos produzidos por, ou pertencentes a, todos nós, e que, em nome do bem comum (designadamente para efeitos de satisfação de necessidades colectivas ou para permitir o desenvolvimento de determinada actividade útil, por privados), a coisa pública faz seus ou atribui a alguém em particular (*v.g.* através do mecanismo das concessões, ou outro).

Estes interesses e tendências de facto, ou naturais, são uma realidade da vida, uma dimensão da natureza humana que tem a sua dose de preguiça, de desejo de vencer a todo o custo – incluindo com recurso à "batota" – e de egoísmo, e não escolhem condição social, idade ou cor partidária. Acrescente-se ainda que se está perante traço da natureza humana que naturalmente se não começa a revelar ou a manifestar, ainda que sob os disfarces mais diversos, senão quando atingido o estádio ou objectivo da "conquista do poder" – até lá, genuinamente convictos ou interesseiros, todos são bonzinhos; todos tenderão a projectar a representação sem mácula de que se movem por ideais altruístas. Isto é uma evidência, que a história não se cansa de nos relembrar, relativamente à qual não vale a pena ter ilusões.

Mas temos de conviver com isto ("somos nós"; "sou eu", também). Os regimes e partidos com as intenções mais radicais a respeito da tentativa de erradicação deste problema da natureza humana (tão radicais que se propõem transformar o indivíduo em peças de uma máquina inteiramente subjugadas a uma qualquer misteriosa entidade abstracta), já deram provas, historicamente, de caírem exactamente nos mesmos erros, intensificados, no seu caso, pela ausência, típica dos sistemas totalitários, de controlos (*checks and balances*).

O que se pode e deve fazer é, como ponto de partida (que não evitará que aqui e acolá possam acontecer desvios), estabelecer um plano, uma organização, um itinerário, que minimize as hipóteses de este traço da natureza humana levar a melhor a propósito da gestão da coisa pública – que torne mais difícil, mais arriscado e menos compensador, os desvios de poder aquando do exercício de funções de governação da coisa pública. Isto pela "negativa". Mas a abordagem pela perspectiva "positiva" – "como atrair os *bons* gestores para a coisa pública?" – também interessa fazer.

No contexto português actual, reflectir sobre tudo isto implica começar pela organização e funcionamento dos partidos políticos.

iii) A função partidária de que um país precisa para a sua boa governação

10. Temos um sistema político em que os partidos são realidades fechadas, com mecanismos de repressão mais ou menos velados (os "empregos" e outras oportunidades a que directa ou indirectamente dão acesso, por exemplo), que exigem dos seus militantes, constantemente, lealdade ao partido, que exigem dos seus militantes eleitos ou nomeados para cargos políticos que se submetam à designada disciplina partidária (leia-se, aos "interesses do partido", o que quer que seja que isto possa significar – e pode significar de tudo um pouco). Temos um sistema político em que os partidos fazem depender a inscrição nos mesmos da chamada "adesão ao programa e princípios" (e, por vezes, "à disciplina do partido", também), do apadrinhamento por parte de um ou mais membros actuais do partido e de uma decisão de admissão por parte de órgão do partido. Temos um sistema político em que o partido mais parece um clube privado de fama duvidosa – com barreiras à entrada e seguranças no seu interior preparados para devolver à rua o militante que pense em desafinar em termos considerados ameaçadores, pelos dirigentes desse clube, de algo relevante –, do que um instrumento ao qual tenha sido atribuído constitucionalmente (como sucede no caso português) o monopólio das candidaturas e do acesso aos órgãos de soberania mais determinantes para o bom governo da coisa pública (a Assembleia da República e o Governo).

11. Qual a função dos partidos? A mais importante e decisiva – aquela em torno da qual todas as outras deverão gravitar como subprodutos ou como funções instrumentais à principal – é a de proceder à filtragem, de entre os cidadãos com capacidade eleitoral passiva, do restrito lote que poderá aspirar, através da apresentação das candidaturas partidárias, à governação do país e à fiscalização da mesma no âmbito da Assembleia da República.

Para que esta função seja desempenhada da forma mais desinteressada possível, à máxima distância possível de quaisquer benefícios económicos que a sua indevida utilização possa trazer ao infractor, que condições devem estar reunidas? Os órgãos do partido, e o partido como um todo, devem estar sujeitos à influência mais directa e imediata, do maior número de cidadãos eleitores, possível. Só seguindo nessa direcção se minimizam os riscos de utilização dos partidos – e respectivo monopólio constitucional – ao serviço dos interesses particulares de um grupo relativamente restrito de cidadãos eleitores, e se potencia o seu são funcionamento em prol da realização das melhores escolhas possíveis para a boa governação da coisa pública.

12. Quando os partidos, por não terem seguido essa direcção, ficam nas mãos de um grupo relativamente delimitado de cidadãos eleitores, inevitável será, atendendo às inclinações e instintos da natureza humana (e animal, na qual esta

se enquadra também) que, mais ano menos ano, sobretudo a partir do momento em que alcancem o poder governativo, se comportem como o accionista que controle uma empresa ou grupo de empresas com base num esquema piramidal.

Assim como este accionista tem, teoricamente, direito a apenas uma percentagem minoritária dos benefícios económicos das empresas na base da pirâmide com que se relaciona, também este partido deveria ter direitos (e deveres) sobre a coisa pública (um *stake* ou *interest*), correspondentes ao peso numérico (minoritário) dos militantes que o controlem no confronto com o conjunto dos cidadãos portugueses. Em resultado da conjugação do monopólio legal conferido aos partidos relativamente ao acesso à governação do país, com o controlo dos mesmos por um grupo relativamente pequeno de cidadãos eleitores, criam-se as condições e os incentivos económicos para que este "accionista minoritário" (organizado em torno do partido) por referência aos direitos económicos a que legalmente poderia aspirar com respeito à coisa pública, seja tentado a, e esteja em posição de, expropriar "os accionistas maioritários" da coisa pública – todos os restantes cidadãos eleitores. A isto se chama, na literatura anglo-saxónica, de "*private benefits*", querendo-se com isso aludir aos benefícios ilegitimamente (por excederem a quota parte que legalmente lhes caberia) apropriados pelos accionistas de controlo, à custa dos outros accionistas, através de esquemas variados (e, evidentemente, nunca revelados ou assumidos).

13. O problema de um sistema partidário que – por força daquilo que lhe é reservado, atribuído e, pelos vistos, permitido, constitucionalmente – conduz a estes cenários e resultados, não se resume ao ganho ilegítimo de alguns – com acesso ao controlo da governação – e à simétrica perda de outros – sem acesso ao controlo da governação.

O problema, o dano para o bem-estar geral, para economia do país, para o Produto Interno Bruto (PIB), se se quiser, é muito superior ao que, se fosse possível fazê-la, resultaria daquela contabilidade. É que grande parte dos benefícios apropriáveis por quem tenha o controlo da governação são obtidos à custa da interferência com o funcionamento dos mecanismos de mercado e, mais genericamente, à margem das lógicas que permitem uma eficiente alocação de recursos e uma crescente eficácia na sua utilização através de melhorias na organização das empresas, da qualificação dos seus recursos humanos, no investimento em investigação e desenvolvimento, etc.

Nas áreas, e são muitas, em que a coisa pública (que se apropria da riqueza produzida no país numa percentagem que se vai aproximando de 50% do PIB) pode interferir com a escolha de quem produzirá ou não o bem ou serviço X ou Y, ou de quem terá acesso aos meios financeiros necessários ao desenvolvimento da sua actividade, um partido que, fruto do enquadramento (ou falta dele) legal *supra* referenciado, tenda a decidir (através dos seus militantes apresentados às eleições

e eleitos; ou nomeados para os mais variados cargos) com base em critérios alheios ao interesse de todos (por oposição ao interesse de alguns), provocará atrasos graves ao desenvolvimento do país e prejudicará seriamente o desenvolvimento de um tecido empresarial dinâmico, não acomodado, capaz de competir numa economia aberta e de acompanhar ou superar os ganhos de produtividade nas economias com as quais nos gostamos (e muito bem) de comparar (e, com tudo isto, o país perde, vai perdendo, quer se queira, quer não, soberania de facto, num processo que, mais tarde ou mais cedo, poderá acabar numa – para mim inaceitável – perda de soberania de direito, em benefício de outras soberanias de direito que se saibam manter e robustecer e, com isso, continuar a defender as comunidades com as quais cultural e historicamente se identificam).

Com efeito, neste cenário, que é o potenciado pelo actual sistema partidário, à oferta que elementos dos partidos com acesso à governação estejam em condições de, e queiram, fazer, corresponderá, inevitavelmente uma procura. O *rent seeking*, isto é, a procura de benefícios económicos que excedem o que seria necessário para evitar que um determinado recurso escasso seja transferido para uma outra afectação, isto é, que excedam o que seria necessário para continuar a ter disponível (para comprar) esse recurso enquanto afecto à produção de determinado bem ou serviço, só precisa de oportunidades para se manifestar.

No cenário que nos ocupa, essas oportunidades serão criadas pela própria dinâmica do mau uso dado ao poder (e monopólio legal) dos partidos: na medida em que o critério pelo qual se guie o detentor do poder que ocupe esta ou aquela posição seja, ou seja também, o da satisfação dos seus interesses pessoais (efeito expropriativo dos "outros accionistas", no caso maioritários mas sem acesso à governação), e na medida em que para os satisfazer aquele tenha de se dispor a aceitar condições que implicam o pagamento de uma renda (no sentido económico acima referenciado) à contraparte numa qualquer relação com a coisa pública, estão reunidos os condimentos para que o pagamento desta "renda" seja uma realidade.

O problema é mais sério do que a mensuração dos benefícios económicos obtidos ilegitimamente pelo prevaricador com acesso ao poder (ou seus protegidos) e pelo beneficiário da renda, poderia levar a supor. Com efeito, sempre que o critério de eleição ou escolha de contrapartes em relações com a coisa pública ou cuja actividade dependa de autorizações e controlos da coisa pública, não passe pela apreciação do mérito relativo das propostas e projectos, incluindo, se relevante, provas dadas, mas, antes, pela disponibilidade de essas contrapartes atenderem a interesses inconfessáveis e estranhos à coisa pública, no médio e longo prazo está-se também a dar uma machadada na capacidade de o sistema económico gerar, por um processo de selecção "natural", os melhores resultados – permitir o crescimento das melhores empresas e dos melhores empresários – e a criar

barreiras à entrada de novos projectos que se pretendam afirmar tão-somente pela excelência da sua concepção e da capacidade empresarial dos seus promotores.

14. Voltando ao tema desta secção, agora pela positiva, o que é necessário introduzir na feição dos partidos políticos de modo a que os bons resultados – da perspectiva do bem comum ou bem-estar geral – sejam potenciados pelo exercício da função e privilégios que lhes estão constitucionalmente reservados?

Se é nos partidos que começa e se determina a governação do país, o primeiro passo é simples: eliminar todas as barreiras à inscrição nos partidos políticos e promover, com carácter geral, e com obrigatoriedade de pronunciamento a esse respeito, a oportunidade de inscrição num partido político à escolha. Acabariam por constituir uma minoria aqueles que, não querendo escolher nenhum, optassem por (e isso deveria ser permitido) anular o seu processo de inscrição através da inscrição de opção por mais do que um partido. Periodicamente, deveria ser renovada a oportunidade de inscrição num partido ou, para quem já estivesse inscrito, de mudança da inscrição para outro partido (periodização mais longa, neste último caso).

Evidentemente, o voto nas eleições para os órgãos de soberania continuaria a ser totalmente livre e exercitável em sentido oposto àquele promovido pelo partido onde o eleitor se encontre inscrito.

O objectivo deste primeiro passo, como é bom de ver, consiste num alargamento do colégio eleitoral do qual depende a escolha dos candidatos aos órgãos de soberania e, com isso, e em última análise, na promoção da diminuição séria do risco de os partidos serem capturados por representantes de interesses alheios à boa gestão da coisa pública. Acresce que, do ponto de vista, agora – que não é o deste trabalho, mas abro aqui uma excepção –, do ideal democrático, que sentido faz o cidadão eleitor estar limitado a plebiscitar meia dúzia de opções (ou menos, na prática, em razão do radicalismo destrutivo de algumas delas, de que os eleitores se vão conseguindo aperceber usando de bom senso e revisitando experiências históricas), negando-se-lhe, na prática, a possibilidade de intervir no momento prévio e decisivo da formação dessas mesmas opções governativas?

Comporta riscos? Alguns, designadamente de ordem demagógica, especialmente se se insistir em manter letrada e esclarecida apenas para efeitos estatísticos, uma substancial maioria dos cidadãos eleitores. Mas talvez menos riscos do que possa parecer à partida, tudo dependendo, como em tudo na vida, dos "actores políticos" que conseguissem ter voz nas décadas iniciais. De todo o modo, ficarmos pior do que estamos no actual estado do nosso sistema partidário, não seria fácil.

