

**BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS
MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES
JOÃO PEDROSO**

OS TRIBUNAIS NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS

nº 65
Novembro 1995

Oficina do CES
Centro de Estudos Sociais
Coimbra

OFICINA DO CES

Publicação seriada do

Centro de Estudos Sociais

Praça de D. Dinis

Colégio de S. Jerónimo, Coimbra

Correspondência:

Apartado 3087, 3000 Coimbra

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS*
MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES**
JOÃO PEDROSO***

OS TRIBUNAIS NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS¹

Introdução

Um dos fenómenos mais intrigantes da sociologia política e da ciência política contemporânea é o recente e sempre crescente protagonismo social e político dos tribunais: um pouco por toda a Europa e por todo o Continente americano, os tribunais, os juízes, os magistrados do Ministério Público, as investigações da polícia criminal, as sentenças judiciais surgem nas primeiras páginas dos jornais, nos noticiários televisivos e são tema frequente de conversa entre os cidadãos. Trata-se de um fenómeno novo ou apenas de um fenómeno que, sendo velho, colhe hoje uma nova atenção pública?

* Professor Catedrático da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
Director do Centro de Estudos Sociais.

** Professora Associada da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

*** Advogado. Assistente da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

¹ Este texto foi originalmente concebido como quadro teórico de um projecto de investigação sobre "Os Tribunais na Sociedade Portuguesa", dirigido por Boaventura de Sousa Santos e realizado pelos autores. Este estudo, o primeiro do seu tipo realizado em Portugal, consistiu, por um lado, na análise sociológica do desempenho dos tribunais de primeira instância nos domínios da justiça civil e da justiça penal especialmente no período de 1989 a 1993 e, por outro lado, na análise das representações sociais dos portugueses sobre a justiça, o conhecimento do direito e a experiência da litigiosidade à luz dos dados de um inquérito por questionário de âmbito nacional. A versão integral do relatório final de investigação, em cinco volumes, está à disposição dos investigadores na biblioteca do Centro de Estudos Judiciários, de Lisboa, entidade que financiou a investigação. Uma versão reduzida será em breve publicada pelas Edições Afrontamento, Porto. No tratamento estatístico da base de dados da justiça portuguesa, assim como na análise do inquérito aos cidadãos sobre a justiça, os investigadores contaram com o apoio de Pedro Ferreira. Na preparação final deste texto para publicação os autores contaram com a colaboração de Carlos Nolasco.

Ao longo do nosso século, os tribunais sempre foram, de tempos a tempos, polémicos e objecto de aceso escrutínio público. Basta recordar os tribunais da República de Weimar logo depois da revolução alemã (1918) e os seus critérios duplos na punição da violência política da extrema-direita e da extrema-esquerda; o Supremo Tribunal dos EUA e o modo como tentou anular a legislação do *New Deal* de Roosevelt no início dos anos trinta; os tribunais italianos de finais da década de sessenta e da década de setenta que através do "uso alternativo do direito" procuraram reforçar a garantia jurisdicional dos direitos sociais; o Supremo Tribunal do Chile e o modo como tentou impedir o processo de nacionalizações levado a cabo por Allende no princípio da década de setenta.

Contudo, estes momentos de notoriedade distinguem-se do protagonismo dos tempos mais recentes em dois aspectos importantes. Em primeiro lugar, em quase todas as situações do passado, os tribunais destacaram-se pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, económica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. Em segundo lugar, tais intervenções notórias foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada.

Em contraste, o protagonismo dos tribunais nos tempos mais recentes, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, parece assentar num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos

que constituem uma fracção infinitesimal do trabalho judiciário é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para, pelo contrário, parecer corresponder a um novo padrão do intervencionismo judiciário. Acresce que este intervencionismo, ao contrário dos anteriores, ocorre mais no domínio criminal do que nos domínios civil, laboral ou administrativo e assume como seu traço mais distintivo a criminalização da responsabilidade política, ou melhor, da irresponsabilidade política. Tão pouco se dirige, como as formas anteriores de intervencionismo, aos usos do poder político e às agendas políticas em que este se traduziu. Dirige-se antes aos abusos do poder e aos agentes políticos que os protagonizam.

No entanto, o novo protagonismo judiciário partilha com o anterior uma característica fundamental: traduz-se num confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano, nomeadamente, com o poder executivo. E é, por isso, que, tal como anteriormente, se fala agora da judicialização dos conflitos políticos. Sendo certo que na matriz do Estado moderno o judiciário é um poder político, titular de soberania, a verdade é que ela só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere com outros poderes políticos. Ou seja, a política judiciária, que é uma característica matricial do Estado moderno, só se afirma como política do judiciário quando se confronta, no seu terreno, com outras fontes de poder político. Daí que a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar de traduzir-se na politização dos conflitos judiciários.

Como veremos adiante, não é a primeira vez que este fenómeno ocorre, mas ocorre agora de modo diferente e por razões diferentes. Sempre que ele ocorre, levantam-se a respeito dos tribunais três questões: a questão da legitimidade, a questão da capacidade e a questão da independência.

A questão da legitimidade só se põe em regimes democráticos e diz respeito à formação da vontade da maioria por via da representação política

obtida eleitoralmente. Como, na esmagadora maioria dos casos, os magistrados não são eleitos, questiona-se o conteúdo democrático do intervencionismo judiciário sempre que este interfere com o poder legislativo ou o poder executivo.

A questão da capacidade diz respeito aos recursos de que os tribunais dispõem para levarem a cabo eficazmente a política judiciária. A capacidade dos tribunais é questionada por duas vias. Por um lado, num quadro processual fixo e com recursos humanos e infraestruturais relativamente inelásticos, qualquer acréscimo "exagerado" da procura da intervenção judiciária pode significar o bloqueamento da oferta e, em última instância, redundar em denegação da justiça. Por outro lado, os tribunais não dispõem de meios próprios para fazer executar as suas decisões sempre que estas, para produzir efeitos úteis, pressupõem uma prestação activa de um qualquer sector da administração pública. Nestes domínios, que são aqueles em que a "politização dos litígios judiciais" ocorre com mais frequência, os tribunais estão à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob sua jurisdição e, sempre que tal boa vontade falha, repercute-se directa e negativamente na própria eficácia da tutela judicial.

A questão da independência dos tribunais está intimamente ligada com a questão da legitimidade e com a questão da capacidade. A independência dos tribunais é um dos princípios básicos do constitucionalismo moderno pelo que pode parecer estranho que seja objecto de questionamento. E em verdade, ao contrário do que sucede com a questão da legitimidade, o questionamento da independência tende a ser levantado pelo próprio poder judiciário sempre que se vê confrontado com medidas do poder legislativo ou do poder executivo que considera atentórias da sua independência. A questão da independência surge assim em dois contextos. No contexto da legitimidade sempre que o questionamento desta

leva o legislativo ou o executivo a tomar medidas que o poder judicial entende serem mitigadoras da sua independência. Surge também no contexto da capacidade, sempre que o poder judiciário, carecendo de autonomia financeira e administrativa, se vê dependente dos outros poderes para se apetrechar dos recursos que considera adequados para o bom desempenho das suas funções.

As questões da legitimidade, da capacidade e da independência assumem, como vimos, maior acuidade em momentos em que os tribunais adquirem maior protagonismo social e político. Este facto tem um importante significado, tanto pelo que revela, como pelo que oculta. Em primeiro lugar, tal protagonismo é produto de uma conjunção de factores que evoluem historicamente, pelo que se torna necessário periodizar a função e o poder judiciais nos últimos cento e cinquenta anos a fim de podermos contextualizar melhor a situação presente. Em segundo lugar, as intervenções judiciais que são responsáveis pela notoriedade judicial num dado momento histórico constituem uma fracção ínfima do desempenho judiciário, pelo que um enfoque exclusivo nas grandes questões pode ocultar ou deixar sub-analisado o desempenho que na prática quotidiana dos tribunais ocupa a esmagadora maioria dos recursos e do trabalho judicial. Em terceiro lugar, o desempenho dos tribunais, quer o desempenho notório, quer o desempenho de rotina, num determinado país ou momento histórico concreto, não depende tão só de factores políticos, como as questões da legitimidade, da capacidade e da independência podem fazer crer. Depende de modo decisivo de outros factores e nomeadamente dos três seguintes: do nível de desenvolvimento do país, e, portanto, da posição que este ocupa no sistema mundial e na economia-mundo; da cultura jurídica dominante em termos dos grandes sistemas ou famílias de direito em que os comparatistas costumam dividir o mundo; e do processo histórico por via do qual essa cultura jurídica se instalou e se desenvolveu (desenvolvimento orgânico; adopção

voluntarista de modelos externos; colonização, etc.).

Uma análise sociológica do sistema judiciário não pode, assim deixar de abordar as questões de periodização, do desempenho judicial de rotina ou de massa, e dos factores sociais, económicos, políticos e culturais que condicionam historicamente o âmbito e a natureza da judicialização da conflitualidade interindividual e social num dado país ou momento histórico.

1. Os Tribunais e o Estado Moderno

Os tribunais são um dos pilares fundadores do Estado constitucional moderno, um órgão de soberania de par com o poder legislativo e o poder executivo. No entanto, o significado socio-político desta postura constitucional tem evoluído nos últimos cento e cinquenta ou duzentos anos. Esta evolução tem alguns pontos em comum nos diferentes países, não só porque os estados nacionais partilham o mesmo sistema interestatal, mas também porque as transformações políticas são em parte condicionadas pelo desenvolvimento económico, o qual ocorre a nível mundial no âmbito da economia-mundo capitalista implantada desde o séc. XV. Mas, por outro lado, estas mesmas razões, sugerem que a evolução varia significativamente de Estado para Estado consoante a posição deste no sistema interestatal e da sociedade nacional a que respeita no sistema da economia-mundo.

Por esta razão, a periodização da postura socio-política dos tribunais que a seguir apresentamos tem sobretudo em mente a evolução nos países centrais, mais desenvolvidos, do sistema mundial. A evolução do sistema judicial em países periféricos e semiperiféricos (como Portugal, Brasil, etc.) pauta-se por parâmetros relativamente diferentes. Como se compreenderá, à luz do que ficou dito acima esta evolução comporta algumas variações em função da cultura jurídica dominante (tradição jurídica europeia continental;

tradição jurídica anglo-saxónica, etc.), mas tais variações são pouco relevantes para os propósitos analíticos deste trabalho.

Distinguimos três grandes períodos no significado sócio-político da função judicial nas sociedades modernas: o período do Estado liberal, o período do Estado-Providência e o período actual, que, com pouco rigor, podemos designar por período da crise do Estado-Providência.

O período do Estado liberal

Este período cobre todo o séc. XIX e prolonga-se até à primeira guerra mundial. O fim da primeira guerra mundial marca a emergência de uma nova política do Estado, a qual, no entanto, no domínio da função e do poder judicial pouco desenvolvimento conhece pelo que o período entre as duas guerras é neste domínio um período de transição entre o primeiro período e o segundo período. Em vista disto, pela sua longa duração histórica, o primeiro período é particularmente importante para a consolidação do modelo judicial moderno. Este modelo assenta nas seguintes ideias:

1. A teoria da separação dos poderes conforma a organização do poder político e de tal maneira que, por via dela, o poder legislativo assume uma clara predominância sobre os demais enquanto o poder judicial é, na prática, politicamente neutralizado².

2. A neutralização política do poder judicial decorre do princípio da legalidade, isto é, da proibição dos tribunais decidirem *contra legem*, e do princípio, conexo com o primeiro, da subsunção racional-formal nos termos do qual a aplicação do direito é uma subsunção lógica de factos a normas e

² Sobre a neutralização política do poder judicial no Estado Liberal cfr., em especial, Ferraz Jr. (1994); Lopes (1994); Campilongo (1994).

como tal desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Assim, os tribunais movem-se num quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhes competindo garantir concretamente a sua vigência. Por esta razão, o poder dos tribunais é retroactivo ou é accionado retroactivamente, isto é, com o objectivo de reconstituir uma realidade normativa plenamente constituída. Pela mesma razão, os tribunais são a garantia de que o monopólio estatal da violência é exercido legitimamente.

3. Além de retrospectivo, o poder judicial é reactivo, ou seja, só actua quando solicitado pelas partes ou por outros sectores do Estado. A disponibilidade dos tribunais para resolver litígios é, assim, abstracta e só se converte numa oferta concreta de resolução de litígios na medida em que houver uma procura social efectiva. Os tribunais nada devem fazer para influenciar o tipo e o nível concretos da procura de que são alvo.

4. Os litígios de que se ocupam os tribunais são individualizados no duplo sentido de que têm contornos claramente definidos por critérios estritos de relevância jurídica e de que ocorrem entre indivíduos. Por outro lado, as decisões judiciais sobre eles proferidas só valem, em princípio, para eles, não tendo, por isso, validade geral.

5. Na resolução dos litígios é dada total prioridade ao princípio da segurança jurídica assente na generalidade e na universalidade da lei e na aplicação, idealmente automática, que ela possibilita. A insegurança substantiva do futuro é assim contornada, quer pela securização processual do presente (a observância das regras de processo), quer pela securização processual do futuro (o princípio do caso julgado).

6. A independência dos tribunais reside em estarem totalmente e exclusivamente submetidos ao império da lei. Assim concebida, a independência dos tribunais é uma garantia eficaz da protecção da liberdade

entendida esta como vínculo negativo, ou seja, como prerrogativa de não interferência. A independência diz respeito à direcção do processo decisório e, portanto, pode coexistir com a dependência administrativa e financeira dos tribunais face ao poder legislativo e ao poder executivo.

Esta caracterização dos tribunais no período liberal é reveladora do diminuto peso político destes, enquanto poder soberano, perante o poder legislativo e o poder executivo. Eis as manifestações principais desta subalternização política. Este período testemunhou o desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista no seguimento da revolução industrial e, com ele, a ocorrência de maciças deslocações de pessoas, o agravamento sem precedentes das desigualdades sociais, a emergência da chamada questão social (criminalidade, prostituição, insalubridade, habitação degradada, etc.). Tudo isto deu origem a uma explosão da conflitualidade social de tão vastas proporções que foi em relação a elas que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época. Ora, os tribunais ficaram quase totalmente à margem deste processo dado que o seu âmbito funcional se limitava a micro-litigiosidade interindividual, extravasando dele a macro-litigiosidade social.

Pela mesma razão, os tribunais ficaram à margem dos grandes debates e das grandes lutas políticas sobre o modelo ou padrão de justiça distributiva a adoptar na nova sociedade, a qual, por tanto romper com a sociedade anterior, parecia trazer no seu bojo uma nova civilização a exigir critérios novos de sociabilidade. Confinados como estavam à administração da justiça retributiva, tiveram de aceitar como um dado os padrões de justiça distributiva adoptados pelos outros poderes. Foi assim que a justiça retributiva se transformou numa questão de direito enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política. Aliás, sempre que excepcionalmente os padrões de justiça distributiva foram sujeitos a

escrutínio judicial, os tribunais mostraram-se refractários à própria ideia de justiça distributiva, privilegiando sistematicamente soluções minimalistas. Como sabemos, o Estado liberal apesar de se ter assumido como um Estado mínimo, continha em si as potencialidades para ser um Estado máximo e a verdade é que desde cedo — meados do séc. XIX na Inglaterra e na França, anos trinta do nosso século nos EUA — começou a intervir na regulação social e na regulação económica muito para além dos patamares do Estado polícia (Santos, 1994, 103-118). Sempre que esta regulação foi, por qualquer razão, objecto de litígio judicial, os tribunais tenderam a privilegiar interpretações restritivas da intervenção do Estado.

Para além disto, a independência dos tribunais assentava em três dependências férreas. Em primeiro lugar, a dependência estrita da lei segundo o princípio da legalidade; em segundo lugar, a dependência da iniciativa, vontade ou capacidade dos cidadãos para utilizarem os tribunais dado o carácter reactivo da intervenção destes; em terceiro lugar, a dependência orçamental em relação ao poder legislativo e ao poder executivo na determinação dos recursos humanos e materiais julgados adequados para o desempenho cabal da função judicial.

Podemos, pois, concluir que, neste período, a posição institucional dos tribunais os predispôs para uma prática judiciária tecnicamente exigente mas eticamente frouxa, inclinada a traduzir-se em rotinas e, por consequência, a desembocar numa justiça trivializada. Nestas condições, a independência dos tribunais foi o outro lado do seu desarme político. Uma vez neutralizados politicamente, os tribunais independentes passaram a ser um ingrediente essencial da legitimidade política dos outros poderes, por garantirem que a produção legislativa destes chegava aos cidadãos "sem distorções".

O período do Estado-Providência

As condições político-jurídicas descritas acima começaram a alterar-se, com diferentes ritmos nos diferentes países, a partir do final do séc. XIX mas só no período pós-segunda guerra mundial surgiu consolidada nos países centrais uma nova forma política do Estado: o Estado-Providência. Não cabe aqui analisar em detalhe o Estado-Providência pelo que nos confinamos ao impacto dele no significado socio-político dos tribunais.

1. A teoria da separação dos poderes colapsa, sobretudo em vista da predominância assumida pelo poder executivo. A governamentalização da produção do direito cria um novo instrumentalismo jurídico que, a cada momento, entra em confronto com o âmbito judicial clássico (Ferraz Jr., 1994, 18 e ss).

2. O novo instrumentalismo jurídico traduz-se em sucessivas explosões legislativas e, conseqüentemente, numa sobre-juridificação da realidade social que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica.

3. O Estado-Providência distingue-se pela sua forte componente promocional do bem estar, ao lado da tradicional componente repressiva. A consagração constitucional dos direitos sociais e económicos, tais como o direito ao trabalho e ao salário justo, à segurança no emprego, à saúde, à educação, à habitação, à segurança social significa, entre outras coisas, a juridificação da justiça distributiva. A liberdade a proteger juridicamente deixa de ser um mero vínculo negativo para passar a ser um vínculo positivo, que só se concretiza mediante prestações do Estado.

Trata-se, em suma, de uma liberdade que, longe de ser exercida contra o Estado, deve ser exercida pelo Estado. O Estado assume assim a gestão da

tensão, que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal, e dessa gestão são incumbidos, ainda que de modo diferente, todos os órgãos e poderes do Estado.

4. A proliferação dos direitos, sendo, em parte, uma consequência da emergência na sociedade de actores colectivos em luta pelos direitos é, ela própria, causa do fortalecimento e proliferação de tais actores e dos interesses colectivos de que eles são portadores. A distinção entre litígios individuais e litígios colectivos torna-se problemática na medida em que os interesses individuais aparecem de uma ou de outra forma articulados com interesses colectivos.

Esta descrição sugere, por si, que o significado socio-político dos tribunais neste período é muito diferente do que detinham no primeiro período. Em primeiro lugar, a juridificação do bem estar social abriu o caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo, da segurança social, o que nuns países mais do que noutros, veio traduzir-se no aumento exponencial da procura judiciária e, na consequente, explosão da litigiosidade. As respostas que foram dadas a este fenómeno variaram de país para país mas incluíram quase sempre algumas das seguintes reformas: informalização da justiça; reapetrechamento dos tribunais em recursos humanos e infra-estruturas, incluindo a informatização e a automatização da justiça; criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massas tanto em matéria civil como criminal; proliferação de mecanismos alternativos de resolução de litígios (mediação, negociação, arbitragem); reformas processuais várias (acções populares, tutela de interesses difusos, etc.)³. A explosão da litigação deu uma maior visibilidade social e política aos tribunais e as dificuldades que a oferta da tutela judicial

³ Sobre este tema, cfr. Santos (1994, 141-161) e a bibliografia aí citada.

teve, em geral, para responder ao aumento da procura suscitaram com grande acuidade a questão da capacidade e as questões com ela conexas: as questões da eficácia, da eficiência e da acessibilidade do sistema judicial.

Em segundo lugar, a distribuição das responsabilidades promocionais do Estado por todos os seus poderes fez com que os tribunais se tivessem de confrontar com a gestão da sua quota-parte de responsabilidade política. A partir desse momento estava comprometida a simbiose entre independência dos tribunais e neutralização política que caracterizara o primeiro período. Em vez de simbiose passou a existir tensão, uma tensão potencialmente dilemática. No momento em que a justiça social, sob a forma de direitos, se confrontou, no terreno judiciário, com a igualdade formal, a legitimação processual-formal em que os tribunais se tinham apoiado no primeiro período entrou em crise. A consagração constitucional dos direitos sociais tornou mais complexa e "política" a relação entre a Constituição e o direito ordinário e os tribunais foram arrastados entre as condições do exercício efectivo desses direitos. Neste sentido, os efeitos extra-judiciais da actuação dos tribunais passaram a ser o verdadeiro critério da avaliação do desempenho judicial e, nesta medida, este desempenho deixou de ser exclusivamente retrospectivo para passar a ter uma dimensão prospectiva.

O dilema em que se colocaram os tribunais foi o seguinte. Se continuassem a aceitar a neutralização política vinda do período anterior, perseverando no mesmo padrão de desempenho clássico, reactivo, de micro-litigação, poderiam certamente continuar a ver reconhecida pacificamente pelos outros poderes do Estado a sua independência, mas fá-lo-iam, correndo o risco de se tornarem socialmente irrelevantes e de, com isso, poderem ser vistos pelos cidadãos como estando, de facto, na dependência do poder executivo e do poder legislativo. Pelo contrário, se aceitassem a sua quota-parte de responsabilidade política na actuação promocional do Estado

— nomeadamente através de uma vinculação mais estreita do direito ordinário à Constituição de modo a garantir uma tutela mais eficaz dos direitos de cidadania — corriam o risco de entrar em competição com os outros poderes e de, como poder mais fraco, começar a sofrer as pressões do controle externo, quer por parte do poder executivo, quer por parte do poder legislativo, pressões tipicamente exercidas por uma das três vias: nomeação dos juízes para os tribunais superiores; controle dos órgãos do poder judicial; gestão orçamental.