15. Depois, seria necessário facilitar, agilizar, a participação dos eleitores na vida dos partidos em que se encontrassem inscritos, criando-se plataformas informáticas (financiadas e mantidas pela coisa pública, com a supervisão que se entendesse adequada) para votações *on-line* e pensando-se em espaços para reuniões e

palestras de entrada livre, pelo menos, para os inscritos no partido. O objectivo é minimizar ao máximo o *collective action problem* – isto é, o incentivo para o *free riding* associado a toda e qualquer actividade (no caso, a de participação na vida partidária) cujos benefícios (a boa governação do país, no caso) não beneficiem ninguém em particular mas, antes, todos em geral –, através da minimização, tanto quanto possível, dos custos e esforço requeridos para o exercício da actividade em causa (no caso, actividade de participação na vida dos partidos), sem deixar de proporcionar a oportunidade, a quem nisso tenha gosto e interesse, de participar informalmente nas discussões e debates que o partido ou os seus membros entendam promover. Naturalmente, em épocas percepcionadas como de crise, do sistema ou de outro género, a participação tenderá a aumentar, e em épocas de normalidade, tenderá a diminuir. Mas o que é importante é manter sempre (e promover) a oportunidade ou possibilidade de participação, de modo simples e fácil, na vida partidária, quanto mais não seja pelo efeito dissuasor de comportamentos mais perniciosos e descarados, que sempre terá, pelo simples facto de existir, esta acessibilidade imediatamente accionável – pensada, financiada, organizada e mantida pela "coisa pública" – de intervenção na vida partidária.

16. Finalmente, deveriam ser impostas aos partidos políticos limitações rígidas às despesas com propaganda política, e ser criados incentivos para que usem os recursos disponíveis na promoção de estudos e debates de questões cuja problematização e busca de soluções alternativas interesse ao país começar a fazer – essa seria também uma forma de contribuir para gradualmente "letrar" mais os, e fazer uma introdução às dificuldades da governação aos, cidadãos eleitores, contribuindo-se, assim, para evitar que no longo prazo a demagogia, o logro, o engano, possam levar a melhor sobre os reais e permanentes interesses dos eleitores (indissociáveis da dinâmica económica do país), e para que estes possam ter contacto, com a assiduidade possível, com as elites que o universo eleitor seja capaz de gerar e o partidário de pôr a trabalhar em prol do interesse geral.

iv) Outras reformas

17. Círculos uninominais nas eleições para a Assembleia da República? No actual estado de descrença em que se pressente estarem os portugueses com respeito aos partidos que nos (ou não) governam, seria melhor do que nada, mas não ataca a raiz do cancro: ausência de densificação constitucional dos deveres fundamentais dos titulares dos órgãos de soberania e dos partidos; e o facto de estes últimos, em razão do seu desenho institucional e das inclinações próprias da natureza humana, estarem virados para si mesmos, para a promoção do seu próprio sucesso e interesses, acima de demasiadas outras coisas.

Os círculos uninominais contribuiriam porventura, com o tempo, para autonomizar os eleitos dos seus partidos, mas só na condição de, simultaneamente, se acabar com o monopólio constitucional da apresentação de candidaturas por partidos. De outro modo a independência possível dos eleitos seria apenas a que medeia entre o partido de que se pretendam desvincular e o partido que, eventualmente, se disponha a recebê-los para efeitos de apresentação de novas candidaturas (como sucede em certo grau ao nível das eleições autárquicas, apesar de aí já não haver um monopólio reservado aos partidos). É, convenhamos, muito pouco. Além de que essa solução traz consigo o efeito lateral, pernicioso, de acentuar egoísmos e lógicas divisionistas (com contas de merceeiro a sobrepor-se a tudo o mais) locais ou regionais, incompatíveis com a unidade que é fundamental preservar num país já de si pequeno no seu confronto com outras unidades culturais e históricas com as quais convive e com cujos interesses se confronta, quer queira, quer não. Tem, parece-me, precedência (ao menos lógica), tentar avançar-se no sentido do estabelecimento de um sistema partidário renovado e participado pelos cidadãos eleitores. Qualquer outro sistema, designadamente o dos círculos uninominais ou o da criação de autonomias regionais, será um caminho que apontará (a dinâmica nessa direcção será irresistível e, acrescente-se, inteiramente lógica da perspectiva dos interesses dos novos "actores políticos regionais") para um destino final incompatível com o de um país organizado para funcionar solidariamente a uma só voz, síntese de várias vozes fruto de uma lógica o mais abrangente possível.

Acrescente-se que a criação de autonomias regionais a pretexto da melhoria da administração da coisa pública não tem por condão mágico assegurar que essa será a lógica a que exclusivamente obedecerão as autonomias regionais, do mesmo modo que a proclamação legal ou constitucional da independência deste ou daquele órgão por si só nada assegura relativamente à sua efectiva independência. A representação de comunidades regionais (fala-se em cinco) constituídas em colégios eleitorais, com dimensões muito superiores à dos municípios, será o verdadeiro *driver* da evolução das autonomias regionais e daquilo em que se transformarão, mais vinte anos menos vinte anos, na competição que inevitavelmente iniciarão com o governo do país – não faltam exemplos contemporâneos, cá dentro e lá fora, do que podemos esperar em termos da dinâmica de intensificação da lógica regional ou local (em oposição e à custa da lógica nacional), e do enorme potencial desagregador que este processo (de regionalização) comporta. A autonomia política não se concede ou deixa de se conceder, a partir do momento em que se criam novos colégios eleitorais. Ela nasce com esta criação. E se estes colégios eleitorais forem suficientemente grandes em termos relativos (comparação com a dimensão do país), a sua capacidade de reivindicação efectiva originará a expansão, sob os mais diversos pretextos, mais tarde ou mais cedo,

da força e poderes "baseados nos colégios eleitorais regionais" (progressivo aprofundamento de uma lógica de orçamento e receitas próprias subtraídas ao bolo nacional, por exemplo), à custa do esvaziamento da força e poderes " baseados no colégio eleitoral nacional". A tendência será para a família portuguesa se ir separando e afastando: cada "irmão" tratará de ir construindo a sua casa, distanciando-se progressivamente das necessidades, dificuldades e interesses dos parentes e fazendo cada vez menos caso do que o progenitor (o Governo central, progressivamente esvaziado) pensa ou deixa de pensar. O caminho não é por aí. Portugal já tem a dimensão e capacidade económica de uma simples região, no contexto geográfico em que nos situamos e no mercado em que nos integrámos. Menos dimensão e mais divisão só acentuarão esta desvantagem com que partimos e tornar-nos-á presa fácil.

18. O tema do financiamento dos partidos devia ser tratado, a bem do adequado funcionamento destes como mecanismo de captação e filtragem de candidatos a órgãos relacionados com a governação do país, como de interesse exclusivamente público. Qualquer financiamento privado deveria ser proibido, com esta excepção: contribuições consignadas à realização de estudos, com rigorosa fiscalização da realização das despesas a tal destinadas. Não faz sentido que uma instituição que se quer a funcionar em prol do interesse geral, seja financiada por outros dinheiros que não os dinheiros públicos. No mais, e telegraficamente: a designação dos membros da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos, que para além de funções de fiscalização tem o monopólio do procedimento criminal por violações da lei do financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais (artigo 28.º, n.º 5, da Lei 19/2003), não devia estar dependente de um órgão – o Tribunal Constitucional (artigo 6.º da Lei Orgânica n.º 2/2005) – cuja composição é determinada, em última análise, pelas entidades sujeitas à fiscalização levada a cargo por essa Entidade (cuja composição está na dependência dos partidos políticos representados na Assembleia da República); a renovação dos mandatos dos membros desta Entidade (leia-se, a possibilidade de não serem renovados os mandatos – artigo 5.º, n.º 3, da Lei Orgânica n.º 2/2005) é outra fraqueza do desenho institucional deste órgão de controlo das contas dos partidos políticos; e o seu monopólio relativamente ao procedimento criminal só pode ter uma de duas explicações: ou que os partidos políticos desconfiam do Ministério Público; ou que os partidos políticos confiam nesta Entidade que os fiscaliza.

19. No que respeita à remuneração dos políticos, haverá duas linhas de orientação relevantes a considerar. Por um lado, por mais importante e decisivo que seja para a vida do país o desempenho deste ou daquele cargo político ou de governação, não é desejável criar incentivos puramente monetários com o objectivo de captar "os melhores" (muito menos no actual sistema partidário, onde o efeito se limitaria a um aumento da despesa pública sem qualquer reflexo

substancial nos critérios de escolha dos candidatos às eleições, em razão da relativa imunidade dos partidos a considerações de interesse geral na escolha de quem terá oportunidade de aceder ao poder governativo).

Estando em causa o interesse geral, parece ser importante que a selecção dos governantes se faça também em função do gosto, aptidão ou inclinação pessoal para cuidar de interesses alheios, pela simples satisfação ou realização pessoal (recompensa imaterial) de o fazer[1]. Para a governação do país não se devem criar incentivos que tendam a atrair sobretudo quem veja o cargo como um emprego que vale pelo que valer a remuneração associada, ou como uma promoção mais na trajectória ascendente de uma qualquer carreira, até porque quem assim veja o cargo mais dependente estará de, e obediente será a, quem quer que seja a quem deva ter chegado ao (e manter o) cargo político onde se encontre, em detrimento do imperativo legal e ético de obediência ao interesse dos governados.

Mas, por outro lado, também não é razoável prescindir-se de quem tenha as qualidades e aptidões aparentemente certas para a função governativa A ou B, porventura com impacto junto de milhões de portugueses e que porventura envolve a gestão de um orçamento de milhares de milhões de euros ou decisões relevantes para o nosso futuro colectivo, só porque a remuneração máxima legalmente permitida não permite ao escolhido, com provas dadas (e daí ganhar bem) na área onde se distinguiu, aceitar o cargo sem consideráveis rupturas e alterações na sua estrutura de custos familiar.

Daí que a solução equilibrada pareça andar algures por aqui: limite mínimo de remuneração para os diversos cargos governativos que funcionaria como a remuneração geral ou residual; depois, estabelecimento de um limite máximo relativamente generoso que permita evitar fazer perguntas sobre a estrutura de custos familiares do governante, sendo que o governante em causa poderá, até esse limite máximo, reclamar remuneração superior ao limite mínimo, desde que dentro (segundo limite máximo) da média das suas remunerações dos últimos três anos (por exemplo).

§ 3.º A ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

20. A Assembleia da República, no âmbito de um sistema partidário devidamente alinhado pela bitola dos interesses de todos os eleitores e, mais latamente,

[1] Ver James H. Davis, F. David Schoorman and Lex Donaldson, "Toward a Stewardship Theory of Mangement", *in Theories of Corporate Governance – The Philosophical Foundations of Corporate Governance*, edited by Thomas Clarke, Routleged, 2004, relativamente às condicionantes organizacionais, institucionais e culturais capazes de potenciar *agents* (governantes) que fazem escolhas desalinhadas com os seus próprios interesses pessoais em prol da prossecução de interesses do *principal* (governados).

de todos os governados, pode ser um órgão de fiscalização relevantíssimo do Governo. Fora desse cenário, tende a funcionar como um órgão enfeudado aos interesses partidários, cujos deputados estão sujeitos à "disciplina partidária", como se viu *supra*, pelo que a sua capacidade de fiscalização tenderá a perder muito em acutilância, imparcialidade e qualidade: deputados do partido do Governo invariavelmente o apoiam e protegem de fiscalizações indesejadas; deputados dos "partidos da oposição" tendem a usar da retórica e a apanhar a boleia dos casos tornados mediáticos em vez de exercerem uma efectiva fiscalização do Governo. Até porque os partidos da oposição mais relevantes foram, em tempos recentes, "partidos no poder", e esperam voltar a sê-lo, pelo que porventura não estarão em muitas situações em condições de "subir a parada", sob pena de sujeição ao risco de efeitos de *boomerang*.

Em suma, falar da Assembleia da República é inseparável da análise do sistema partidário que acima se efectuou, tendo o que aí se disse e se adiantou um reflexo directo e imediato no funcionamento deste órgão, pelo que nada mais de essencial poderia ainda aqui dizer.

§ 4.º O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

21. O Presidente da República, se bem que em certas circunstâncias possa incorrer no risco da dependência de hábitos e lógicas partidárias, tem uma força e autonomia de acção próprias que lhe advêm da eleição directa e por referência à sua pessoa em concreto. Essa autonomia sofrerá, porém, alguma limitação, na prática, em razão do cálculo político que possa presidir ao desejo de reeleição, pelo que se perde (ou ganha?) um pouco, pelo menos num primeiro mandato, na exacta medida da perda de alguma liberdade de julgamento e acção do Presidente da República.