A independência dos tribunais só se tornou uma verdadeira e importante questão política quando o sistema judicial, ou alguns dos seus sectores, decidiu optar pela segunda alternativa. A opção por uma ou outra alternativa resultou de muitos factores, diferentes de país para país. Em alguns casos a opção foi clara e inequívoca enquanto noutros a opção transformou-se num objecto de luta no interior do judiciário. Pode, no entanto, afirmar-se em geral que a opção pela segunda alternativa e, pela consequente politização do garantismo judicial, tendeu a ocorrer com mais probabilidade nos países onde os movimentos sociais pela conquista dos direitos foram mais fortes, quer em termos de implantação social, quer em termos de eficácia na condução da agenda política. Por exemplo, nos anos sessenta, os movimentos sociais pelos direitos cívicos e políticos nos Estados Unidos da América tiveram um papel decisivo na judicialização dos litígios colectivos no domínio da discriminação racial, do direito à habitação, à educação e à segurança social. No início da década de setenta, num contexto de forte mobilização social e política que, aliás, atravessou o próprio sistema judicial, a Itália foi palco de uma luta pelas alternativas no interior do próprio judiciário. Os sectores mais progressistas, ligados à *Magistratura Democrática*, protagonizaram, através do movimento pelo uso alternativo do direito, o enfrentamento da contradição entre igualdade formal e justiça social. Noutros países, as opções foram menos claras e as lutas menos

renhidas, variando muito o seu significado político. Por exemplo, nos países escandinavos a co-responsabilização política dos tribunais foi um problema menos agudo dado o alto desempenho promocional dos outros poderes do Estado-Providência.

Sempre que teve lugar, a desneutralização política dos tribunais tomou várias formas. Assumir a contradição entre igualdade formal e justiça social significou antes de mais que em litígios interindividuais, em que as partes têm condições sociais extremamente desiguais (patrões-operários; senhorios-inquilinos), a solução jurídico-formal do litígio deixasse de ser um factor de segurança jurídica para passar a ser um factor de insegurança jurídica. Para obviar tal efeito foi necessário aprofundar o vínculo entre a Constituição e o direito ordinário por via do qual se legitimaram decisões *prater legem* ou mesmo *contra legem* no lugar das decisões restritivas, típicas do período anterior. O mesmo imperativo levou os tribunais a adoptarem posições mais pro-activas, — em contraste com as posições reactivas do período anterior, — em matéria de acesso ao direito e no domínio da legitimidade processual para solicitar a tutela de interesses colectivos e interesses difusos.

A mesma constitucionalização activa do direito ordinário levou por vezes os tribunais a intervir no domínio da inconstitucionalidade por omissão, quer suprimindo a falta de regulamentação de leis, quer pressionando para que ela tivesse lugar.

O enfoque privilegiado nos efeitos extra-judiciais da decisão em detrimento da correcção lógico-formal contribuiu para dar uma maior visibilidade social e mediática aos tribunais, potenciada, também pela colectivização da litigiosidade. Na medida em que, ao lado das decisões que afectavam uns poucos indivíduos, passou a haver decisões que afectavam grupos sociais vulneráveis, fossem eles os trabalhadores, as mulheres, as minorias étnicas, os imigrantes, as crianças em idade escolar, os velhos a

necessitar de cuidados, ou os doentes pobres a necessitar da atenção médica, os consumidores, os inquilinos, o desempenho judicial passou a ter uma relevância social e impacto mediático que naturalmente o tornou num objecto de controvérsia pública e política. E a controvérsia seguiu o trilho das três questões já acima referidas: a questão da legitimidade, a questão da capacidade e a questão da independência.

O período da crise do Estado-Providência

A partir de finais da década de setenta, princípios da década de oitenta começavam nos países centrais as primeiras manifestações da crise do Estado-Providência, a qual se havia de prolongar por toda a década de oitenta até aos nossos dias. As manifestações desta crise são conhecidas: incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores são condições para a financiar (ex.: quanto maior é o desemprego, mais elevado é o montante dos subsídios do desemprego, mas menores são os recursos para os financiar uma vez que os desempregados deixam de contribuir); a criação de enormes burocracias que acumulam um peso político próprio que lhes permitem funcionar com elevados níveis de desperdício e de ineficiência; a clientelização e normalização dos cidadãos cujas opções de vida (de actividade e de movimentos) ficam sujeitos ao controle e à supervisão de agências burocráticas despersonalizadas. Alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho tornadas possíveis pelas sucessivas revoluções tecnológicas, a difusão do modelo neo-liberal e do seu credo desregulamentador a partir da década de oitenta, a sempre crescente proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, FMI) e a globalização da economia também contribuíram para o aprofundamento da

crise do Estado-Providência.

É hoje discutível o âmbito, o grau e a duração desta crise bem como a sua reversibilidade ou irreversibilidade e ainda, neste último caso, que forma de Estado sucederá ao Estado-Providência. Tal discussão não nos interessa aqui. Interessa-nos apenas analisar o impacto da crise do Estado-Providência dos países centrais, nas duas últimas décadas, no sistema jurídico, na actividade dos tribunais e no significado socio-político do poder judicial.

1. A sobrejuridificação das práticas sociais, que vinha do período anterior, continuou, aprofundando a perda de coerência e de unidade do sistema jurídico. Mas as suas causas são agora parcialmente diferentes. Duas delas merecem especial menção. Em primeiro lugar, a chamada desregulamentação da economia⁴. À medida que se foi impondo o modelo neo-liberal, foi ganhando importância na agenda política a ideia da desvinculação do Estado enquanto regulador da economia. Falamos de ideia na medida em que a prática é bastante contraditória. É certo que se assistiu a formas inequívocas de desvinculação como, por exemplo, nos casos em que o sector empresarial do Estado foi total ou parcialmente privatizado. E houve também a desregulamentação de alguns aspectos do funcionamento do mercado como a fixação dos preços e as relações de trabalho (Santos, Gonçalves e Marques, 1995, 191-194 e 454). Mas o processo de desregulamentação é contraditório na medida em que a desregulamentação nalgumas áreas foi levada a cabo de par com a regulamentação acrescida de outras, e na grande maioria dos casos, a desregulamentação foi apenas parcial. Acresce que paradoxalmente depois de décadas de regulação, a

⁴ O tema da desregulamentação tem sido amplamente discutido na literatura económica e jurídica na última década. Discute-se a sua amplitude, os seus efeitos, as vantagens e as desvantagens, e também, cada vez mais, até que ponto estaremos perante uma verdadeira desregulamentação. Cfr. sobre esta questão, entre muitos outros, Santos, Gonçalves e Marques (1995, 73-74), Francis (1993: 33), Dehousse (1992), Ariño (1993, 259), Button e Swann (1989).

desregulamentação só pode ser levada a cabo mediante uma produção legislativa específica e por vezes bastante elaborada. Ou seja, a desregulamentação significa em certo sentido uma re-regulamentação e portanto uma sobrecarga legislativa adicional.

Mas a contradição deste processo reside ainda no facto de o desmantelamento da regulação nacional da economia coexistir e, de facto, ser integrante de processos de regulação novos ocorrendo a nível internacional e transnacional⁵. Isto conduz-me ao segundo factor novo na produção da inflação legislativa no terceiro período. Trata-se da globalização da economia. Este fenómeno, que, não sendo novo, assume hoje proporções sem precedentes, tem vindo a dar azo à emergência de um novo direito transnacional, o direito dos contratos internacionais, a chamada nova *lex mercatoria*, que acrescenta mais uma dimensão ao caos normativo na medida em que coexiste com o direito nacional ainda que esteja por vezes em contradição com ele. Emerge, por esta via, um novo pluralismo jurídico, de natureza transnacional. Este novo pluralismo é simultaneamente causa e consequência da erosão da soberania do Estado nacional que ocorre neste período (Santos, 1995, 250-377). A erosão da soberania do Estado acarreta consigo, nas áreas em que ocorre, a erosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controle da legalidade.

2. Se a desregulação da economia pode criar, por si, alguma litigação, já o mesmo não tem de suceder com a globalização da economia. Pelo contrário, a dirimição de litígios emergentes das transacções económicas internacionais raramente é feita pelos tribunais, já que a *lex mercatoria* privilegia para esse efeito uma outra instância, a arbitragem internacional. Pode, em geral, afirmar-se que nos países centrais o aumento drástico da

⁵ Cfr. a este respeito, entre outros, Scherer (1994).

litigação ocorrida no período anterior teve uma certa tendência para estabilizar. Para isto contribuíram vários factores. Em primeiro lugar, os mecanismos alternativos de resolução dos litígios desviaram dos tribunais alguma litigação ainda que seja debatível até que ponto o fizeram. Em segundo lugar, a resposta dos tribunais ao aumento da procura de tutela acabou por moderar essa mesma procura, na medida em que os custos e os atrasos da actuação dos tribunais tornaram a via judicial menos atractiva.

Acresce que, os estudos realizados sobre a explosão da litigiosidade obrigaram o rever algumas das ideias feitas sobre a acessibilidade dos tribunais⁶. Por um lado, as medidas mais inovadoras para incrementar o acesso das classes mais baixas em breve foram eliminadas, quer por razões políticas, quer por razões orçamentais. Por outro lado, questionou-se o âmbito da tutela judicial pois muitas vezes, apesar do seu alargamento, os tribunais continuaram a ser selectivos na eficiência com que responderam à procura da tutela judicial. Nuns países mais do que noutros, o desempenho judicial continuou a concentrar-se nas mesmas áreas de sempre. Além disso, o aumento da litigação agravou a tendência para avaliação do desempenho dos tribunais em termos de produtividade quantitativa. Esta tendência fez com que massificação da litigação desse origem a uma judicialização rotinizada com os juízes a evitarem sistematicamente os processos e os domínios jurídicos que obrigassem a estudo ou a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas⁷. Por último, houve necessidade de averiguar em que medida o aumento da litigação era resultado da abertura do sistema jurídico a novos litigantes ou era antes o resultado do uso mais intensivo e recorrente da via judicial por parte dos mesmos litigantes, os chamados *repeat players*

⁶ Sobre este tema cfr. Trubek *et al.* (1983), relatório final de investigação sobre a litigação civil nos EUA.

⁷ Cfr. Faria (1994, 50), onde pode ler-se uma importante análise dos desafios do judiciário neste domínio.

(Galanter, 1974).

3. No terceiro período, a litigação no domínio civil sofre, contudo, alteração significativa. A emergência neste período, sobretudo na área económica, de uma legalidade negociada assente em normas programáticas, contratos-programa, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, originou o surgimento de litígios altamente complexos, mobilizando conhecimentos técnicos sofisticados, tanto no domínio do direito, como no domínio da economia e da ciência e tecnologia⁸. A impreparação dos magistrados, combinada com a sua tendência para se refugiarem nas rotinas e no produtivismo quantitativo, fez com que a oferta judiciária fosse nestes litígios altamente deficiente, o que de alguma maneira contribuiu para a erosão da legitimidade dos tribunais enquanto mecanismos de resolução de litígios.