Um mandato único por mais anos, como já tem sido sugerido (que me lembre, por exemplo, pelo dr. Alberto João Jardim), reforçará certamente a capacidade de manobra do Presidente da República. Mas isso, na prática, poderá também levar a que o Presidente da República se transforme ou tente transformar-se, agora com outra liberdade de acção, em mais um dirigente máximo na governação do país, com o consequente desgaste e perda de energias inerente – a não ser que se alargasse também, inequívoca e extensamente, os seus poderes executivos (mudança para um regime presidencialista) –, a afectar todos os envolvidos na refrega e a prejudicar o objectivo da concentração na boa governação da coisa pública.

Por um lado não temos, provavelmente, dimensão que nos permita dar ao luxo de nos dispersarmos muito. Acresce que parece ser boa prática que no desenho constitucional se atribua o poder executivo, sem ambiguidades, a um só

órgão (quanto mais não seja para evitar diluição de responsabilidades e impasses prejudiciais a todos). Mas, por outro lado, também não parece que em face das limitações constitucionais existentes, a margem de manobra acrescida (salvo revolução na prática constitucional em termos que revoguem a sua teoria) de um Presidente da República com um único (mas mais extenso) mandato, permita criar um segundo (e concorrente) "poleiro executivo". Tudo somado e com os dados actualmente disponíveis, a pergunta essencial parece ser esta: queremos ou não um órgão – Presidente da República – que é suposto funcionar como garante do regular funcionamento das "instituições democráticas", livre de cálculos políticos relativos à sua reeleição? Quanto mais não seja por uma questão de clarificação e transparência, talvez na resposta afirmativa esteja a melhor solução.

22. Por outro lado, as funções de fiscalização e de árbitro do nosso sistema político de que está incumbido o Presidente da República situam-se num plano que não é o que mais me interessa aqui abordar: os dinheiros públicos estão a ser aplicados conforme a respectiva orçamentação? O governante A ou B prevaricou ou não, e com que gravidade, na gestão do assunto Y? Em suma, como decorreu a gestão operacional da coisa pública pelo órgão de governação? Em casos extremos, a resposta a estas perguntas pode levar à intervenção do Presidente da República no uso dos seus poderes constitucionais, mas não são os casos extremos que me vão ocupar doravante – são os casos do "dia-a-dia".

§ 5.º O TRIBUNAL DE CONTAS

i) De novo o problema da omissão de densificação constitucional das obrigações e missões dos órgãos de soberania

23. Como se referiu já mais atrás, a Constituição devia densificar – coisa que não faz – os interesses aos quais o titulares dos órgãos governativos devem lealdade. Estes interesses, por outro lado, não se vê que possam ser outros senão os interesses de longo prazo (perspectiva inter-geracional) dos portugueses e do país.

E a avaliação do Governo, da perspectiva dos seus actos e actividades económico-financeiras, deveria ser feita tendo em conta, também, uma perspectiva alinhada com a destes interesses aos quais o Governo deveria estar constitucionalmente subordinado.

Além disso, o órgão de acompanhamento/avaliação da gestão dos dinheiros públicos por parte do Governo deveria ser dotado de meios, principalmente humanos, que o tornassem capaz de apreciar com a profundidade e na percentagem estatisticamente adequada em função dos objectivos preventivos ou dissuasores que a sua actuação deve servir, "a eficácia e eficiência, segundo critérios

técnicos, da gestão financeira" dos órgãos governativos e serviços deles dependentes, empresas públicas, etc. [cfr. artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LTC, doravante], e que o tornassem capaz de "realizar a qualquer momento, por iniciativa sua (...) auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados actos, procedimentos ou aspectos da gestão financeira de uma ou mais entidades sujeitas aos seus poderes de controlo financeiro" (cfr. artigo 55.º da LTC). O projecto de orçamento anual (cfr. artigo 32.º da LTC) deveria ter essa ambição.

Mas para se poder ter essa ambição de modo duradouro, necessário será também dispor de suficiente imunidade ao querer e poder do Governo e da Assembleia da República na composição que apoia o primeiro, designadamente imunidade constitucional, o que pode ser atingido através de uma maior densificação e clarificação da missão do Tribunal de Contas e – aspecto, também ele decisivo, de que se falará adiante – de uma previsão constitucional sobre o modo de nomeação das pessoas encarregues de fiscalizar a gestão e o dispêndio dos dinheiros públicos no âmbito deste órgão de fiscalização e controlo.

ii) À avaliação e controlo tem de se seguir a divulgação, expedita e facilmente acessível a todos, dos seus resultados

24. Para que o resultado do seu trabalho de avaliação tenha eco, seja divulgado – esse tem de ser sempre o objectivo final, ou o trabalho realizado na mediação da fiscalização dos governantes pelos governados, levado a cabo pelo Tribunal de Contas, de pouco servirá –, naquilo que depende do Tribunal de Contas deve ser prestada informação devidamente organizada e estruturada, acessível até, para além da sua organização de base, através de mais do que um critério de ordenação, e com sumários claros e concisos do que se avaliou a cada propósito e dos resultados dessa avaliação.

Também para alcançar este decisivo propósito são necessários meios, humanos e materiais (incluindo ao nível da informática), e nos tempos que correm toda esta informação deverá estar disponível *online*. E também este propósito (adequada divulgação) deveria estar constitucionalmente consagrado.

iii) A escolha do fiscalizador não pode ser feita por pessoas nomeadas pelo fiscalizado

25. E, agora, a não menos decisiva questão do preenchimento de lugares neste órgão de fiscalização e controlo. Faz-se, actualmente, "mediante concurso

curricular", realizado perante um júri de cinco pessoas, das quais duas escolhidas pelo Governo (pelo mais importante dos órgãos sujeitos – embora nunca mencionado como tal – ou do qual dependem os órgãos e serviço sujeitos, à fiscalização do Tribunal de Contas) e uma terceira escolhida por um órgão estreitamente relacionado com o Governo no âmbito do nosso sistema constitucional e partidário – a Assembleia da República (artigo 18.º da LTC).

Os outros dois elementos do júri são produto, por sua vez, de uma colheita resultante de selecção anteriormente realizada nos moldes aqui em curso de descrição (assumindo-se, para simplificar, a sua intemporalidade) – são eles o juiz mais antigo do Tribunal de Contas e o Vice-Presidente do Tribunal de Contas.

Ou seja, e como é fácil perceber, há uma dependência do órgão fiscalizador, na sua composição – e não devia haver, por razões que no que a mim respeita dispensam qualquer elaboração adicional –, relativamente ao mais importante dos órgãos (aquele que se encontra no topo da governação da coisa pública) por si fiscalizados.

26. Não deveria ser assim. Para garantir e reforçar o objectivo – essencial – do autogoverno do Tribunal de Contas (cfr. artigo 7.º da LTC), bom seria que os dois membros do júri de recrutamento actualmente nomeados pelo Governo e o membro designado pela Assembleia da República, fossem designados pelo Presidente da República – que tem à sua responsabilidade apenas o dinheiro público destinado à Presidência da República – ou, como seria preferível para evitar qualquer politização, real ou aparente, do cargo em causa, fossem sorteados de entre um lote proposto por faculdades de referência nas áreas de especialidade requeridas para as funções (não posso aqui estudar a governação das universidades, mas espero um dia poder fazê-lo).

E as linhas gerais desta separação entre escolha do júri de recrutamento de juízes para o Tribunal de Contas e os principais órgãos que serão objecto da sua fiscalização, deveria, evidentemente, estar constitucionalmente consagrada. Estes assuntos (ao contrário das muitas proclamações que a nossa Constituição se entretém a fazer) é que constituem as matérias decisivas e fundamentais para o bom funcionamento das "instituições democráticas" e bom "governo dos povos", constituindo, por isso, os tópicos a merecerem, por natureza, a atenção constitucional.

Para rematar, para imunizar o Tribunal de Contas contra quaisquer tentativas de politização da sua função, o seu presidente deveria ser escolhido pelos pares[2] ou, no limite, pelo Presidente da República – mas, nunca, pelo Governo, como sucede hoje em dia.

[2] Ver, neste sentido, entrevista ao "Sol", publicada na sua edição de 5 de Fevereiro de 2010, de Carlos Moreno, Juiz Jubilado do Tribunal de Contas.

iv) Para além da actual consagração legal de mecanismos de efectivação de responsabilidade financeira

27. O objectivo de qualquer desenho institucional que vise o controlo e fiscalização de órgãos encarregues de zelar por interesses alheios, não é apanhar muitos faltosos ou obter muitas condenações. Pelo contrário, o bom sistema é aquele que, em razão do efeito preventivo e dissuasor decorrente da qualidade da sua concepção e da efectividade da sua actuação, poucos apanha na sua malha.

Mas é preciso ter muita cautela na avaliação que se faz dos resultados, uma vez que um mesmo resultado – apanhar poucos ou nenhuns faltosos – pode ser consequência de sistema de controlo com qualidades, justamente, opostas às ideais: nada nem ninguém se apanha, por absoluta ausência de eficácia preventiva ou dissuasora, por o sistema não passar de um simulacro de controlo, de uma encenação, mais ou menos custosa para o erário público, ou por haver demasiada discricionariedade deixada pela lei nas mãos dos governantes sujeitos à fiscalização[3] (ausência "do que controlar").

28. É este último ponto que me vai agora aqui interessar. À semelhança do que se passa com as sociedades comerciais, não se pode, a propósito da governação do país (ou de uma autarquia local) da perspectiva dos seus aspectos económico-financeiros, aplicar critérios de exigência semelhantes aos previstos nos regimes gerais de responsabilidade civil.

Dada a dificuldade e incertezas que rodeiam a tarefa de governar, tem de haver uma margem de tolerância relativamente ao erro bastante maior do que a tradicionalmente associada aos regimes de responsabilidade civil, ou de outro modo só se vai conseguir uma governação tíbia, paralisada pelo receio de vir a ser responsabilizada, incapaz de decidir quando isso se impõe e não obstante os níveis de incerteza que se não tenham conseguido superar[4].

Mas, concedida que seja uma margem de tolerância acrescida, nada justifica que, para além dessa fronteira, designadamente nos casos de quem tenha gerido com comprovada deslealdade por referência aos interesses que devia defender (e que carecem ainda, incompreensivelmente, de constitucionalização inequívoca mínima, como se viu acima), e nos casos de quem tenha actuado com patente e irrefutável negligência (porque podia ter-se informado e não quis; porque ignorou informação essencial; etc.), seja, pelo menos, "nomeado" ou "apontado" (a haver responsabilidade civil nestes casos de negligência grosseira, esta teria de ser vista mais pelo prisma da sanção do que pelo do ressarcimento – o mesmo é dizer, deve-

[3] Ver, a este propósito, a citada entrevista ao "Sol" de Carlos Moreno, Juiz Jubilado do Tribunal de Contas.

[4] Sobre esta temática e no contexto das sociedades comerciais, tive já oportunidade de escrever alguma coisa – cfr. "Responsabilidade Civil dos Administradores", *in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Janeiro de 2008, pp 274 e ss.

riam fixar-se limites quantitativos para a obrigação de indemnizar, limites que não poderão existir, evidentemente, em caso de dolo, ou caso se verifiquem os pressupostos actualmente já previstos na legislação para a responsabilização financeira).

Esta nomeação, este apontar de nomes sempre que se justifique e dentro da apontada margem de tolerância de que deve beneficiar quem ocupe cargos de governação, devia ser feita e divulgada pelo Tribunal de Contas. A informação acerca desta avaliação ou juízo efectuado através da mediação do Tribunal de Contas ou órgão equivalente, tem também de chegar ao *principal*, aos governados, quanto mais não seja para efeitos de estes daí retirarem as consequências políticas que entenderem. Se, porventura e a acrescer, existirem contornos criminais, outro órgão com funções de mediador na fiscalização que os governados têm o direito de fazer (o Ministério Público – do qual falaremos mais adiante, no contexto, também, da sua articulação com o Tribunal de Contas) deverá encarregar-se, então, da promoção do processo.

29. Actualmente o que existe a este propósito é pouco ou nada: para além da responsabilidade por pagamentos ilegais (sendo que a ilegalidade inexiste na medida da liberdade relativamente a constrangimentos ou critérios minimamente precisos que a lei, à partida e sem quaisquer outras considerações, reservar para o decisor), da responsabilidade pela "não arrecadação de receitas que constituam direito da coisa pública", da responsabilidade pelo desaparecimento ou desvio de valores do Estado – dir-se-ia, as responsabilidades básicas "mínimas" –, e de uma responsabilidade sancionatória com limites para as multas relativamente baixos, nada mais foi consagrado (cfr. artigos 59.º e segs. da LTC).