4. Paralelamente à crise do Estado-Providência agravam-se, neste período, as desigualdades sociais. Este fenómeno em articulação com a relativa rigidez dos direitos sociais e económicos — rigidez que resulta do facto de serem direitos e não exercícios de benevolência, e, de por isso, existirem e poderem ser exercidos independentemente das vicissitudes do ciclo económico — deveria, em princípio, suscitar um aumento dramático da litigação. A verdade é que tal não sucedeu e nalgumas áreas como, por exemplo, no domínio dos direitos laborais, a litigação, em muitos países, diminuiu. Contribuiu para isso um certo enfraquecimento dos movimentos sociais (nomeadamente os sindicatos) que no período anterior tinham

⁸ Cfr., em especial sobre a ordem jurídica da economia, Santos, Gonçalves e Marques (1995,15-16). Aí se dá conta da ampliação das fontes tradicionais do direito, da sua relativa privatização, quer por efeito da importância crescente das fontes de origem privada (como os códigos de conduta), quer pela negociação em torno da produção das fontes públicas, e do declínio de coercibilidade, que se reflecte em diversos aspectos, como sejam o predomínio das normas de conteúdo positivo sobre as de conteúdo negativo, a diminuição dos efeitos da nulidade dos negócios, etc. Sobre o mesmo fenómeno cfr. também Sayag e Hilaire (1984), Salah (1985), Farjat (1986), Pirovanno (1988) e Martin (1991). Sobre a mobilização do conhecimento científico e técnico em determinados ramos do direito (por exemplo, o direito do ambiente ou da informação) cfr. Santos, Gonçalves e Marques (1995, 522) e Gonçalves (1994).

sustentado politicamente a judicialização dos direitos sociais da segunda geração.

No entanto, neste período surgem novas áreas de litigação ligadas aos direitos da terceira geração, em especial a área da protecção do ambiente e da protecção dos consumidores. Estas áreas, para as quais os tribunais têm pouca preparação técnica, são integradas no desempenho judicial na medida em que existem movimentos sociais capazes de mobilizar os tribunais, quer directamente, quer indirectamente, através da integração dos novos temas na agenda política ou através da criação de uma opinião pública a favor deles.

5. Politicamente, este período caracteriza-se, não só pela crise do Estado-Providência, como também pela crise da representação política (crise do sistema partidário, crise da participação política). Esta última crise tem muitas dimensões mas uma delas confronta directamente os tribunais em sua função de controle social. Trata-se do aumento da corrupção política. Uma das grandes consequências do Estado regulador e do Estado-Providência foi que as decisões do Estado passaram a ter um conteúdo económico e financeiro que não tinham antes. A regulação da economia, a intervenção do Estado na criação de infra-estruturas (estradas, saneamento básico, electrificação, transportes públicos) e a concessão dos direitos económicos e sociais saldaram-se numa enorme expansão da administração pública e do orçamento social e económico do Estado. Especificamente, os direitos sociais, tais como o direito ao trabalho e ao subsídio de desemprego, à educação, à saúde, à habitação e à segurança social, envolveram a criação de gigantescos serviços públicos, uma legião de funcionários e uma infinidade de concursos públicos, e de contratações, empreitadas e fornecimentos envolvendo avultadíssimas quantias de dinheiro. Tais concursos e contratações criaram as condições para a promiscuidade entre o poder económico e o poder político. O afrouxamento das referências éticas no

exercício do poder político, combinado com as deficiências do controle do poder por parte dos cidadãos, permitiram que essa promiscuidade redundasse num aumento dramático da corrupção.

Criadas as condições para a corrupção, ela é susceptível de alastrar e de alastrar mais rapidamente nas sociedades democráticas, por três razões principais. Em primeiro lugar, nestas sociedades a classe política é mais ampla porque é menor a concentração do poder e, nesta medida, sendo mais numerosos os agentes políticos, são mais numerosas as interfaces entre eles e os agentes económicos e, portanto, são maiores as probabilidades e as oportunidades para a ocorrência da corrupção. Tal ocorrência é tanto mais possível quanto mais longa é a permanência no poder do mesmo partido ou grupo de partidos. Foi assim em Itália e durante bastante tempo no Japão e é assim ainda em Espanha, na Inglaterra e em Portugal. Em segundo lugar, a comunicação social é nas sociedades democráticas um auxiliar precioso na investigação da grande criminalidade política e é-o tanto mais quanto menos activa é a investigação por parte dos órgãos competentes do Estado. Em terceiro lugar, a competição pelo poder político entre os diferentes partidos e grupos de pressão cria clivagens que podem dar origem a denúncias recíprocas, sobretudo quando as ligações ao poder económico são decisivas para a progressão na carreira política, ou quando tais ligações se tornam por qualquer razão conflituais.

A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento de dinheiro, a grande criminalidade deste terceiro período e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social. No segundo período, a explosão da litigiosidade deu-se sobretudo no domínio civil e foi aí que a visibilidade social e política dos tribunais teve lugar. No período actual, a visibilidade sem deixar de existir no domínio civil, desloca-se de algum modo para o domínio

penal.

A análise dos tribunais no domínio penal é mais complexa, não só porque aqui coexistem duas magistraturas, como também porque o desempenho judicial depende das polícias de investigação. Na maior parte dos países centrais o aumento de litigiosidade civil no período do Estado-Providência ocorreu conjuntamente com o aumento da criminalidade e esta não cessou de aumentar no período actual. Tal como na litigiosidade civil a massificação da litigiosidade suscita a rotinização e o produtivismo quantitativo, no domínio judicial penal o aumento da criminalidade torna manifestos os estereótipos que presidem à rotinização do controle social por parte dos tribunais e à selectividade de actuação que por via dela ocorre.

Este fenómeno ocorre por vários processos: pela criação de perfis estereotipados de crimes mais frequentes, de criminosos mais recorrentes e de factores criminogénicos mais importantes; pela criação, de acordo com tais perfis, de especializações e de rotinas de investigação por parte das polícias e do Ministério Público, sendo também os êxitos nestes tipos de investigação que determinam as promoções nas carreiras; pela criação de infraestruturas humanas, técnicas e materiais orientadas para o combate ao crime que se integra no perfil dominante; pela aversão, minimização ou distanciação em relação aos crimes que extravasam desse perfil, quer pelo tipo de crime, quer pelo tipo de criminoso, quer ainda pelos factores que podem ter estado na origem do crime.

Esta estereotipização determina a selectividade e os limites do preparo técnico do desempenho judicial, no seu conjunto, no domínio do controle social. A corrupção é um dos crimes que extravasa dos estereótipos dominantes, quer pelo tipo de crime, quer pelo tipo de criminoso, quer ainda pelo tipo de factores que podem estar na origem do crime. Por isto, num contexto de aumento da corrupção põe-se de imediato a questão do preparo

técnico do sistema judiciário e do sistema de investigação para combater este tipo de criminalidade. O despreparo técnico suscita, por si, a distanciação em relação à corrupção e em última instância a sua minimização. Mas esta postura é ainda potenciada, neste caso, por um outro factor igualmente importante: a falta de vontade política para investigar e julgar crimes em que estão envolvidos membros da classe política, indivíduos e organizações com muito poder social e político.

A vontade política e a capacidade técnica no combate à corrupção são os vectores mais decisivos da neutralização ou desneutralização política dos tribunais no terceiro período. São eles que determinam os termos em que é travada a luta política à volta da independência dos tribunais. Isto não quer dizer que os temas ligados à constitucionalização do direito ordinário e ao reforço da garantia da tutela judicial dos direitos não continuem a ser importantes nas vicissitudes políticas da questão da independência. Só que, no terceiro período, os argumentos mais decisivos, pro e contra a independência, se jogam no campo do combate à corrupção e é também aqui que se discutem com mais acuidade as outras duas questões que atravessam o judiciário desde o primeiro período: a questão da legitimidade e a questão da capacidade.

Enquanto no segundo período a politização da independência dos tribunais decorria de estes assumirem a quota-parte da responsabilidade na realização de uma agenda política que estava consagrada constitucionalmente e cabia aos poderes do Estado no seu conjunto, no terceiro período a politização da independência dos tribunais é dupla na medida em que a actuação dos tribunais no combate à corrupção não se limita a confrontar a agenda política dos outros poderes do Estado, confronta também os próprios agentes políticos e os abusos de poder de que eles são eventualmente responsáveis. E é por esta razão que a questão da

independência se confunde frequentemente neste período com a questão da legitimidade.

O aumento da corrupção é apenas um dos sintomas de crise da democracia enquanto sistema de representação política e o combate a ela coloca de novo o sistema judicial perante uma situação quase dilemática. Se se demite de uma actuação agressiva neste domínio, garante a preservação da independência, sobretudo nas suas dimensões corporativas, mas com isso colabora, por omissão, na degradação do sistema democrático que, em última instância, garante a independência efectiva. Se, pelo contrário, assume uma posição activa de combate à corrupção, tem de contar com ataques demolidores à sua independência por parte sobretudo do poder executivo, ao mesmo tempo que se coloca na contingência de ver transferida para si a confiança dos cidadãos no sistema político, o que, por ser o único órgão de soberania não directamente eleito, acaba por suscitar com acuidade a questão da legitimidade.

Esta situação quase dilemática vinca ainda mais o contraste entre duas concepções de independência dos tribunais que surgira já no período do Estado-Providência. Por um lado, a independência corporativa, orientada para a defesa dos interesses e privilégios da classe dos magistrados, coexistindo com um desempenho reactivo, centrado na micro-litigação clássica, politicamente neutralizado. Por outro lado, a independência democrática que, sem deixar de defender os interesses e os privilégios da classe dos magistrados, defende-os como condição para que os tribunais assumam concretamente a sua quota parte de responsabilidade política no sistema democrático através de um desempenho mais proactivo e politicamente controverso. Estas duas concepções e práticas de independência judicial pressupõem dois entendimentos da partilha e da legitimidade do poder político no sistema democrático. Mas enquanto no

segundo período os tribunais, ao optar entre uma ou outra, apenas condicionam o exercício, mais ou menos avançado, da convivência democrática, no terceiro período a opção determina a própria sobrevivência da democracia. Enquanto no segundo período estamos perante diferentes concepções do uso do poder político, no terceiro estamos perante a diferença entre o uso e o abuso do poder político.

Não admira, pois, que os tribunais, de um modo ou de outro, sejam chamados ao centro do debate político e passem a ser um ingrediente fundamental da crise da representação política, quer pelo que contribuem para ela, demitindo-se da sua responsabilidade de combater o abuso de poder, quer pelo que contribuem para a solução dela, assumindo essa responsabilidade. Aliás, esta responsabilidade pode ser assumida em vários graus de intensidade. Há, por exemplo, que distinguir entre o combate pontual e o combate sistemático à corrupção. O combate pontual reside na repressão selectiva, incidindo sobre alguns casos de corrupção escolhidos por razões de política judiciária: porque a sua investigação é particularmente fácil; porque contra eles há uma opinião pública forte a qual, se defraudada pela ausência de repressão, aprofunda a distância entre os cidadãos e a administração da justiça; porque, sendo exemplares, têm um elevado potencial de prevenção; porque a sua repressão tem baixos custos políticos. O combate pontual pode, por sua natureza, servir para ocultar toda a outra corrupção que fica por combater e nessa medida pode servir para legitimar um poder político ou uma classe política decadente. Por sua vez, o combate sistemático, sendo um combate orientado mais por critérios de legalidade do que por critérios de oportunidade, pode tornar-se mais ou menos desgastante para o poder político visado e em casos extremos pode mesmo deslegitimá-lo no seu conjunto, como sucedeu em Itália.

Nestas condições, por uma ou outra via, o poder judicial é, neste

período, fortemente politizado. A complexidade deste facto está em que a legitimidade do poder político dos tribunais assenta no carácter apolítico do seu exercício. Ou seja, um poder globalmente político tem de ser exercido apoliticamente em cada caso concreto. Se no segundo período a constitucionalização do direito ordinário visou reforçar a garantia da tutela dos direitos, no terceiro período, o combate à corrupção visa a eliminação das imunidades fácticas e da impunidade em que se traduzem. O agravamento das desigualdades sociais no terceiro período mantém viva e até reforça a primeira exigência, mas agora esta não pode ser cumprida se a segunda o não for também. A garantia dos direitos dos cidadãos pressupõe que a classe política e a administração pública cumprem os seus deveres para com os cidadãos. Esta articulação explicará em parte a actuação do poder judicial em Itália no âmbito da operação "Mãos Limpas" (Tijeras, 1994). O activismo de uma parte do sistema judicial italiano na defesa dos direitos económicos e sociais no segundo período criou uma cultura judiciária intervencionista e politicamente frontal cujas energias são relativamente deslocadas no terceiro período da garantia dos direitos para a repressão do abuso do poder político (Pepino e Rossi, 1993; Rossi, 1994).

Se, como referimos acima, a litigação civil tecnicamente complexa veio suscitar a questão da preparação técnica dos magistrados e, em última análise, a questão do desajustamento entre a formação profissional e o desempenho judicial socialmente exigido, o combate à grande criminalidade política põe tanto a questão da preparação técnica como a questão da vontade política. Entre uma e outra interpõem-se outras questões que não cessam de ganhar importância, tais como, as da formação profissional, da organização judiciária, da organização do poder judicial, da cultura judiciária dominante, dos padrões e orientações políticas do associativismo dos magistrados.

Estas questões "internas" do sistema judicial não são abordadas e decididas num vázio social. Pelo contrário, a natureza das clivagens no seio da classe política, a existência ou não de movimentos sociais e organizações cívicas com agendas de pressão sobre o poder político, em geral, e sobre o poder judicial, em especial, a existência ou não de uma opinião pública esclarecida por uma comunicação social livre, competente e responsável, todos estes factores interferem no modo como são abordadas as questões referidas. Dadas as diferenças que estes factores conhecem de país para país não é de surpreender que as questões judiciais sejam também tratadas diferentemente de país para país. No entanto, não deixa de ser curioso que estas diferenças coexistam com algumas convergências igualmente significativas, fazendo com que a corrupção, o combate à corrupção e a visibilidade política dos tribunais que dele decorre estejam a ter lugar em vários países. O mesmo jogo de diferenças e de convergências deve ser tido em conta quando se analisam nos vários países as duas dimensões mais inovadoras da judicialização da "questão social" no período pós-Estado-Providência: a judicialização da protecção do ambiente e da protecção dos consumidores.

2. Os tribunais nos países periféricos e semiperiféricos

A análise precedente centrou-se na experiência e na trajectória histórica dos tribunais nos países centrais, os mais desenvolvidos do sistema mundial, e apenas tratou da evolução do significado socio-político da função judicial no conjunto dos poderes do Estado. Há, pois, agora que ampliar a análise.

O nível de desenvolvimento económico e social afecta o desempenho dos tribunais por duas vias principais. Por um lado, o nível de desenvolvimento condiciona o tipo e o grau de litigiosidade social e, portanto, de litigiosidade judicial. Uma sociedade rural dominada por uma economia de subsistência não gera o mesmo tipo de litígios que uma sociedade fortemente urbanizada e com uma economia desenvolvida. Por outro lado, embora não se possa estabelecer uma correlação linear entre desenvolvimento económico e desenvolvimento político, os sistemas políticos nos países menos desenvolvidos ou de desenvolvimento intermédio têm sido, em geral, muito instáveis, com períodos mais ou menos longos de ditadura alternados com períodos mais ou menos curtos de democracia de baixa intensidade. Este facto não pode deixar de ter um forte impacto na função judicial. Tal como sucede entre os países centrais, estes fenómenos interagem de maneira muito diferente de país para país, quer entre os países menos desenvolvidos ou periféricos, quer entre os países de desenvolvimento intermédio. Dado que o tipo e o grau de litigação se articula com muitos outros factores para além do desenvolvimento económico, analisá-lo-emos na secção seguinte, em que tais factores serão também considerados.

Concentramo-nos por agora na articulação entre a função judicial e o sistema político. Os três períodos que analisámos na secção precedente não se adequam às trajectórias históricas dos países periféricos e semiperiféricos. Durante o período liberal, muitos destes países eram colónias e continuaram a sê-lo por muito tempo (os países africanos) e outros só então conquistaram a independência (os países latinoamericanos). Por outro lado, o Estado-Providência é um fenómeno político exclusivo dos países centrais. As sociedades periféricas e semiperiféricas caracterizam-se em geral por chocantes desigualdades sociais que mal são mitigados pelos direitos sociais económicos, os quais, ou não existem, ou, se existem, tem uma

deficientíssima aplicação. Aliás, os próprios direitos da primeira geração, os direitos cívicos e políticos, têm uma vigência precária, fruto da grande instabilidade política em que têm vivido estes países, preenchidas com longos períodos de ditadura.

A precaridade dos direitos é o outro lado da precaridade do regime democrático e por isso não surpreende que a questão da independência dos tribunais se ponha nestes países de modo diferente que nos países centrais⁹. Nestes últimos, os três períodos correspondem a três tipos de prática democrática e, portanto, a variações de actuação política que ocorrem num contexto de estabilidade democrática. Não é assim, de modo nenhum, nos países periféricos e semiperiféricos, que viveram nos últimos cento e cinquenta anos longos períodos de ditadura¹⁰. Este facto, aliás, reforça a pertinência da distinção entre diferentes concepções de independência dos tribunais feita na secção precedente. Como referimos, a independência segundo a matriz liberal, dominante no primeiro período, é atribuída aos tribunais na exacta medida em que estes são politicamente neutralizados por uma rede de dependências de que destacamos três: o princípio da legalidade que conduz à subsunção lógico-formal confinada à micro-litigação; o carácter reactivo dos tribunais que os torna dependentes da procura dos cidadãos; e a dependência orçamental e administrativa em relação ao poder executivo e ao poder legislativo. Ora, é este o tipo de independência que domina nos países periféricos e semiperiféricos até aos nossos dias e talvez só agora esteja a ser confrontado com os tipos mais avançados de independência.

⁹ Sobre a garantia judicial dos direitos em países semiperiféricos (no caso, a Colombia) cfr. Palacio (1989). Cfr. também Leon (1989), uma importante colectânea de textos em Bergalli e Mari (1989) e ainda Bergalli (1990). Sobre a disjunção entre o dinamismo das transformações sociais e a rigidez do sistema judicial, em Espanha, cfr. Toharia (1974). Uma análise mais recente encontra-se em Ibáñez (1989). Sobre o caso brasileiro cfr., por último, a excelente colectânea de textos em "Dossiê Judiciário", número especial da *Revista USP* (21, 1994), coordenada por Sérgio Adorno.

¹⁰ Mesmo assim, a situação está longe de ser linear. Veja-se, por exemplo, o caso dos direitos do trabalho no Brasil a partir da era de Vargas analisados num texto inovador de Paoli (1994)

É por esta razão que os regimes ditatoriais não tiveram grandes problemas em salvaguardar a independência dos tribunais. Desde que fosse assegurada a sua neutralização política, a independência dos tribunais podia servir os desígnios da ditadura. Assim, segundo Toharia, o franquismo espanhol não teve grandes problemas com o poder judiciário (Toharia, 1987). A fim de assegurar totalmente a sua neutralização política, retirou aos tribunais comuns a jurisdição sobre os crimes políticos, criando para o efeito um tribunal especial com juízes politicamente leais ao regime. E o mesmo sucedeu em Portugal durante o regime salazarista. Com um idêntico objectivo foram retirados aos tribunais comuns duas áreas de litigação que podiam ser fonte de controvérsia: as questões laborais, que foram atribuídas aos tribunais de trabalho tutelados pelo Ministério das Corporações e os crimes políticos para os quais se criou o Tribunal Plenário com juízes nomeados pela sua lealdade ao regime.

Este padrão de relacionamento entre regimes autoritários e os tribunais é bastante generalizado e parece ocorrer, tanto em regimes autoritários de longa duração, como em "regimes de crise" cujo autoritarismo é supostamente de curta duração. Neal Tate analisa três casos: a declaração do estado de sítio por Marcos nas Filipinas, em 1972; o accionamento de poderes de emergência por parte de Indira Gandhi na Índia, em 1975; o golpe militar do General Zia Ul Haq no Paquistão em 1977 (Tate, 1993, 311-338; Tate e Haynie, 1993, 707-740). Em todos estes casos os líderes políticos tiveram a preocupação de deixarem intocada a independência dos tribunais depois de se assegurarem do controle das áreas "sensíveis".

A independência dos tribunais na matriz liberal é, pois, compatível com regimes não democráticos. O controle político tende a ser exercido pela exclusão dos tribunais das áreas de litigação que contam politicamente para a sobrevivência do sistema e por formas de intimidação difusa que criam

sistemas de auto-censura. O objectivo é reduzir a independência à imparcialidade do juiz perante as partes em litígio e garantir a lealdade passiva dos magistrados ao regime. Esta estratégia garante ao judiciário uma sobrevivência relativamente apagada mas, ao mesmo tempo, sem a necessidade de se salientar em manifestações de lealdade, sendo esta uma das razões pelas quais, quando os regimes autoritários caem, a esmagadora maioria dos magistrados é confirmada pelo novo regime e contínua em funções.

E, de facto, desde a década de setenta temos vindo a assistir ao declínio dos regimes autoritários e aos consequentes processos de transição democrática. Em meados da década de setenta, foram os países da periferia europeia, na década de oitenta, os países latinoamericanos, em finais da década de oitenta, os países do Leste Europeu, e em princípios da década de noventa, alguns países africanos. Estas transições instauraram processos democráticos, muitos dos quais estão ainda por consolidar. Tiveram lugar num momento em que nos países centrais se estava já no terceiro período ou quando muito na passagem do segundo para o terceiro período. Este calendário histórico teve consequências fundamentais no domínio da garantia dos direitos. De uma forma ou de outra, os países periféricos e semiperiféricos viram-se na contingência de consagrar constitucionalmente ao mesmo tempo os direitos que nos países centrais tinham sido consagrados sequencialmente ao longo de um período de mais de um século, ou seja, no período liberal, os direitos cívicos e políticos, no período do Estado-Providência, os direitos económicos e sociais, e no período do pós-Estado-Providência os direitos dos consumidores, da protecção ambiente e da qualidade de vida em geral. Obrigados, por assim dizer, a um curto-circuito histórico não admira que estes países não tenham, em geral, permitido a consolidação de um catálogo tão exigente de direitos de cidadania.

Como se compreende, as situações variam enormemente de país para país. No que respeita aos casos que mais nos interessa, o dos países semiperiféricos, a consolidação dos direitos cívicos e políticos é muito superior à dos direitos da segunda ou da terceira geração. Esta discrepância é fundamental para compreender o desempenho judicial nestes países e as vicissitudes da luta pela independência face aos outros poderes. Sobre o caso português especificamente falaremos adiante.