§ 6.º OS TRIBUNAIS JUDICIAIS E A MAGISTRATURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

30. A perspectiva de análise é, essencialmente, como se indicou já na introdução, a da contribuição do poder judicial para a fiscalização dos, e repressão de ilícitos cometidos pelos, poderes públicos (e quem os encarne), *maxime* o Governo.

No entanto, muito do que a esse propósito se dirá é também pertinente para o exercício, em geral, da função soberana de julgar (ou da função de investigar e acusar, no caso do Ministério Público).

i) Da formação técnica dos, e do apoio técnico aos, magistrados

31. Eu só posso julgar bem, acusar com propriedade e investigar de forma esclarecida e apropriada, se souber ler e compreender a realidade que estiver em causa ou que me for presente. Muitas áreas existem em que os juízos requeridos

teriam mais qualidade (e aceitação pelos destinatários da justiça) se fossem feitos por quem tenha uma formação de base noutra área que não a jurídica. Daí que fosse de ponderar permitir o acesso à magistratura, mediante cursos prévios com especial incidência em matérias processuais e princípios constitucionais, a licenciados noutras áreas, acompanhando essa medida de uma reorganização dos tribunais de competência especializada e do modo de afectação dos magistrados aos mesmos.

Sem prejuízo desta possível (e, a meu ver, desejável) abertura relativamente à base de recrutamento da magistratura, parece-me fundamental, paralelamente, que se invista na formação recorrente ("contínua")[5] dos magistrados provenientes da tradicional área jurídica, em áreas como a das finanças empresariais, contabilidade ou psicologia (as necessidades mais comuns, ou mais relevantes da perspectiva da "coisa pública", devem ser melhor identificadas), dinamizando-se a previsão normativa do artigo 10.º-B do Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ), para além do investimento na criação de um corpo de especialistas em diversas áreas, móvel e permanentemente acessível, de apoio aos magistrados.

Um magistrado bem apoiado, com uma formação sólida variada e que vai enriquecendo ao longo da sua vida profissional, devidamente assessorado (com informalidade) sempre que necessite, por um corpo de peritos interno, terá sempre níveis de confiança pessoal e de segurança superiores para lidar com situações difíceis, para não se deixar levar por expedientes de lisura questionável e para produzir decisões de maior qualidade e mais previsíveis. O efeito conjugado de tudo isto será uma maior autoridade natural, um maior respeito por parte de todos quantos recorrem à justiça e uma diminuição de litígios cuja única razão para subsistirem seja a morosidade da justiça e/ou a sua imprevisibilidade (efeito preventivo de litígios levados até à fase judicial, que uma melhoria da justiça, nesta direcção, potencia).

ii) Da necessidade de criação de condições de independência relativamente ao poder político

32. É proibido aos magistrados judiciais – e muito bem – o exercício de actividade política – artigo 11.º do EMJ (mas nada parece impedir, de acordo com a legislação que nos rege, que se inscrevam e continuem inscritos em partidos políticos – confrontar os números 1 e 2 do artigo 21.º da Lei Orgânica n.º 2/2003, a Lei dos partidos políticos). Infelizmente, por razões às quais os magistrados

[5] Na formação ministrada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) que precede o acesso às magistraturas, já têm relevo não despiciendo, no plano curricular, matérias extra jurídicas.

judiciais são alheios mas a cuja lógica estão submetidos, quer queiram, quer não, a classe a que chamarei de "dirigente", no seio da magistratura, é em muito considerável medida escolhida pela classe política.

Com efeito, os membros do Conselho Superior da Magistratura – que é o órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial (cfr. artigo 136.º do EMJ) – são 16, sendo 9 escolhidos pelo poder político – 2 pelo Presidente da República e 7 pela Assembleia da República – e 7 pelos próprios magistrados judiciais (cfr. artigo 218.º da CRP).

Este órgão, cuja composição está maioritariamente dependente das escolhas do poder político, tem poderes de nomeação, colocação, transferência e exercício da acção disciplinar sobre os juízes dos tribunais judiciais (cfr. artigo 217.º, n.º 1, da CRP, e o EMJ).

33. Quer isto dizer que no decurso da sua carreira, os juízes dos tribunais estão dependentes de um órgão cuja composição é maioritariamente determinada pelo poder político. Quer isto também dizer que – será essa a dinâmica natural desencadeada por este desenho institucional – os juízes que tenham a ambição de fazer parte do órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial tenderão a aproximar-se do poder político, em última análise, dos partidos políticos, e que estes últimos procurarão atrair para a esfera de influência partidária juízes que, em razão da ligação assim criada, do ponto de vista partidário sejam então vistos como a opção mais conveniente para efeitos de preenchimento de lugares (através de eleição pela Assembleia da República – dominada pelos partidos políticos, como se viu já) no órgão de gestão e de disciplina do poder judicial.

Tendo em conta que depende do Conselho Superior de Magistratura a designação dos inspectores que avaliam e propõem a classificação dos juízes (cfr. artigo 24.º do Regulamento das Inspecções Judiciais), que quem decide as classificações em termos finais é este mesmo Conselho Superior de Magistratura (cfr. artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento das Inspecções Judiciais e o artigo 33.º e segs. do EMJ), que as promoções na carreira dos juízes para ocupação de vagas em tribunais superiores são decididas, também, pelo Conselho Superior de Magistratura (cfr. artigo 217.º, n.º 1, da CRP, e artigo 46.º e segs. do EMJ), e que de entre os magistrados judiciais eleitos pelos seus pares para o Conselho Superior da Magistratura, num total de sete, três terão de provir de tribunais superiores (cfr. artigo 142.º do EMJ), fácil é perceber que com o correr do tempo e com a dinâmica instalada em razão deste desenho institucional, o potencial de influência do poder político no órgão superior de gestão e disciplina da magistratura terá boas hipóteses de se reforçar.

34. Tudo isto é – no meu modo de ver, e que mais adiante será contrastado com outras "visões" – incompatível com a independência que se anuncia querer reservar para o poder judicial.

É que não basta proclamar a independência dos juízes, dar-lhes o direito de reclamar perante outros poderes, essa mesma independência, nos termos da lei e da Constituição. É preciso que, ao menos naquilo de que depende a carreira dos juízes, o poder político nada tenha para oferecer aos juízes, nada tenha com que os aliciar. E, para isso, é preciso que o poder político não tenha qualquer voz – apenas observadores, para efeitos de acompanhamento que permita a busca de soluções que aumentem a qualidade e eficácia do poder judicial – nas nomeações para o órgão superior de gestão e disciplina dos juízes. Já basta a influência que, por portas travessas, pela criação de outro tipo de dependências, de ordem familiar, por exemplo, um poder político eticamente menos empenhado procure eventualmente criar ou, quando mero fruto de circunstâncias fortuitas, procure utilizar em seu proveito. E *vice versa*.

Isto é, sendo um facto que a natureza humana torna impossível prevenir a 100%, nesta como noutras áreas, situações construídas ou acidentais de promiscuidade, susceptíveis de influenciar negativamente o desempenho das funções politica e judicial, nada impede que em termos de desenho institucional do autogoverno do poder judicial se evite a criação de oportunidades ou ocasiões que potenciem a consumação deste tipo de aliança.

E, do que tenho podido observar, a impressão que me tem ficado – pelo menos no que respeita à grande massa do poder judicial na base da sua pirâmide – é a de que o interesse e desejo em promover um efectivo autogoverno do poder judicial, é grande. Pena que essa justa bandeira – pelo menos é essa a impressão que tenho retido de tudo quanto oiço e vejo – esteja a ser empenhada por estruturas sindicais que não deviam ter lugar na representação de titulares de órgãos de soberania como os tribunais (mesmo que não houvesse risco de captura das estruturas sindicais por partidos políticos). Mas melhor isso do que nada. E talvez a emergência dessas estruturas sindicais seja uma consequência, principalmente, de um certo vazio que se tenha criado com respeito à defesa do princípio do *efectivo* (para além da sua eventual proclamação) autogoverno do poder judicial, que carecesse de ser preenchido, defesa que nesse caso tenderá a perdurar nestes moldes, enquanto o objectivo prosseguido não for atingido.

iii) Das causas da apregoada crise, e perda de prestígio, do poder judicial

35. Justa ou injustamente, a mensagem que tem vindo a ser passada para a opinião pública, através da opinião publicada – e, é justo dizê-lo, em consequência de alguns factos indesmentíveis – é a de que o poder judicial atravessa uma crise sem precedentes desde que foi instituído o regime sob cuja batuta actualmente vivemos.

É curioso notar – eu, pelo menos, noto – que nunca como desde há uns anos a esta parte se iniciaram tantos processos de investigação ditos "mediáticos", contra políticos, ou ex-políticos com fortes ligações históricas em termos de vida política activa a forças partidárias, no âmbito dos quais uma das "defesas" mais apregoadas (por actores e ex-actores políticos de relevo) tem sido a que se consubstancia na "acusação" de "motivação política dos processos". Muitos comentadores políticos de serviço, pela sua parte, dão, intencional ou inadvertidamente, uma estocada adicional na credibilidade da justiça quando concluem, assepticamente, que no "mínimo a justiça sai muito mal vista de tudo isto". O grande alarido criado, pela comunicação social e pelos visados, acompanhado da falta de "resultados" relativamente às expectativas criadas, pelo menos quando avaliados à luz das decisões finais nas instâncias últimas, permite comodamente atirar mais aquela farpa à justiça.

A pergunta que se impõe, no meio de tudo isto, é evidente: tendo em conta, também, que as deficiências e insuficiências no funcionamento da justiça vêm de longa data, o que representa realmente a causa e a consequência do facto político "crise do sistema judicial"? Os candidatos a estas duas posições são (a ordem é arbitrária), isoladamente ou em associação, (i) o coro de críticas ao poder judicial dos últimos anos (ii), o aumento muito significativo dos inquéritos criminais envolvendo políticos e (iii) o mau desempenho das funções judiciais[6]. Admitindo que esta última possa ser a causa, ou uma das causas, onde está a razão maior dos maus desempenhos? Na lei processual? Na base da pirâmide do poder judicial? No topo? Mais genericamente ou como causa remota, no desenho institucional do órgão superior de gestão e disciplina dos magistrados judiciais?

36. Uma coisa é certa: a justiça que temos, ou que não temos e devíamos ter, resultou do desenho e coloração que o poder político (incluindo aqui aquilo que este cristalizou constitucionalmente), lhe imprimiu. É este poder político (que radica, em última análise, nos partidos políticos e praticamente só neles, como se viu) que:

i) decide o desenho institucional da governação do poder judicial;

ii) umbilicalmente relacionado com esta decisão política, procura afastar-se ou, pelo contrário, procura atrair para a sua esfera de influência, de maneiras diversas e por força de incentivos diversos, elementos chave na organização do poder judicial;

[6] Creio que o mediatismo de alguns magistrados será em geral mais uma consequência – o resultado de um efeito de arrastamento – do que propriamente uma causa (quem, como classe ou individualmente, é visado mediaticamente, natural é que, mais tarde ou mais cedo, se comece a defender, mediaticamente também). Mas isto não quer dizer que este processo de mediatização não possa entretanto ter gerado as suas próprias dinâmicas, levando a fenómenos de procura de mediatismo mais artificiais (menos justificáveis), incluindo-se aqui, evidentemente, os advogados. De todo o modo, não creio que more aqui a raiz do problema.

iii) analisa as carências em termos de formação técnica, designadamente em áreas estranhas ao direito, dos magistrados judiciais, e decide acerca do modo do seu suprimento (ou nada faz a esse propósito);

iv) define a idade a partir da qual se pode ter a responsabilidade de julgar casos mais ou menos complexos;

v) faz e desfaz as leis processuais que amarram – porque se desconfia – ou libertam – porque se confia e se planeou antecipadamente de modo a poder confiar-se – o juiz para exercer a sua função do modo que as circunstâncias do caso melhor aconselharem;

vi) faz e desfaz as leis penais que autorizam ou impedem o juiz – respeitador das fronteiras da sua autoridade e poder – de condenar nesta ou naquela situação;

vii) faz, ou não faz, o diagnóstico, e estuda e implementa, ou não, as soluções capazes de melhorar as inúmeras tarefas burocráticas que a todos ocupam nos tribunais; etc.

É inaceitável, omitindo-se que o controlo de todos estes factores, críticos para o bom funcionamento do sistema judicial, está fora das mãos dos juízes e na total dependência do poder dos partidos políticos, atirar-se sonsamente com a atoarda de que o sistema judicial está em crise ou que o funcionamento do sistema de justiça é uma vergonha. Vergonha, talvez, mas para quem?

iv) Das vantagens de um efectivo autogoverno da função judicial

37. "*In general, courts can be seen either as pure gatekeepers of the law or as innovative lawmakers who engage in what is sometimes called judicial activism.*"[7] Nos EUA, por exemplo, muito por "culpa" do movimento chamado de realismo jurídico[8] e do método de designação dos juízes (por eleição, em muitos Estados, com a consequente necessidade de desenvolvimento pelos candidatos de uma actividade política com vista a ganhar o apoio do eleitorado, e por escolha política, no caso do *Supreme Court*), existe algum (substancial) "activismo judicial".