Nestes países, que passaram por processos de transição democrática nas três últimas décadas, os tribunais só muito lenta e fragmentariamente têm vindo a assumir a sua co-responsabilidade política na actuação providencial do Estado. A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nestes países, enorme e os tribunais têm sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la. Os factores desta tibieza são muitos e variam de país para país. Entre eles podemos contar sem qualquer ordem de precedência: o conservadorismo dos magistrados, incubado em Faculdades de Direito intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; o desempenho rotinizado assente na justiça retributiva, politicamente hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparada para ela; uma cultura jurídica "cínica" que não leva a sério a garantia dos direitos, caldeada em largos períodos de convivência ou cumplicidade com maciças violações dos direitos constitucionalmente consagrados, inclinada a ver neles simples declarações programáticas, mais ou menos utópicas; organização judiciária deficiente com carências enormes tanto em recursos humanos como em recursos técnicos e materiais; poder judicial tutelado por um poder executivo, hostil à garantia dos direitos ou sem meios orçamentais para a levar a cabo; ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos; um direito processual hostil e antiquado.

Isto não significa, porém, que nalguns países os tribunais não tenham ao longo da década de oitenta começado a assumir uma postura mais activa e agressiva na defesa dos direitos. Por exemplo no Brasil, como refere Faria, alguns tribunais, sobretudo de primeira instância — os que contactam mais de perto com as flagrantes discrepâncias entre igualdade formal e justiça social — têm vindo a criar uma corrente jurisprudencial assente na constitucionalização do direito ordinário e orientada para uma tutela mais efectiva dos direitos (Faria, 1994, 52). Estas correntes jurisprudenciais, ainda que sempre minoritárias, assumem por vezes uma expressão organizativa, como é o caso, também do Brasil, do movimento do direito alternativo protagonizado por juízes envolvidos no reforço da tutela judicial dos direitos.

A tibieza dos tribunais no domínio da justiça distributiva e dos direitos sociais e económicos prolonga-se também no domínio do combate à corrupção o qual, como vimos, tem vindo a constituir, juntamente com a tutela dos interesses difusos sobretudo nas áreas do consumo e do meio ambiente, uma área privilegiada de protagonismo político e visibilidade social dos tribunais nos países centrais. As causas desta tibieza são em grande medida as mesmas que determinaram a tibieza no domínio da tutela dos direitos. Mas acrescentam outras, específicas, e que têm a ver sobretudo com a falta de tradição democrática nestes países. Um poder político concentrado, tradicionalmente assente numa pequena classe política de extracção oligárquica, soube ao longo dos anos criar imunidades jurídicas e fácticas que redundaram na impunidade geral dos crimes cometidos no exercício de funções políticas. Esta prática transformou-se na pedra angular de uma cultura jurídica autoritária nos termos da qual só é possível condenar "para baixo" (os crimes das classes populares) e nunca "para cima" (os crimes dos poderosos). Aliás, longe de serem vistos pelos cidadãos como tendo a responsabilidade de punir os crimes da classe política, os tribunais foram vistos como parte dessa classe política e tão autoritários quanto ela.

Curiosamente, sobretudo na América Latina (Argentina, Colômbia, Brasil sobretudo no Nordeste, etc.), sempre que se tem falado de corrupção a respeito dos tribunais não é para falar do combate à corrupção por parte dos tribunais mas sim para falar da corrupção dos tribunais (a venalidade dos magistrados e dos funcionários).

Apesar disto, em anos mais recentes, têm vindo a multiplicar-se os sinais de um maior activismo dos tribunais neste domínio, quer para combater a corrupção dentro do sistema judicial, quer para combater a corrupção da classe política e, em geral, a grande criminalidade organizada. Como vimos, o aumento da corrupção política e o grande crime organizado a nível internacional são as grandes novidades criminais do terceiro período acima analisado. Aliás, o crime organizado, sobretudo o narcotráfico, tem vinculações mais ou menos estreitas à classe política e aos militares e, nalguns países latinoamericanos, também aos grupos de guerrilha. Nestas condições, é fácil imaginar as dificuldades com que se confrontam os tribunais ao pretenderem exercer o controle penal nestes domínios. Uma das mais brutais dificuldades consiste no risco da própria vida. Na Colômbia foram assassinados, nos últimos dez anos, 200 magistrados envolvidos na investigação ou no julgamento da corrupção política e do crime organizado ainda que em alguns casos os assassinatos estejam relacionados com a própria corrupção dos juizes. Neste e noutros países há inúmeros magistrados ameaçados de morte e só agora começam a surgir expressões de solidariedade internacional entre os magistrados.

Para os países que passaram nas últimas décadas por uma transição democrática, o primeiro teste feito ao judiciário no domínio da criminalização do abuso do poder político consistiu no julgamento dos responsáveis por milhares de assassinatos de opositores políticos e por outras maciças e cruéis violações dos direitos humanos cometidos durante a vigência dos

regimes ditatoriais. Foi um teste que o judiciário falhou em grande medida ainda que por razões nem sempre a ele imputáveis¹¹. Nos casos em que a transição resultou de uma ruptura entre o regime autoritário e o regime democrático, como foi o caso de Portugal e, de algum modo também, o caso da Argentina, a existência de tribunais especiais (tribunais militares) com juízes ainda leais ao regime deposto, a falta de vontade política para levar a cabo a investigação, a existência superveniente de perdões, a ocorrência da prescrição, os acordos entre as diferentes forças políticas no sentido de "passar uma esponja" sobre o passado, todos estes factores contribuíram para que os crimes cometidos durante a ditadura ficassem em geral impunes. No caso da Argentina houve inicialmente uma forte corrente de opinião pública e de mobilização social no sentido da repressão dos crimes da ditadura e alguma teve efectivamente lugar no início do período democrático. Segundo Maria Luísa Bartolomei, em meados da década de oitenta o Presidente Raul Alfonsín terá negociado o fim da repressão com militares revoltosos, em troca do fim da revolta (Bartolomei, 1994, 19). Nos países em que a transição foi pactada como, por exemplo, no caso da Espanha, do Brasil e do Chile a impunidade dos crimes de abuso de poder e de violação dos direitos humanos cometidos durante a ditadura foi negociada entre a classe política do regime ditatorial e a classe política do regime democrático emergente. Neste caso, os tribunais foram, à partida, excluídos do exercício do controle penal neste domínio. Tal exclusão serviu, de facto, para reforçar a cultura jurídica autoritária legitimadora da imunidade fáctica ou mesmo jurídica dos detentores do poder político.

Podemos pois concluir que as trajectórias políticas e sociológicas do sistema judicial nos países periféricos e semiperiféricos são distintas das do sistema judicial nos países centrais ainda que haja entre elas alguns pontos

¹¹ Para o caso Argentino, cfr. Bartolomei (1994).

de contacto. A análise comparada dos sistemas judiciais é, assim, de importância crucial para compreender como, sob formas organizacionais e quadros processuais relativamente semelhantes, se escondem práticas judiciárias muito distintas, distintos significados socio-políticos da função judicial, bem como distintas lutas pela independência do poder judicial.

3. Padrões de Litigação e Cultura Jurídica

Por muito significativas que sejam as diferenças entre países com níveis de desenvolvimento distintos no que respeita às vicissitudes da independência e do significado socio-político dos tribunais, suscitam duas reflexões comuns.

A primeira, que é, afinal, a conclusão mais abrangente da nossa análise até agora, é que a luta pela independência do sistema e do poder judicial é sempre, apesar das variações infinitas, uma luta precária na medida em que ocorre no contexto de algumas dependências robustas do sistema judicial em relação ao Executivo e ao Legislativo. Trata-se de uma luta com meios limitados contra outros poderes quase sempre hostis por uma independência que nunca é completa. Nesta medida, a independência só é tida como estando em causa quando são ultrapassados os limites da falta de independência considerados toleráveis pelas próprias magistraturas ou pelos cidadãos organizados em partidos ou outras formas de associação interessados em defender a independência dos tribunais. As tentações e as tentativas para exercer controle político sobre actividade judicial ocorrem por razões semelhantes e com recursos a meios igualmente não totalmente díspares: transferência de certas áreas de litigação do âmbito dos tribunais comuns para tribunais especiais ou para agências administrativas sob o controle do poder executivo; controle sobre a formação, o recrutamento e a

promoção dos magistrados; gestão da dependência financeira dos tribunais. O que neste domínio verdadeiramente distingue os países periféricos dos países centrais é o facto de só nos primeiros os meios de controle incluírem a intimidação séria e a própria liquidação física dos juízes.

A segunda reflexão, que suscita a análise que se segue, é que no terreno político concreto, a luta pela independência depende do desempenho efectivo dos tribunais. Este desempenho permite uma enorme variação interna e só quando ele se traduz em exercícios susceptíveis de ampliar a visibilidade social ou o protagonismo político para além dos limites convencionados e convencionais é que a independência judicial se transforma numa luta política de primeira grandeza. No entanto, e ao contrário do que pode parecer, não há uma relação absolutamente unívoca e linear entre os termos da luta pela independência e os termos do desempenho efectivo, na medida em que variam de país para país as sensibilidades políticas sobre o significado do desempenho e das suas variações.

Em face disto, é de crucial importância analisar com o pormenor possível os parâmetros, as características e as variações do desempenho dos tribunais¹². Aliás, um enfoque analítico excessivamente centrado sobre a independência judicial ou o protagonismo político dos tribunais pode ocultar o conhecimento do trabalho efectivo dos tribunais na esmagadora maioria dos casos e na esmagadora maioria dos dias de trabalho judicial. É, por esta razão que passamos a referir o quadro teórico e a experiência comparada que em nosso entender, devem servir de referência à análise do desempenho efectivo dos tribunais.

¹² A análise comparada dos sistemas judiciais, sendo de importância crescente, é, no entanto, muito complexa dada a multiplicidade de variáveis envolvidas. Sobre o tema cfr. Shapiro (1986), Damaska (1986), Schmidhauser (1987), Cappelletti (1991), Holland (1991). Em nosso entender, a dificuldade maior na análise comparada dos sistemas judiciários reside em que estes operam num contexto de pluralismo jurídico, que condiciona de modo decisivo o seu desempenho, o qual varia significativamente de país para país. No Brasil, uma análise muito bem documentada do pluralismo jurídico pode ler-se em Wolkmer (1994).

Como dissemos acima, é sabido que o nível de desenvolvimento económico e social condiciona a natureza da conflitualidade social e interindividual, a propensão a litigar, o tipo de litigação e, portanto, o desempenho dos tribunais enquanto expressão do padrão de consumo da justiça, entendido este como oferta efectiva de tutela judicial perante a procura efectiva. Sendo condicionado pelo nível de desenvolvimento, o padrão de consumo da justiça actua por sua vez, sobre ele, potenciando-o ou limitando-o. Acresce que o aumento do desenvolvimento socio-económico não induz necessariamente o aumento da litigação, em geral; pode induzir um aumento em certas áreas ou tipos de litigação ao mesmo tempo que induz uma diminuição noutras. Por esta tripla interacção, a análise das relações entre o desempenho dos tribunais e o nível de desenvolvimento socio-económico é central a toda a sociologia judiciária¹³.

Contudo, é igualmente sabido que o nível de desenvolvimento socio-económico não explica só por si o nível e o tipo de desempenho dos tribunais uma vez que países com níveis parificáveis de desenvolvimento apresentam perfis judiciários muito distintos. Basta comparar, por exemplo, o Japão com os EUA ou a Holanda com a Alemanha. Deve, pois, atender-se a outros factores e um deles, talvez o mais importante, é a cultura jurídica dominante do país, quase sempre articulada com a cultura política.

A cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e a interesses que configuram um padrão de atitudes face ao direito e aos direitos e face às instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e

¹³ Cfr., no entanto, Henckel (1991) que faz uma análise da justiça civil brasileira, comparando-a sempre que possível com a alemã, para concluir que não há diferenças estatísticas significativas entre o desempenho do sistema judicial de um país desenvolvido e o de um país subdesenvolvido. Segundo ele, as diferenças residem sobretudo nos factores organizacionais (pessoal, qualificações, salários, infraestruturas). Trata-se de uma análise algo controversa na medida em que as semelhanças podem ser a tradução de situações sociais totalmente distintas. Por exemplo, o facto de tanto na Alemanha como no Brasil ser baixo o recurso à assistência judiciária, significa, no Brasil, que mais de 2/3 da população é marginalizada do acesso à justiça, um significado totalmente oposto do que tem na Alemanha.

os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura juridico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e suas organizações e, neste sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania. A este nível, distingue-se da cultura jurídico-profissional que respeita apenas aos profissionais do foro e que, como tal, tem ingredientes próprios relacionados com a formação, a socialização, o associativismo, etc.

A cultura jurídica começou a ser discutida a partir da década de sessenta, sobretudo nos EUA mas também na Itália, sob o impulso da explosão de litigiosidade que se começou a verificar então nesses países¹⁴. A ideia era de que a propensão a litigar é maior numas sociedades que noutras e que as variações estão, em parte pelo menos, ancoradas culturalmente, na medida em que a propensão a litigar não aumenta necessariamente na mesma medida do desenvolvimento económico. Se em certas sociedades os indivíduos e as organizações mostram uma clara preferência por soluções consensuais dos litígios ou de todo modo obtidas fora do campo judicial, noutras, a opção por litigar é tomada facilmente¹⁵.

Alguns autores, como por exemplo Kritzer, compararam a propensão a litigar em países culturalmente próximos e até com um sistema jurídico semelhante, — como, por exemplo, os EUA e a Inglaterra ou os EUA e o Canada — e encontraram diferenças significativas reconduzíveis a diferentes culturas jurídicas (Kritzer, 1989). Os EUA foram considerados como tendo a mais elevada propensão a litigar, configurando uma "sociedade litigiosa"

¹⁴ Sobre a bibliografia relevante deste período cfr. Santos (1994 , 141-161).

¹⁵ Sobre culturas jurídicas, cfr., por último Bierbrauer (1994).

como lhe chamou Lieberman (1981)¹⁶. Este facto suscitou um debate que se prolongou por toda a década de oitenta tendo mesmo nas últimas eleições presidenciais sido tema de campanha eleitoral (Galanter, 1993a, 1993b). Avançaram-se então várias razões que alimentariam tal cultura litigiosa desde a existência de um número excessivo de advogados ao enfraquecimento dos laços comunitários e dos compromissos de honra na gestão da vida colectiva. Segundo alguns, a propensão a litigar estaria a resultar numa enorme drenagem de recursos económicos que de outra maneira poderiam ser afectados às tarefas do desenvolvimento¹⁷. Outros autores e estudos refutaram estes argumentos e puseram mesmo em causa que tivesse havido uma explosão da litigiosidade ou que os norte-americanos fossem particularmente litigiosos¹⁸.

Blankenburg por seu lado, defendeu que a explosão da litigiosidade, embora com uma dimensão real, tinha sido inflacionada pelos meios de comunicação social a partir de processos particularmente notórios, quer pela sua natureza, quer pela dos interveniente nela (Blankenburg, s/d). Nestes termos, deduzir a existência de cultura jurídica litigiosa a partir da explosão da litigiosidade era incorrecto na medida em que, mesmo dando de barato que tal explosão existia, a verdade é que a esmagadora dos litígios continuava a ser resolvida fora dos tribunais¹⁹.

¹⁶ Sobre o questionamento do nível de litigiosidade na sociedade estadunidense cfr. Galanter (1983), Trubek *et al.* (1983).

¹⁷ Olson (1992) afirma que existe nos EUA uma "indústria de litigação" responsável em grande medida pelo seu aumento. Uma posição oposta e bem fundamentada pode ler-se em Epp (1992).

¹⁸ Sobre este debate cfr. Galanter 1993a e 1993b. Para além disso, outros autores têm salientado a continuada incidência da resolução de negociada de litígios, sem recurso aos tribunais, em determinadas áreas, como por exemplo, na área dos seguros (Ross, 1980) e de responsabilidade civil extra-contratual (Genn, 1988). Cfr, ainda Brigham (1993) e Galanter e Cahil (1994).

¹⁹ Apesar disso, as diferenças nacionais perante a litigação são evidentes. O próprio Blankenburg (1994, 780 e ss) mostra esse contraste entre as culturas jurídicas de dois países europeus com níveis de desenvolvimento semelhante, a Holanda e a Alemanha. Cfr. também

No entanto, num estudo sobre os padrões de litigação em cinco países europeus, todos de tradição jurídica continental concluiu-se que, embora em todos eles tenha havido um aumento de litigação na década de setenta, esse aumento variou de país para país e as variações não coincidiram com as dos indicadores de desenvolvimento (Ietswaart, 1990, 571). Em áreas de menor sedimentação cultural, as variações foram, contudo, mais uniformes. Assim, por exemplo, verificou-se um certo decréscimo da litigação directamente relacionada com a actividade económica, o que poderia indicar que, à medida que esta internacionalizou e tornou tecnicamente mais complexa, deixou de ver nos tribunais um foro adequado para a resolução dos litígios que foi gerando. Por outro lado, em quase todos os países desenvolvidos emergiram novos tipos de litígios relacionados com o surgimento da sociedade de consumo, com a degradação do meio ambiente e com o aumento dramático da mobilidade social e geográfica (rupturas de relações familiares e consequentes divórcios; questões de inquilinato).

Na análise das variações dos níveis de litigiosidade é necessário distinguir entre as ondas longas de litigação e as variações bruscas e de curta duração, uma vez que só as primeiras são reconduzíveis à evolução do padrão de desenvolvimento ou à cultura jurídica dominante. As variações bruscas estão, em geral, relacionadas, quer com factores internos do sistema judicial — por exemplo, uma reforma processual que desjudicializa um certo litígio —, quer por razão de transformações políticas drásticas, da Alemanha da República de Weimar e EUA do *New Deal*, ao Chile de Allende, Portugal do 25 de Abril de 1974 ou a França dos socialistas em 1981.

Aliás, a razão pela qual a relação entre desenvolvimento socio-económico e cultura jurídica, por um lado, e padrão de litigação, pelo outro, não é unívoca reside em que o sistema judicial, por si ou pela interferência

Kritzer e Zemans (1993).

dos outros poderes políticos, não assiste passivo às variações da procura de tutela judicial sempre que estas excedem limites considerados toleráveis. Foi por essa razão que se realizaram as reformas de informalização da justiça já acima mencionadas e além delas podíamos citar muitas outras: a desjudicialização dos litígios de cobrança das dívidas (Dinamarca), ou dos divórcios por mútuo consentimento (Portugal); a introdução da responsabilidade objectiva nos acidentes de viação (França, Portugal); as propostas, cada vez mais insistentes para discriminalizar o consumo de drogas (Holanda). O que varia de país para país é precisamente a capacidade de adaptação da oferta judicial à procura judicial. Quando tal capacidade está totalmente ausente, a oferta judicial não deixa de actuar sobre a procura judicial, mas desta vez fá-lo desencorajando esta última, aumentando com isto a discrepância entre procura potencial e procura efectiva. Nalguns países, a queda da procura da tutela judicial em certas áreas não tem outra justificação senão o desincentivo sobre a procura resultante da fraca qualidade da oferta.

4. A Pirâmide da Litigiosidade

O conceito de cultura jurídica é útil desde que limitado nas suas ambições analíticas e explicativas, pois, como vimos, muitos outros factores interferem na evolução dos tipos e níveis de litigação. Referida aos movimentos mais estáveis, ela é um elemento analítico útil. Embora o conceito tenha sido desenvolvido para designar atitudes face ao direito, aos direitos e aos tribunais traduzíveis em elevada propensão à litigação, a verdade é que é igualmente legítimo falar de culturas jurídicas de fuga à litigação, ou seja, de culturas com uma muito baixa propensão a litigar. Em qualquer caso, a utilidade deste conceito e do indicador que o sustenta (a propensão à litigação) só é verdadeiramente significativa quando é possível

aferir do conjunto de litígios judicializáveis que ocorrem numa dada sociedade ou, mesmo, das relações sociais que os podem originar. Só então se pode determinar com algum rigor o âmbito da procura potencial da tutela judicial e a fracção dela que se transforma em procura efectiva. Esta investigação é extremamente difícil e muitas vezes impossível. O fluxo ininterrupto, indefinido e amalgamado das relações sociais numa dada sociedade torna impossível qualquer quantificação fiável. Só assim não é nas relações sujeitas a um qualquer tipo de registo (casamentos, óbitos, apólices de seguro, registo de acidentes, cheques sem provisão, escrituras públicas, contratos de arrendamento, etc.). Nestes casos, é possível estabelecer o que designamos por base da pirâmide da litigiosidade. A mesma dificuldade existe na determinação das situações litigiosas. Neste domínio, apenas por inquérito ou outras metodologias indirectas é possível ter uma ideia aproximada do nível global da litigiosidade numa dada sociedade.

Só a partir de um conhecimento aproximado da base da pirâmide de litigiosidade é possível definir o perfil desta. O conceito de pirâmide de litigiosidade tem vindo a ser utilizado para dar conta, por recurso a uma metáfora geométrica, do modo como são geridas socialmente as relações litigiosas numa dada sociedade. Sabendo-se que as que chegam aos tribunais e, destas, as que chegam a julgamento, são a ponta da pirâmide, há que conhecer a trama social que intercede entre a ponta e a base da pirâmide.

Os litígios são construções sociais, na medida em que o mesmo padrão de comportamento pode ser considerado litigioso ou não litigioso consoante a sociedade, o grupo social ou o contexto de interacções em que ocorre. Como todas as demais construções sociais, os litígios são relações sociais que emergem e se transformam segundo dinâmicas sociologicamente identificáveis. A transformação delas em litígios judiciais é apenas uma

alternativa entre outras e não é, de modo nenhum, a mais provável ainda que essa possibilidade varie de país para país, segundo o grupo social e a área de interação. Aliás, o próprio processo de emergência do litígio é muito menos evidente do que à primeira vista se pode imaginar. O comportamento lesivo de uma norma não é suficiente para, só por si, desencadear o litígio. A grande maioria dos comportamentos desse tipo ocorre sem que os lesados dêem conta do dano ou identifiquem o seu causador, sem que tenham consciência de que tal dano viola uma norma, ou ainda sem que pensem que é possível reagir contra o dano ou contra o seu causador. Diferentes grupos sociais têm percepções diferentes das situações de litígio e níveis de tolerância diferentes perante as injustiças em que elas se traduzem. Por esta razão, níveis baixos de litigiosidade não significam necessariamente baixa incidência de comportamentos injustamente lesivos.