Na tradição legal e cultural em que nos situamos, o activismo judicial não marca presença (não é assim que percepcionamos a função judicial e que esta se vê a si mesma). E tanto quanto sou capaz de alcançar, o autogoverno da função judicial não mudaria este estado de coisas, pela razão simples de que manteria

[7] Sofia Amaral Garcia, Nuno Garoupa e Veronica Grembi, *Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The case of Portugal*, University of Illinois College of Law, Research Paper No. LE08-021, July 7, 2008, p. 2, disponível no endereço electrónico http://ssrn.com/abstract=1156281.

[8] Sobre o qual fiz uma breve referência descritiva e explicativa (recorrendo a Anthony D'Amato) em *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesse*, Coimbra Editora, Novembro de 2009, pp. 89 a 93.

intactos os mecanismos de autocontrolo colectivo, agora com a novidade de serem expurgados de influências de outros poderes em relação aos quais é fundamental a independência do poder judicial[9].

Evidentemente haverá sempre a tendência, por parte dos outros poderes porventura fiscalizados com outra eficácia relativamente ao cumprimento dos seus deveres de lealdade à coisa pública, para se defenderem atacando e, perante um poder judicial independente e actuante a esse nível, acusarem-no "de se ter deixado politizar" (envolver na luta política), para assim, através desta retórica, lançando a confusão, darem início ou reforçarem um processo político de condicionamento ou domesticação do poder judicial face a outros poderes soberanos que circunstancialmente o primeiro tenha de fiscalizar, designadamente do ponto de vista dos ilícitos criminais cometidos no exercício das funções de administração do património e dinheiros públicos. É preciso dar um grande desconto sempre que os poderes governativos atacam o poder judicial por ocasião deste ou daquele processo envolvendo governantes ou ex-governantes abrigados nos partidos políticos.

38. *While judicial independence is widely studied, accountability has been the subject of much less inquiry. It requires that the judiciary as a whole maintain some level of responsiveness to society, as well as a high level of professionalism and quality on the part of its members."*[10]. Por um lado, quer-se um poder judicial independente dos outros poderes soberanos, imune à influência ou controlo externo; por outro lado, não se quer deixar de exigir que o poder judicial preste contas da sua actividade, e para prestar contas da sua actividade em teoria deveria estar sujeito a controlo externo.

Os *judicial councils* (como o nosso Conselho Superior de Magistratura) seriam órgãos instituídos com o propósito de separar a nomeação, promoção e disciplina dos juízes do processo político-partidário (*independence*) e, simultaneamente, de assegurar que os juízes prestam contas (*accountability*), havendo uma "(...) *wide variety of models of councils, in which the composition and competences reflect the concern*

[9] E é preciso não esquecer que qualquer que seja o modo de organização do governo do poder judicial, a sua escolha e, portanto, a sua modificação e substituição, está fora do controlo do poder judicial (em teoria e, no nosso sistema e respectiva vivência, constitucional, na prática), pelo que também por via desta "ameaça externa" não vislumbro qualquer perigo de "activismo judicial" no horizonte caso se mudasse para um paradigma de efectivo autogoverno da função judicial. Pelo contrário, dada a facilidade com que no nosso país se faz e desfaz, o risco estaria antes em, sob o falso pretexto de o poder judicial estar a extravasar do âmbito que na nossa tradição lhe tem sido reservado, haver a tentação, para pôr cobro a eventuais actuações incómodas do poder judicial com respeito aos titulares do poder político, de retirar-lhe o autogoverno que num primeiro momento lhe tivesse sido outorgado.

[10] NUNO GAROUPA and TOM GINSBURG, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence* (American Journal of Comparative Law, Forthcoming), November 18, 2008, p 4, disponível no endereço electrónico http://ssrn.com/abstract=1303847.

about the judiciary in a specific context, balancing between demands for accountability and independence."[11]

O que está aqui em discussão é o modelo de *judicial council* em termos da sua composição, assumindo-se como boa a solução actual relativamente às suas competências (de que se destaca o poder disciplinar e a gestão das classificações e promoções). Isto é, assume-se como boa a solução do "autogoverno", mas questiona-se se esse autogoverno é efectivo ou se, pelo contrário, embora proclamado e institucionalizado, se encontra condicionado ou em parte considerável capturado por influências externas relativamente às quais deveria manter distância, em razão do modo de designação dos membros do Conselho Superior de Magistratura e das dinâmicas que, com o tempo, esse modo de designação acaba por criar.

39. Opinam NUNO GAROUPA e TOM GINSBURG que "(...) *the periodic reforms of judicial appointments and management that we observe within and across countries reflect a dialectic tension between the need to de-politicize the judiciary and the trend toward judicializing politics. Independence is needed to provide the benefits of judicial decision--making; once given independence, judges are useful for resolving a wider range of more important disputes; but as more and more tasks are given to de judiciary, there is pressure for greater accountability because the judiciary takes over more functions from democratic processes."*[12]. Este é, como ponto de partida, um bom modelo teórico: nele se prevê que, como num pêndulo, no longo prazo as dinâmicas criadas levam a que se balance entre sistemas onde se reforça a independência dos juízes (em resposta à sua excessiva deferência aos poderes políticos) para depois, reconquistado o prestígio e utilidade da função, se entrar num processo de conquista de terreno (competências) pelo poder judicial aos, e sobrepondo-se a, outros poderes, até que, chegados a um limite (ao outro extremo do movimento pendular), a pressão para se instituir uma fiscalização sobre os próprios juízes leva a que, em detrimento da sua independência, se volte a um modelo focado principalmente na "*accountability*".

O que estes autores nos ensinam nos seus trabalhos académicos é, antes de mais, que a realidade é dinâmica, evolui, e que por força do sentido dessa evolução soluções de *governance* (no caso, governação do poder judicial) que no passado faziam sentido, podem, entretanto, "no presente", ter deixado de ser equilibradas, ter deixado de gerar os melhores resultados. Não há soluções puras e imutáveis porque os problemas a que urge dar resposta também não são unidimensionais nem imutáveis. No nosso caso, se o poder judicial, sob essa veste e com as suas imunidades e prerrogativas, entrar pelo campo político da governação, em vez

[11] NUNO GAROUPA and TOM GINSBURG, *Guarding...*, p 5.

[12] NUNO GAROUPA and TOM GINSBURG, *Guarding...*, p 18.

de se limitar a fiscalizar o cumprimento das leis, e não for capaz de gerar, internamente, os mecanismos correctivos adequados para travar esse processo, então a intervenção do poder legislativo terá de passar da ameaça (sempre presente) à acção e, através de condicionamentos e soluções exteriores ao poder judicial colectivamente considerado, restabelecer o equilíbrio de poderes perdido.

40. Mas antes dessa solução radical, urge primeiro acertar no diagnóstico. É aqui que reside o busílis do problema. O grande potencial para teatros, encenações, logros e enganos é, neste âmbito, enorme. É que, os órgãos de governação (juntamente com o parlamento que os suporte) terão sempre a inclinação natural para se sentirem injustificadamente importunados (mesmo que sejam, sem excepção, bem intencionados) com as fiscalizações e controlos que lhes venham dizer que aquilo que se pretende fazer ou que se fez não está conforme à lei que nos rege. Estas fricções incomodarão todos os partidos com acesso ao poder, sem excepção. E quanto aos governantes mal intencionados, nada mais é necessário aqui acrescentar. Daí que as probabilidades sejam fortes, com o correr do tempo, de que surja uma oportunidade e pretexto que una os partidos com acesso ao poder no objectivo de domesticar um poder judicial que aja com "demasiada independência". A tentação nesse sentido será natural, mesmo que a honestidade impere. E caso as estruturas da governação sejam capturadas por *malevolent groups*, o silenciamento ou descredibilização de quaisquer ógãos de fiscalização que se atrevam a agir com independência será um imperativo lógico.

Daí que – e não tanto pelos excessos que, no longo prazo, possam vir a ser cometidos – seja difícil instituir e manter de forma duradoura, um poder judicial que, efectivamente, se autogoverne. É quase irresistível, para o poder político (aqui como noutros países), sujeito à fiscalização da legalidade dos seus actos (e da sua lealdade aos interesses dos governados, por oposição à prossecução de interesses próprios) pelo poder judicial, não usar as competências que tem relativamente ao desenho da organização e gestão deste último, para introduzir elementos no mesmo que permitam, do modo mais subtil possível, mas permitam, ter no seu seio elementos com os quais haja afectividade. E quando, fruto da independência por momentos afirmada ou conquistada, o poder judicial, ou parte dele, fiscalize efectivamente o poder político, esta tentação aumentará exponencialmente e, com ela, os riscos para a desejada e útil independência judicial.

41. Ou seja, a independência judicial já está suficientemente condicionada pelo simples facto de estar nas mãos de outros poderes fiscalizados pelo poder judicial, mudar o modo do seu governo e administração. E está ainda mais condicionada pelo facto de, sempre que se atreva a fiscalizar efectivamente actuações de cidadãos com posições de influência junto dos órgãos que decidem do modelo de governo da função judicial, sofrer ataques (à sua credibilidade e intenções) com instrumentos, técnicas e meios fora do alcance dos magistrados ou que, por

tradição, vocação e treino profissional, não fazem parte do ADN dos juízes e contra os quais estes pouco podem (será esta mais uma das causas da existência de associações sindicais – que no meu modo de ver não deviam existir como veículos de representação dos magistrados – nas magistraturas? Serão estas associações uma resposta à necessidade sentida de defender a magistratura de ataques à sua independência? Se a resposta for afirmativa, menos mau).

Acresce que a razão de existir do poder judicial reside na resolução de litígios e no controlo da legalidade. Ora, tendo em conta a enorme fatia dos recursos de um país e os poderes de interferência com a distribuição dos restantes recursos e sua utilização, que os governos têm, o controlo dessa legalidade cruza-se, cada vez mais, com a actividade dos governos. Se estes têm ou aumentam o seu poder real sobre a sociedade e os seus recursos, natural e desejável será também que o poder judicial tenha ou aumente o seu poder real (e frequência) de fiscalização da legalidade da actuação (e lealdade aos interesses dos governados) dos governos. E isso só se consegue se houver efectiva independência relativamente a estes outros poderes fiscalizados, pelo que este tem de ser o traço característico do poder judicial. A *accountability* (perante os "governados", nominalmente, mas com a mediação ou interferência de outros poderes soberanos) não deverá ser princípio estruturante da organização do poder judicial, mas tão-somente justificação política para intervenção legislativa limitadora da expansão daquele poder, logo que este ultrapasse (na realidade, que só transparece filtrada que esteja da retórica política que a encobre) o âmbito (controlo da legalidade) da missão que justifica a independência.

"*From our perspective, the key question is what audience the judiciary is addressing in its decision-making*"[13]. Agora da perspectiva de que aqui me ocupo, diria que o (efectivo) autogoverno (a independência) permite afastar o espectro de os juízes se porem a fazer cálculos, consciente ou inconscientemente, acerca do agrado ou desagrado com que a sua decisão neste ou naquele caso politicamente mais sensível, será vista pelos partidos políticos reinantes.

Este efectivo autogoverno só fica assegurado se os juízes elegerem a totalidade dos membros do seu órgão superior de gestão e disciplina, limitando, no máximo, a intervenção de outros poderes soberanos, à indicação de observadores para acompanharem essa gestão.

A *accountability* técnica (qualidade das decisões) consegue-se com mecanismos de recurso, com as classificações dos juízes e com o *feedback* que estes recebem da sociedade em geral e de outros intervenientes no, ou observadores do, sistema

[13] Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, *Reputation, Information and the Organization of the Judiciary*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 503 (2d series), December 2009, p 26, disponível no endereço electrónico http://ssrn.com/abstract=1523954.

judicial (advogados e académicos) – deve, em contrapartida, ser mais exercitada a liberdade para, em tom sereno (sem histerias) e fundamentadamente, dizer-se o que se pensa acerca do acerto, ou falta dele, das decisões dos juízes, uma vez que isso, no contexto de um ambiente estável, tranquilo e descomplexado que porventura possa a vir a dominar o nosso sistema judicial, contribuirá certamente para melhorias no seu funcionamento (no funcionamento da justiça). E a melhoria técnica pode ainda ser planeada e conseguida (e aqui, sim, o poder político deve empenhar-se e promover o adequado) através do reforço da formação e apoio aos juízes em áreas diversas da jurídica, para que estes fiquem melhor preparados para distinguir o trigo do joio e melhor possam actuar quando chamados a julgar casos crescentemente (na realidade, ou só na aparência) mais complexos.

v) O Tribunal Constitucional

42. A nossa Constituição ocupa-se largamente de aspectos substantivos do funcionamento da sociedade e respectiva legislação que o há-de reger, nos mais diversos aspectos, amarrando ideologicamente os governos eleitos por novas gerações (por novos ocupantes – transitoriamente, também estes – desta "ocidental praia lusitana") às suas escolhas cristalizadas em certo momento histórico, e prescinde, como se viu já aqui e acolá, de densificar minimamente aspectos decisivos e de carácter mais estrutural ou permanente (embora, evidentemente, também modificáveis), respeitantes ao desenho dos nossos órgãos de soberania e aos deveres dos seus titulares.

Sendo este o nosso contexto constitucional, não é má ideia que o Tribunal Constitucional seja composto por juízes na sua maioria eleitos pela Assembleia da República (artigo 222.º da CRP e artigo 12.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal Constitucional). Com efeito, se a fiscalização do cumprimento da Constituição ficaria melhor entregue a um órgão imune ao poder político (ainda que especializado, também) caso estivesse em causa promover a fiscalização do respeito por alguns princípios gerais, do respeito por direitos, liberdades, e garantias pessoais e de participação política, e do respeito pelo desenho institucional dos órgãos de soberania e respectivas competências, já quando se entra no campo da fiscalização dos, assim chamados, "direitos sociais, económicos e culturais", invade-se um território indistinguível daquele outro em que as decisões são tradicionalmente perspectivadas como pertencendo aos órgãos cuja composição resulta de escolhas, em eleições periódicas, pelos governados. Assim sendo, melhor será que o órgão de "fiscalização" da compatibilidade das políticas públicas com esta parte da Constituição seja, na sua composição, dependente do poder político sujeito a sufrágio regularmente.

43. Já não é boa solução, nas circunstâncias da nossa Constituição em concreto ou em quaisquer outras, que seis dos juízes do Tribunal Constitucional, a escolher, recorda-se, maioritariamente pela Assembleia da Republica, sejam juízes de outros tribunais (cfr. a legislação atrás citada). Como regra geral, deve-se densificar o princípio da independência dos juízes de carreira em termos tais que se evite, na medida do possível, a existência de fios, mais ou menos visíveis, que, à semelhança dos fios que controlam uma marioneta, dêem ao poder político qualquer potencial de controlo, influência ou captura, dos titulares do poder judicial – com efeito, "(...) *external constraints (such as future job opportunities or political interference) might shape incentives one way or the other.*"[14].

Melhor seria, querendo-se, por razões que sou capaz de compreender, que o Tribunal Constitucional fosse composto em parte por juízes de carreira (afinal de contas, trata-se de um tribunal), que se definisse uma base de recrutamento dos mesmos (*v.g.* juízes dos supremos tribunais e tribunais da relação ou equiparados), se definisse porventura alguns requisitos curriculares (reveladores de interesse e estudo ou acompanhamento das matérias constitucionais) e, com base em candidaturas livres de juízes que preenchessem essas condições, se sorteasse, entre os interessados, a quota de juízes no Tribunal Constitucional reservada a magistrados de carreira.

vi) O Ministério Público

44. Eis outra estrutura que carece do mesmo tipo de autonomia que só se consegue através da consagração de um efectivo autogoverno. O órgão encarregue do governo do Ministério Público – isto é, do qual depende a acção disciplinar e as promoções na carreira – é a Procuradoria-Geral da República (cfr. artigo 219.º, n.º 5, da CRP), que o exerce através do Conselho Superior do Ministério Público (cfr. artigo 15.º do Estatuto do Ministério Público – EMP).

A composição do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) tem uma certa vantagem em relação ao que se viu com respeito ao CSM: de um total de 19 membros, 7 são eleitos pelos seus pares em diversos níveis da hierarquia da magistratura em causa; outros 7 dependem do poder partidário (5 eleitos pela Assembleia da República e 2 designados pelo Ministro da Justiça); 4 ocupam o lugar por inerência do cargo que ocupam dentro da magistratura em causa (procuradores-gerais distritais); e um depende do poder político-partidário e do Presidente da República [o Procurador-Geral da República – cfr. artigo 133.º, alínea m), da CRP] – artigo 15.º do EMP.

[14] NUNO GAROUPA and TOM GINSBURG, *Reputation...*, p 12.

Ainda assim, o desejável seria, por razões idênticas às atrás referidas a propósito do poder judicial, que a intervenção do poder político na governação do Ministério se limitasse à sua observação. O poder reactivo ou dissuasor de quem detém o poder legislativo, articulado com a fiscalização que os principais interessados no bom funcionamento dos poderes públicos – os cidadãos – sempre poderão fazer, assegurada que seja a transparência na circulação da informação (que o poder político pode promover e organizar), são remédios suficientes para quem esteja muito preocupado com riscos de uma eventual judicialização da política (para mais elementos sobre os contornos desta equação, ver atrás, a propósito do nível de independência aí defendido para o poder judicial). E é preciso ter em conta que quem, tendo ligações à actividade política, veja os seus interesses e actividades afectados por um Ministério Público a funcionar devidamente, tenderá a defender-se, quando se sinta acossado, apregoando que há motivações políticas, misturando para esse efeito o plano do processo em curso com o, plano distinto, e não menos legítimo (necessário, até), das reacções dos seus adversários políticos a esse mesmo processo.

45. Importa, para finalizar este ponto, fazer ainda algumas observações avulsas. Percebe-se mal que em regra (cfr. artigo 68.º, n.º 2, do EMP) não seja o magistrado do Ministério Público que dirigiu o inquérito a intervir nas fases subsequentes. Ele, mais do que ninguém, dominará a matéria investigada e poderá aperfeiçoar ainda esse domínio caso se mantenha em contacto com o processo. A sua substituição nas fases posteriores do processo por um outro magistrado deita por terra todo este investimento no conhecimento do objecto da investigação (investimento na aquisição de conhecimento específico, que pode ser singular, até), o que tem por efeito, inevitável, retirar capacidade ao Ministério Público de se explicar e defender a investigação e respectivos resultados, nas fases decisivas do processo que se sigam ao inquérito. Não faltando controlos de legalidade no nosso sistema jurídico – os tribunais, com as suas várias instâncias, que apreciarão a acusação do Ministério Público; os acusados e respectivos advogados; e o próprio Ministério Público, que está legalmente sujeito a critérios de legalidade e cujos magistrados são hierarquicamente subordinados (cfr. artigo 76.º e seguintes do EMP) –, percebe-se mal a existência desta substituição automática dos magistrados do Ministério Público no âmbito dos processos crime – quando da passagem da fase do inquérito para a fase da sustentação, perante os tribunais, da acusação proferida –, dado o enfraquecimento da eficácia da acção penal (que tem função relevantíssima na construção diária de um verdadeiro e próprio Estado de Direito) que esta substituição provoca, especialmente quando estejam em causa casos complexos (para não falar na diluição de responsabilidades que esta actuação "a quatro mãos" acarreta).

A segunda observação "avulsa" que aqui quero fazer prende-se com a atribuição ao Procurador-Geral da República, com faculdade de delegação (cfr. artigo 29.º, n.º 1, 57.º e segs. e 89.º da LTC), do poder de requerer o julgamento de processos de efectivação de responsabilidades financeiras pelo Tribunal de Contas. Sendo o cargo de Procurador-Geral da República de nomeação política, na dependência, não só mas também, dos partidos políticos, na medida em que são estes a base de sustentação do Governo; e sendo este mesmo Governo sujeito, directa e indirectamente, à fiscalização e jurisdição do Tribunal de Contas – compreende-se mal que, no mínimo e para compensar, não tenha sido também permitido aos partidos políticos individualmente considerados e com assento parlamentar, ou até ao vulgar cidadão ou "governado" (a "sociedade civil" que, afinal de contas, constitui a razão de ser dos controlos que se queriam efectivamente instituir) promover o julgamento destes processos relativos a contas públicas.

§ 7.º A FISCALIZAÇÃO DOS GOVERNANTES E DA GOVERNAÇÃO PELO QUARTO PODER – IMPRENSA LIVRE E PLURALISTA

i) A função (de monitorar e informar) do jornalismo no contexto da actuação dos poderes públicos

46. O que aqui vai ser dito a propósito da imprensa vale para os meios de comunicação social em geral, incluindo a rádio e a televisão. O que aqui está em causa é a actividade jornalística.

O jornalismo é uma actividade de mediação que tem por função, naquilo que aqui me vai interessar, carrear informação sobre a governação da coisa pública e sobre a actuação dos poderes públicos em geral, para os destinatários e razão de ser dessa governação – os governados, todos nós.

O Tribunal de Contas, por exemplo, em grande medida tem também uma função de mediação, mas no seu caso de mediação na fiscalização organizada e de modo tecnicamente especializado, das contas públicas e da utilização dos dinheiros públicos. E com os novos meios de difusão de informação (*internet*) e algum esforço de produção de sumários claros e com linguagem acessível, é possível que o Tribunal de Contas se relacione directamente com o público que constitui a razão de ser da sua existência e para o qual trabalha – os governados, mais uma vez.

Mas nem todas as manifestações na, e implicações para a, vida do vulgar governado (do vulgar *accionista*), decorrentes da actuação dos poderes públicos, passam pelo crivo de um órgão como o Tribunal de Contas; acresce que mesmo

que assim não fosse, sempre a imprensa (o jornalismo) a funcionar como deve ser tem a enorme utilidade de constituir uma *one-stop-shop*, isto é, um meio onde se concentre toda a informação relevante respeitante à coisa pública, com isso poupando todo um enorme esforço que cada um, individualmente e repetidamente, teria de fazer, se a única opção disponível para nos informarmos nos obrigasse à procura, em canais dispersos, da informação relevante.

Isto é, tal como se não entrega a governação do país directamente aos dez milhões de portugueses – isso seria uma solução altamente ineficiente (as soluções adoptadas só por puro acaso corresponderiam ao resultado de um pensamento racional), que a todos empobreceria, se possível fosse conceber, sequer, que se conseguiria instituir um tal governo, na prática –, nem se entrega a justiça a esses mesmos dez milhões de portugueses, antes se procuram institucionalizar órgãos de mediação, de representação, para levarem por diante essas tarefas, também na procura da satisfação da necessidade de redução da assimetria de informação entre os titulares desses órgãos e os seus "representados" se instituem (é a solução que natural e racionalmente emerge) órgãos ou actividades especializados (a imprensa ou o jornalismo) com essa missão: obter informação (naquilo que aqui me interessa) sobre a actuação e actividades dos poderes públicos e transmiti-la aos representados, ao *principal*, aos governados – a todos nós.

47. Esta função é absolutamente vital. São as assimetrias de informação que permitem aos agentes (governantes ou, mais genericamente, titulares de poderes públicos) – na medida em que lhes possibilitem escapar a um efectivo controlo por parte dos mandantes (*principal* – os governados, neste caso) – actuar de acordo com os seus próprios interesses, em detrimento dos interesses da comunidade que era suposto estarem a servir.

"*We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s))* [os governados] *engage another person (the agent)* [os governantes] *to perform some service on their behalf which involves delegating some decision-making authority to the agent. If both parties to the relationship are utility maximizers there is good reason to believe that the agent* [governantes] *will not always act in the best interest of the principal* [governados]. *The principal* [governados] *can limit divergences from his interest* (...) *by incurring monitoring costs* [*v.g.* correspondentes à fiscalização levada a efeito por órgãos como o Tribunal de Contas ou à vigilância exercida pela imprensa, sem esquecer os tribunais comuns que, em todo o caso, têm uma função bem mais vasta que a de mera fiscalização] *designed to limit the aberrant activities of the agent.*"[15].

"[A]*gency theory is directed at the ubiquitous agency relationship, in which one party (the principal)* [governados] *delegates work to another (the agent)* [governantes], *who*

[15] Michael C. Jensen and William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *in Theories of Corporate Governance...*, p 59.

performs that work. Agency theory attempts to describe this relationship using the metaphor of a contract (Jensen and Meckling, 1976). Agency theory is concerned with resolving two problems that can occur in agency relationships. The first is the problem that arises when (a) the desires or goals of the principal and agent conflict and (b) it is difficult or expensive for the principal to verify what the agent is actually doing. The problem here is that the principal cannot verify that the agent has behaved appropriately. (...) *[I]nformation systems also curb agent* [os governantes] *opportunism. The argument here is that, since information systems* [*v.g.*, no nosso caso, imprensa; Tribunal de Contas] *inform the principal* [os governados] *about what the agent is actually doing, they are likely to curb agent opportunism because the agent will realize that he or she cannot deceive the principal.* (...) *Moral hazard refers to lack of effort on the part of the agent.* (...) *For example, moral hazard occurs when a research scientist works on a personal research project on company time but the research is so complex that* [the principal or someone on its behalf] *cannot detect what the scientist is actually doing. Adverse selection refers to misrepresentation of ability by the agent. The argument here is that the agent may claim to have certain skills or abilities when he or she is hired* [eleito, no nosso caso]. *Adverse selection arises because the principal cannot completely verify these skills or abilities either at the time of hiring* [eleger, no nosso caso] *or while the agent is working* [governar, no nosso caso]. (...) *In the case of unobservable behaviour (due to moral hazard or adverse selection), the principal* [governados] *has two options. One is to discover the agent's behaviour by investing in information systems* (...)."[16].

A imprensa, o jornalismo, a par de órgãos mais especializados como o Tribunal de Contas, é peça fundamental, na qual vale a pena investir, de um sistema de informação que tenha por objectivo monitorar, acompanhar, a actividade dos governantes, com a finalidade de reduzir as assimetrias de informação entre estes e os governados e, com isso, ajudar a prevenir e a pôr cobro a desalinhamentos, de contornos jurídicos mais ou menos graves, entre os interesses dos governados e os interesses efectivamente prosseguidos pelos governantes.

ii) A criação de condições institucionais e económicas que contribuam para a existência de um jornalismo cumpridor do seu dever e função

48. São bem aplicados os dinheiros públicos que visem diminuir os custos fixos da actividade jornalística uma vez que, desse modo, se ajuda a evitar que a escala ou dimensão comandem e, consequentemente, se ajuda a evitar um avolumar da concentração dos meios de comunicação social (e, com eles, do controlo

[16] Kathleen M. Eisenhardt, "Agency Theory: an Assessment and Review", *in Theories of Corporate Governance...*, p 79, 80 e 81.

da actividade jornalística) nas mãos de uns poucos. A suavização das barreiras (económicas) à entrada de novos *players* (incluindo projectos em que os jornalistas tenham uma palavra a dizer significativa) é o maior garante, no longo prazo, da capacidade de a imprensa desempenhar a sua tarefa "com distinção".

Assim é que, à semelhança do que se sugeriu a propósito do exercício do poder judicial, fosse útil que os jornalistas tivessem acesso, do modo mais informal possível, a informação, esclarecimentos técnicos e orientação sobre como e onde aprofundar conhecimentos em várias áreas, prestados por um grupo de pessoas dedicadas a essa tarefa (cuja continuidade nessas funções passaria, também, pelo escrutínio dos jornalistas). O objectivo seria o de aumentar a qualidade do jornalismo e dos jornalistas em moldes que actualmente só serão acessíveis a grupos de comunicação social de grande dimensão (e, mesmo aí, essa acessibilidade está sujeita à condição de os seus proprietários estarem interessados em "investir nessa frente").

Para permitir à imprensa aceder, tanto quanto possível, aos benefícios (redução de custos por unidade vendida) da escala, da dimensão, sem ao mesmo tempo acabar com a diversidade e o pluralismo da imprensa, necessário seria identificar em que níveis do negócio é ainda possível concentrar funções sem tocar na concentração relativamente à função principal (actividade jornalística). A Agência Lusa preenche já, ao nível da difusão de notícias, essa tarefa. Por falta de tempo e espaço não analisarei aqui o tema da "governação" da Lusa, mas o que se dirá a propósito da Entidade Reguladora para a Comunicação Social ou organismo equivalente (necessidade de garantir *efectiva* – por oposição à mera proclamação em letra de lei – independência em face do poder político) é aqui aplicável "*mutatis mutandis*".

A propósito, ainda, da Agência Lusa, não posso deixar de referir aqui algo em que tropecei quando procurei informar-me a seu propósito. Faz pouco sentido que o Estado Português (leia-se, o Governo, por sua vez emanado do partido político A ou B) celebre contratos de prestação de serviços com a Lusa, sem estender os seus benefícios a todos os partidos representados na Assembleia da República, num contexto em que se estabeleceu a obrigação de a Lusa "[e]*nviar diariamente ao membro do Governo responsável pela área da comunicação social, através do Gabinete para os Meios de Comunicação Social, sem contrapartidas financeiras, todos os produtos da Lusa que fazem parte da oferta global definida como parte integrante das obrigações decorrentes do presente contrato, tal como descritas na Cláusula Quarta, assegurando as funcionalidades adequadas à sua monitorização, tratamento e arquivo.*"[17]. É que, como

[17] Cfr. Cláusula Sexta, n.º 2, alínea c), do Contrato de Prestação de Serviço Noticioso e informativo de Interesse Público celebrado entre o Estado e a Lusa – Agência de Notícias de Portugal, S.A., em 31 de Julho de 2007, disponível no sítio da *internet* da Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

o membro do Governo responsável pela comunicação social não ignorará, informação é poder, principalmente e atendendo ao tipo de discussão política que se pratica em Portugal (na maior parte das vezes descontextualizada), informação devidamente tratada e arquivada.

49. Não choca (ou não choca a mim) a existência, em si mesma, de uma Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), com este ou outro nome, e com funções de monitorização dos objectivos e características de funcionamento da comunicação social apregoados no artigo 8.º dos Estatutos da ERC (aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro).

O que já é inaceitável é que a composição do principal órgão da ERC – o conselho regulador – seja determinada pela Assembleia da República, isto é, no âmbito do sistema político que nos coube em sorte, pelos partidos políticos (artigo 15.º dos Estatutos da ERC). Ou seja, o conselho regulador (da comunicação social), com a missão de vigiar o cumprimento da missão e função da imprensa e do jornalismo, por sua vez com a missão (no que aqui me interessa) ou função de acompanhar e monitorar a actividade dos poderes públicos, é dominado pelos partidos políticos, por sua vez donos e senhores, no nosso sistema político, dos principais poderes públicos cuja monitorização pela imprensa é especialmente necessária (como se viu atrás). É o que se pode chamar de circularidade e inutilidade perfeitas. A interpretação do requisito constitucional de que o que a ERC faz seja levado a cabo por uma entidade administrativa independente (cfr. artigo 39.º da CRP), poderia e deveria ter uma concretização bem mais exigente.

Aos recursos, muitos ou poucos, alocados à actividade da ERC, tem de ser dado um uso útil, ou tudo não passará de mais um caso de gestão danosa dos dinheiros públicos. E esse uso útil passa, como se apregoa no artigo 8.º dos Estatutos da ERC, por auxiliar na preservação das condições de liberdade, pluralismo e independência face aos poderes políticos e económico, da imprensa e do jornalismo. Para que isso possa ser expectavelmente atingido, o Conselho Regulador não pode ser escolhido pelo poder político, como salta aos olhos de qualquer mortal. Ele tem de ser escolhido, em votação secreta, pelos jornalistas com actividade efectiva. Está claro, para alguns (mal habituados), isso sim, é que seria um verdadeiro desperdício dos dinheiros públicos.

50. Os jornalistas – quem faz jornalismo – são o elo fraco de todo o sistema, no que à comunicação social concerne. O elo forte, aquele que, à partida, pode determinar se a imprensa e o jornalismo funcionarão de um modo saudável – cumprindo a sua missão – ou de um modo patológico – servindo interesses estranhos à sua missão –, são os proprietários dos órgãos de comunicação social. Daí que no desenho institucional que rodeia a comunicação social os jornalistas não possam ser deixados à sua sorte e os proprietários dos órgãos de comunicação social devam, sempre que se justifique, prestar contas.

Relativamente à questão da transparência da propriedade (artigos 15.º e 16.º da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro – Lei de Imprensa), deveriam estar sujeitas a divulgação não só as participações directas mas, também, a titularidade última através de participações indirectas – o que interessa assegurar é o conhecimento da identidade de quem, no final de uma qualquer cadeia de participações, tenha influência significativa na pessoa colectiva proprietária das publicações (o direito dos valores mobiliários tem isto já bem trabalhado a propósito dos deveres de comunicação de participações qualificadas em sociedades abertas, pelo que não é preciso inventar nada).

Adicionalmente, assim como se exigem especiais requisitos de idoneidade aos banqueiros (por exemplo), deveria sujeitar-se, também, expressa e especificamente, os proprietários de empresas de comunicação social, ao critério da idoneidade (mas não a autorização prévia ou verificação prévia do mesmo), no caso consubstanciado na exigência de não interferência com a função jornalística, directamente ou por interposta pessoa (director).

Além disso e em face da função de interesse público que desempenham os órgãos de comunicação social, devia ser possível a representantes dos jornalistas (conselho de redacção) oporem-se a orientação ou determinação do director quanto ao conteúdo de determinada publicação (cfr. artigo 20.º da Lei de Imprensa), sempre que, demonstradamente (e estaria do seu lado o ónus de defenderem mais tarde a verificação do requisito que se segue), essa orientação ou determinação tivesse por efeito silenciar ou omitir um facto ou informação com relevo para a vida da comunidade a que se dirija a publicação em causa.

Finalmente, parece excessivo o peso dos jornalistas designados pelo patronato para a Comissão da Carteira Profissional de Jornalista (quatro, em oito jornalistas que a compõem – cfr. artigos 20.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 70/2008, de 15 de Abril).

51. O facto de o jornalista ser à partida o elo fraco na relação com o proprietário do órgão de comunicação social, nem por isso deve fazer esquecer que o jornalista está em contacto com uma esfera de interesses variados diversos do da "entidade patronal" que também poderão querer empenhar-se em "capturá-lo" (isso é sobretudo verdade no contexto do sistema político-económico em que vivemos). Daí que também se deva ter atenção aos deveres explicitamente impostos aos jornalistas (efeito dissuasor ou, no mínimo, base legal para actuar quando os infrinjam inequivocamente).

Na sua relação com os leitores os jornalistas deveriam estar obrigados a revelar ao público leitor informações susceptíveis de, em abstracto, afectar a sua imparcialidade, no âmbito do tratamento noticioso de factos (sem prejuízo da liberdade e direito de, *assumidamente*, exprimirem as suas opiniões, designadamente quando tenham para isso mercado leitor).

Além disso, dada a gravidade de que se podem revestir algumas das violações dos deveres previstos no artigo 14.º, n.º 2, do Estatuto do Jornalista (aprovado pela Lei n.º 1/99), não é aceitável que a sanção disciplinar máxima se fique pela suspensão do exercício da actividade profissional por 12 meses [cfr. artigo 21.º, n.º 2, alínea c), do Estatuto do Jornalista] – este estado de coisas só contribui para diminuir as barreiras (os custos e os riscos para todos os potenciais envolvidos) à actividade de "captura da honorabilidade do jornalismo".

iii) Limites à liberdade de imprensa: "direito ao bom nome", difamação e injúria

52. O chamado direito ao bom nome (e reputação – cfr. artigo 26.º da CRP) é, nos seus próprios termos, enganador. Ninguém tem direito, sem mais, ao bom nome e reputação. O que temos, todos, é direito à presunção de bom nome e de boa reputação. E quando, porventura, nos sejam imputados factos verdadeiros susceptíveis de abalar, à luz das convenções sociais predominantes e dos critérios legais vigentes, esse mesmo bom nome ou reputação, o mais que deveríamos poder exigir (para além da protecção inerente ao direito à reserva de intimidade da vida privada) seria que não se fosse além do que esses mesmos factos objectiva e razoavelmente permitem.

E porque temos direito à reserva da intimidade da vida privada (cfr. artigo 26.º da CRP), temos ainda o direito de não ver afirmadas ou divulgadas, mentiras, ou verdades, que não tenham relevância fora da esfera privada (salvo consentimento, expresso ou tácito, para as nossas vidas serem escrutinadas/acompanhadas, como acontece amiúde em certos estratos sociológicos e áreas da nossa e de outras sociedades, devendo, no entanto, a divulgação cessar, logo que retirado o consentimento).

53. No plano penal o crime de difamação e o crime de injúrias, embora não se construindo exactamente à luz deste equilíbrio de valores (mesmo que o facto seja demonstradamente verdadeiro e não respeite à intimidade da vida privada, pode-se, ainda assim, teoricamente pelo menos, incorrer num crime), andam (sobretudo após a alteração promovida pela n.º Lei 65/98), lá perto (cfr. artigo 180.º do Código Penal): seja falso ou verdadeiro, a imputação de facto (dirigindo-se a terceiros, no caso da difamação) não é aceitável quando diga respeito à intimidade da vida privada e familiar; caso o facto seja verdadeiro ou, mesmo não o sendo, caso houvesse fundamento sério para em boa fé o reputar de verdadeiro, e não respeitar à intimidade da vida privada, é admissível a sua divulgação ou afirmação quando seja efectuada "*para realizar interesses legítimos*".

A propósito do significado da "realização de interesses legítimos" os nossos tribunais têm vindo, recorrentemente, a identificar interesses legítimos com o

interesse público, com o relevo social do facto, que por sua vez existirá quando o facto em causa possa ter relação com o "bem estar da vida da comunidade", como sucederia com "facto noticiado" relativo à "omissão de apresentação por presidente de câmara municipal das declarações fiscais devidas" (cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Fevereiro de 2000, proferido no recurso n.º 2437/99). O Tribunal Constitucional já afirmou até que "[e]mbora a titularidade de um cargo público não implique a abdicação de reserva da vida privada, tem de admitir-se que, ressalvado sempre o respeito pela esfera da vida íntima, em tal situação se esbate o limite entre a esfera da vida privada e a da vida pública, quando no âmbito da primeira ocorra algum facto que interesse à colectividade" (no caso estava em causa notícia acerca da investigação de um crime de contrabando cometido por empresa privada de que era sócio um deputado à Assembleia da República) – cfr. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1018/96, de 9 de Outubro de 1996.

A solução legal, *com a densificação realizada por esta prática judiciária*, parece-me francamente equilibrada, tendo sido particularmente oportuna a intervenção legislativa de 1998.

iv) Limites à liberdade de imprensa (cont.): o segredo de justiça

54. A função principal do segredo de justiça (para além, em certo tipo de crimes, da protecção da identidade da vítima) há-de ser, numa sociedade onde as instituições funcionem equilibradamente, a de proteger a eficácia e integridade da investigação da prática de um crime, especialmente quando esteja em causa criminalidade complexa ou suspeitos poderosos e bem relacionados. De resto, o bom princípio é, evidentemente, o de a justiça funcionar de forma pública, aberta e transparente, uma vez que só assim se pode ter uma justiça e respectivos agentes, "*accountable*" (sujeita à apreciação crítica do público em nome do qual é exercida e às reacções que essa apreciação possa vir a originar).

O bom nome ou reputação ("o direito a beneficiar da presunção de...") do suspeito porventura injustamente investigado, há-de ser protegido nos termos atrás vistos para os crime de difamação e injúria. Quer isto dizer que, com ou sem processo crime em curso, não é legítimo pretender-se protecção contra a divulgação de factos verdadeiros (independentemente da sua exacta qualificação jurídica) ou em relação aos quais haja fundamento para, em boa fé, reputar de verdadeiros, quando a divulgação vise a realização de interesses legítimos (com a densificação jurisprudencial acima referenciada).

55. A violação do segredo de justiça atingirá, no enquadramento que se propugna, um valor ou interesse essencial quando leve à revelação da identidade da

vítima que interessasse preservar de qualquer "publicidade" ou quando ponha em causa a eficácia da investigação. Esta última situação ocorrerá logo que os investigados saibam (num contexto em que quem de direito não quisesse, e tivesse esse direito, que soubessem) da investigação (como aconteceu, recentemente, numa investigação, em que, simultaneamente, todos os suspeito mudaram de telemóvel – numa altura em que a investigação estava ainda longe de chegar aos jornais) ou de diligências de investigação concretas que se tenham projectado realizar e que, legitimamente, as autoridades tivessem querido manter reservadas. Nesses casos impõe-se investigar muito a sério (com zelo) quem perpetrou o crime de violação do segredo de justiça (pondo em causa a realização desta justiça ou prejudicando ainda mais a vítima).

Não põe necessariamente em causa (não porá numa maioria dos casos, até) a eficácia da investigação penal – e, com ela, a desejável realização da justiça – a revelação de factos carreados para um processo crime. E se tiverem relevo público, se consubstanciarem comportamentos que haja legítimo interesse em levar ao conhecimento dos governados (para que daí retirem as consequências políticas que entenderem), será até desejável que sejam tornados públicos com a maior rapidez possível. Evidentemente, os factos divulgados terão sempre de passar o crivo da "verdade" ou, no mínimo, o crivo do "fundamento sério para em boa-fé serem reputados de verdadeiros" (cfr. *supra* sobre os crimes de difamação e injúrias).

56. Não vejo por que razão o segredo de justiça deva servir outros interesses e valores para além dos indicados. Não vejo, designadamente, razão nenhuma para o segredo de justiça constituir pretexto, *for the sake of itself*, para se ameaçar criminalmente quem divulgue factos que, não fora a existência de processo crime e do entendimento do segredo de justiça nesta aplicação abrangente que se critica, poderiam ser divulgados à luz do direito constitucional e penal substantivo que nos rege e acima discutido a propósito do chamado direito ao bom nome e à reputação, e do direito à reserva da intimidade *da vida privada*. O segredo de justiça, entendido desta forma amplíssima, constitui uma perversão: é o segredo de justiça erigido em objectivo ou bem jurídico em si mesmo (auto-justificado), em vez de perspectivado como mero instrumento ao serviço dos interesses que verdadeiramente podem justificar a sua instituição, que podem justificar esta excepção ao, e derrogação do, princípio da "justiça pública" e liberdade de informar sobre factos que tenham interesse público ou relevo social.

Pelas razões aduzidas, espero que na prática judiciária, seguindo-se uma linha de interpretação que julgo ser a mais conforme à Constituição, a expressão "[q]*uem* (...) *ilegitimamente der conhecimento* (...)", utilizada no artigo 371.º do Código Penal, seja perspectivada como impedindo que se puna criminalmente a divulgação de factos com relevância pública, constantes de processos crimes, sempre que essa

revelação não tenha posto em causa interesse superior, como seja o da eficácia da investigação penal ou interesses relacionados com a protecção da identidade da(s) vítima(s). Olhando para a jurisprudência que se foi formando a propósito dos crimes de difamação e injúrias, nos tribunais judiciais e constitucional, isso parece-me uma esperança mais do que razoável. Mas o ideal seria repensar, legislativamente, este tema do segredo de justiça, passando-se em revista os valores que, efectiva e desejavelmente, se deve pretender, com ele, proteger. Para afastar de vez o espectro de o segredo de justiça poder vir a servir, inadvertidamente, de muleta a outros objectivos (como seja o de servir de "porto de abrigo" a factos cujo escrutínio público se pretenda adiar sem justificação apreensível).

§ 8.º NOTAS FINAIS

57. Hoje temos, de facto (e, nalguns casos, até de direito), muita liberdade para insultar, para desrespeitar, para agredir, para não aprender e passar de ano, para exigir ao professor que dê boas notas ao filho, para ganhar sem retribuir, para ludibriar impunemente, para utilizar dinheiros e poderes públicos em proveito próprio, etc.

E temos, de facto (e nalguns casos, até de direito), pouca liberdade ou capacidade para promover o castigo de quem insulta, desrespeita ou agride, de fazer repetir o ano a quem não aprendeu, de dar a resposta que o pai deseducador merece, de exigir que quem recebe retribua, de pôr o desonesto na ordem, de substituir quem se governa por quem nos governe.

Falta-nos uma liberdade essencial à sã convivência numa sociedade e respectivo desenvolvimento: a liberdade para fazer bem (e, já agora, a de exigir que seja bem feito). É esta a liberdade que falta neste país. É preciso mudar o desenho das instituições e as respectivas orientações, para que esta liberdade fundamental seja devolvida aos portugueses.

58. Hoje temos partidos políticos com os quais os eleitores se relacionam, em grande parte, como se do seu clube de futebol se tratasse. É uma relação infantilizada, na qual mesmo pessoas letradas, lidas e informadas, se deixam embalar passivamente, preguiçosamente, sem querer saber da enorme distância que vai entre a palavra apregoada e o verbo que verdadeiramente está por detrás da acção e dos comportamentos. São de esquerda (solidariedade, universalismos, "valores de esquerda", "ideais republicanos" etc.), estou com eles. São de direita (segurança de pessoas e bens, prudência, patriotismo, significado da história, etc.), é com eles que me identifico. E está resolvido.

É preciso que se supere a mentalidade clubista ou futeboleira e se passe a actuar mais frequentemente sob a orientação da ideia, ou valor, de que os

partidos não são, não podem, não devem ser, fins em si: só interessam enquanto instrumentos ao serviço de um destino colectivo. De outra forma nunca seremos capazes de formar selecções nacionais capazes de, e empenhadas em, cuidar e promover os interesses comuns a todos nós. Ou, para aqueles a quem – por razões estéticas ou algo de mais profundo que ainda não tenham querido ou sabido trazer à superfície – repugne o conceito de "nacionalidades": de outra forma nunca seremos capazes de formar um clube capaz de se portar menos mal no campeonato europeu e mundial.

59. Aqui só se tratou de uma perspectiva limitada de um todo mais vasto que interessa ao desenvolvimento de uma sociedade ou comunidade histórico-cultural: a perspectiva da boa governação, da "(...) *efficiency and transparency of public action, clarification of the decision-making and responsibility circuits, etc.*"[18]. Mas "*governar bem*", como o citado autor se encarrega de explicar, não se reduz à "*boa governança*".

É preciso, em cada momento, e tendo em vista o bem comum, trabalhar os conteúdos das políticas públicas, evitando a "falsa alternativa" de que "*either we accept reform and its underlying neo-liberalism, or it is refused on the grounds of defending the State's role and the status quo must be accepted*", e tendo presente (Frederick August von Hayek) que "[t]*he state cannot be an end in itself and must be subject to a higher* (...)" "qualquer coisa" (o "bem comum", que é necessário ir "actualizando" e "refundando"), que o "*monopoly of legitimate violence* (...) *has to be law in order to avoid the coercion of men over other men*" e que (ainda, Hayek) o mercado não é uma "*«law of nature», but an efficient mechanism for sharing information which contributes to reducing the bounded rationality of the actors*" [19] – ver, a propósito, uma brilhante comunicação de CLAUDE ROCHET, por ele ironicamente intitulada de "*No Philosophy, Please, We Are Managers*".

Além disso, conforme citação de CLAUDE ROCHET retirada da mais conhecida das obras de Alexis de Tocqueville, "[i]*t would seem as if the rulers of our time sought only to use men in order to make things great; I wish that they would try a little more to make great men; that they would set less value on the work, and more upon the workman; that they would never forget that a nation cannot long remain strong when every man belonging to it is individually weak, and that no form or combination of social polity has yet been devised, to make an energetic people out of a community of pusillanimous and enfeebled citizens.*"[20].

Pode a criação de condições de boa governança ajudar na criação de clima favorável ("liberdade para fazer bem") à valorização do indivíduo, à elevação

[18] CLAUDE ROCHET, *No philosophy, Please, We Are Managers – Public Management and the Common Good: Euro-Atlantic Convergences*, Public administration and Nation's Building papers' series, July – Sept, p 4, disponível no endereço electrónico http://ssrn.com/abstract=1446781.

[19] CLAUDE ROCHET, *No philosophy...*, pp 7, 8 e 9.

[20] CLAUDE ROCHET, *No philosophy...*, p 4.

da sua instrução e educação e ao fortalecimento do seu carácter (na definição que aqui me interessa, "capacidade de resistir à tentação"), o que por sua vez permitirá melhorar (através da melhoria da base de recrutamento) a qualidade das elites e a capacidade de avaliação crítica e de escolha dos comandantes da coisa pública por uma periferia razoavelmente *esclarecida, cada vez mais alargada*, e capaz, na medida do alargamento desta base onde se possa encontrar capacidade de discernimento, de chegar a decisões cada vez mais desligadas de interesses puramente pessoais ou individuais. Mas não chega. É preciso que, pela positiva, se enverede efectivamente por aí – pela elevação da educação e instrução – e que se chegue a consensos sobre como nos organizarmos e que conteúdos devemos ir (adaptativamente) elegendo com o objectivo de (dentro da nossa limitada capacidade de previsão) criarmos condições para que os beneficiários destas acções venham a ser elementos mais fortes e capazes de uma sociedade com melhores condições para enfrentar com sucesso os seus desafios. Trata-se de um caminho a percorrer, cujo exacto trajecto se não tem de vergar a uma qualquer ideia ou ideologia rigidamente definida numa qualquer fase convencionalmente chamada de "fundadora": "[p]*ublic decision-making can therefore progress going backwards and forwards between political vision and practical arts, according to a process defined by Herbert Simon: «The idea of final objectives is not coherent with our limited capacities to predict or determine the future. The real result of our actions is to establish the initial conditions for the next stages of action. What we call «final objectives», are really the choice of criteria selected for the initial conditions that we will leave to our successors» (...). The final objective can only be an idea, a vision which becomes clearer as we progress, through different steps, in a process of problem solving. In this optic, public policy is no longer the art of conceiving ideal cities but rather that of finding a way to progress through learning in the realisation of the idea.*"[21].

[21] CLAUDE ROCHET, *No philosophy...*, p 27.