São enormes os problemas conceptuais e metodológicos do estudo das percepções e avaliações de danos. Pessoas diferentes com percepções semelhantes de uma dada situação fazem delas avaliações diferentes e vice-versa fazem avaliações semelhantes de situações diferentemente percebidas. Muitos trabalhadores têm dificuldade em saber se estão doentes, se a causa da doença está relacionada com o trabalho, se o trabalho causador da doença viola alguma norma, se é possível alguma reacção contra isso. Do mesmo modo, só uma inspecção dos documentos do empréstimo tornaria possível saber se o devedor foi vítima de usura no caso de ele próprio não se ter apercebido disso. As pessoas expõem-se a danos e são injustamente lesadas em muito mais situações do que aquelas de que têm consciência. Certos grupos sociais têm uma capacidade muito maior que outros para identificar os danos, avaliar a sua injustiça e reagir contra ela. Quanto mais baixa é a capacidade de identificação, mais difícil se torna avaliar o significado sociológico da base da pirâmide. Subjacente às situações identificadas como geradoras de litígio pode estar um conjunto

maior ou menor de condutas injustamente lesivas, um conjunto em grande medida indeterminável.

É, contudo, possível determinar os factores sociais que condicionam a capacidade para dar conta de danos e de os avaliar como tal. Há naturalmente factores relativos à personalidade importantes neste domínio mas só operam em conjunto com os factores sociais, tais como a classe, o sexo, o nível de escolaridade, a etnia e a idade. Os grupos sociais que ocupam nestas variáveis situações de maior vulnerabilidade são também aqueles em que tende a ser menor a capacidade para transformar a experiência da lesão em litígio. Para além do factor de personalidade e das variáveis estruturais há ainda que contar com as variáveis interpessoais, ou seja, com a natureza das relações entre indivíduos no contexto das quais surge uma situação potencialmente litigiosa. Por exemplo, o mesmo comportamento tido por um familiar íntimo ou por um estranho pode ter significados totalmente distintos. O tipo de domínio social em que se tecem as relações é igualmente decisivo. Os indivíduos relacionam-se na família, no trabalho, na vizinhança, no mercado, na política, no lazer, etc. e em cada um destes domínios criam interacções que potenciam certos tipos de percepções e de avaliações e bloqueiam outros. Por outro lado, se há relações que é fácil interromper ou cancelar, há outras cuja interrupção ou cancelamento acarretaria custos importantes para um ou para todos os intervenientes na relação. A consistência, a multidireccionalidade, a profundidade e a duração da relação são factores decisivos, consoante as circunstâncias, na criação, ou no bloqueamento de situações de litigiosidade. Aliás, deve ter-se em conta que todos estes factores ou variáveis não são apenas decisivos no processo de emergência do litígio, são-no também nas necessárias transformações por que este passa até à sua resolução quando ela ocorre.

Uma vez reconhecida a existência do dano, do causador dele, e da

violação de normas que ele acarreta, não significa necessariamente que o litígio emerja. É necessário para isso que o lesado ache que o dano é de algum modo remediável, reclame contra a pessoa ou entidade responsável pelo dano de que é vítima e saiba fazê-lo de maneira inteligível e credível. Sempre que tal sucede, o litígio só surge quando tal reclamação ou queixa é rejeitada no todo ou em parte. Só então é que verdadeiramente a relação social entra na base da pirâmide. O trajecto até aqui percorrido é sociologicamente muito importante para determinar o conteúdo de justiça distributiva das medidas destinadas a incrementar o acesso à justiça. Como sabemos, tais medidas visam diminuir as desigualdades no consumo da justiça. Acontece, porém, que tais medidas só podem beneficiar aqueles que passam o limiar da percepção e da avaliação do dano e da responsabilidade do dano. Ora, como vimos, certos grupos sociais têm mais capacidade que outros para passar tal limiar. Os que têm menor capacidade estão em piores condições para serem beneficiados por um incremento do acesso à justiça. Isto significa que o acesso à justiça, sobretudo em países onde é muito deficiente, é duplamente injusto para os grupos sociais mais vulneráveis: porque não promove uma percepção e uma avaliação mais ampla dos danos injustamente sofridos na sociedade e porque, na medida em que tal percepção e avaliação tem lugar, não permite que ela se transforme em procura efectiva da tutela judicial.

Rejeitada no todo ou em parte a reclamação do lesado nem por isso é desencadeado litígio. Só o será se o lesado se inconformar e decidir reagir perante a rejeição. Pode ter boas razões para não o fazer. Por exemplo, o inconformismo pode envolver o risco de pôr globalmente em perigo uma relação que a outros níveis é benéfica para o lesado. Isto sucede sobretudo no caso das relações multiplexas, isto é, relações que unem os indivíduos

através de múltiplos vínculos (amizade, família, religião, etnia, negócios)²⁰. Sempre que estes só parcialmente são afectados pelo comportamento lesivo, o desencadear do litígio pode ter um efeito de polarização que pode contribuir para aumentar a dimensão da lesão antes que possa ser remediada. O incentivo para "aguentar" pode nestas condições ser muito grande. Quanto mais desiguais são as posições sociais das partes no litígio, maior é este incentivo no caso em que o lesado é a parte com a posição social inferior. Se o incentivo a aguentar é neutralizado pelo impulso inconformista, desencadeia-se o litígio.

Uma vez desencadeado o litígio, o seu âmbito pode variar enormemente não só em função dos factores ou variáveis de que falámos atrás, mas também dos objectivos dos litigantes e dos mecanismos que julgam ter à sua disposição para levar a cabo esses objectivos. Aliás, como bem notou Aubert, a relação entre objectivos e mecanismos de resolução é recíproca: os objectivos influenciam a escolha dos mecanismos e os mecanismos escolhidos alteram os objectivos (Aubert, 1963, 33; Santos, 1977). Os objectivos dependem ainda da avaliação que é feita da lesão e da injustiça que ela constitui. Tal avaliação tem muito a ver com a consciência dos direitos e, em última instância, com a cultura jurídica dominante no grupo de referência do lesado. Uma elevada consciência de direitos tende a ampliar o âmbito da lesão e, correspondentemente, os objectivos da sua reparação.

Num complexo sistema de *feedback*, a avaliação da dimensão da lesão e os objectivos da reparação estão, como dissemos, em íntima interacção com os mecanismos de resolução à disposição do lesado e com a capacidade deste ou do próprio mecanismo para convocar ao processo de resolução o causador do dano. Pode dizer-se que todas as sociedades

²⁰ Sobre o conceito de relações multiplexas, cfr. Santos (1977 e 1988).

minimamente complexas têm à disposição dos litigantes um conjunto mais ou menos numeroso de mecanismos de resolução dos litígios, entendendo como tal todas as instâncias susceptíveis de funcionar como terceira parte, ou seja, como instâncias decisórias exteriores às partes em litígio. Variam enormemente segundo a oficialidade, a formalidade, a acessibilidade, a especialização, a eficácia, a eficiência, a distância cultural, etc. Em geral, os tribunais tendem a ocupar um dos extremos em muitas destas dimensões. De todos os mecanismos de resolução de litígios disponíveis, tendem a ser os mais oficiais, os mais formais, os mais especializados e os mais inacessíveis. Quanto às outras dimensões, a sua posição varia muito de país para país e de área de litígio para área de litígio.

Não admira, pois, que, antes de recorrer aos tribunais, as partes num litígio tentem, sempre que possível, resolvê-lo junto de instâncias não oficiais mais acessíveis, mais informais, menos distantes culturalmente e que garantam um nível aceitável de eficácia. De um familiar ou vizinho respeitado, a uma organização comunitária, associação ou clube disponível, ou ainda um profissional, seja ele um advogado, um terapeuta, um padre, um assistente social, um médico, um professor, todos são potencialmente terceiras partes e podem efectivamente funcionar como tal dependendo de muitos factores. A escolha tem sobretudo a ver com as relações que existem entre as partes em litígio, com a área social da litigação, com os níveis de socialização de ambas as partes com mecanismo de resolução e com os meios de que dispõem para realizar a escolha nas melhores condições.

Factores económicos, sociais e culturais de vária ordem convergem na escolha de uma dada terceira parte. A existência de escolha só é visível muitas vezes a nível agregado, pois, ao nível das decisões individuais não há, muitas vezes, muito campo para escolhas, uma vez que o mecanismo utilizado surge como o único disponível ou único adequado. É, por esta

razão, que as resoluções sugeridas ou decididas pelas terceiras partes são geralmente aceites ainda que não disponham de nenhum meio formal para impor as suas decisões. O acatamento da decisão pode derivar de considerações de oportunidade e de cálculo dos custos do não acatamento mas deriva muitas vezes da própria autoridade de quem decide²¹.

São muitas as distinções possíveis entre as terceiras partes. Quanto aos poderes de decisão, distinguem-se dois tipos principais de resolução do litígio pela terceira parte: mediação, arbitragem e adjudicação. Idealmente, na mediação, a terceira parte não decide nem sequer propõe uma decisão de motu próprio, limitando-se a aproximar progressivamente as posições das partes em litígio até reduzir a zero a contradição ou a diferença entre elas. Ao contrário, na arbitragem, a terceira parte está mandatada pelas partes para proferir uma decisão vinculativa sobre as pretensões das partes tal qual estas as formularam. Na adjudicação a decisão vinculativa não deriva do mandato das partes, mas da ordem jurídica a que estão sujeitos.

No que respeita ao estilo decisório e em articulação com os poderes do decisor, é costume distinguir entre decisões mini-max e decisões soma-zero²². As primeiras procuram maximizar o compromisso entre as pretensões opostas de modo a que a distância entre quem ganha e quem perde seja mínima e, se possível, nula. As decisões soma-zero ou decisões de adjudicação são aquelas que maximizam a distinção e a distância entre a pretensão acolhida e a pretensão rejeitada e, portanto, entre quem ganha e quem perde.

Quanto aos recursos normativos de que se serve a terceira parte para

²¹ Sobre os mecanismos de resolução de litígios em favelas do Rio cfr. entre outros, Santos (1977) e Junqueira e Rodrigues (1992)

²² Sobre este tema cfr., em especial, Nader (1990). Cfr. também Gulliver, (1979).

decidir, eles podem ser de natureza jurídica, técnico-profissional, ou ética. De um ponto de vista sociológico, as sociedades são juridicamente pluralistas na medida em que o direito oficial coexiste com outros direitos que circulam não oficialmente na sociedade, no âmbito de relações sociais específicas, tais como relações de família, de produção e trabalho, de vizinhança, etc. Esta normatividade é frequentemente mobilizada pelos mecanismos informais de resolução de litígios. O normativismo é apenas implícito no caso dos critérios profissionais, técnico-deontológicos, que tendem a ser accionados em litígios emergentes de relações profissionais. Mas em quase todos estes mecanismos, ainda que nuns mais que noutros, há recurso a critérios éticos dominantes que intervêm em constelações de sentido muito complexas onde figuram também normas jurídicas e critérios técnico-profissionais.

A predominância de um ou de outro tipo de mecanismos de resolução varia de país para país mas tem sempre muito a ver com os tipos dominantes de relações sociais (mais ou menos multiplexas, mais ou menos duráveis, mais ou menos profundas, etc.) e de cultura jurídica. Uma vez submetido a um dado mecanismo de resolução, qualquer que seja o seu tipo, o litígio é transformado pelos poderes, estilos e recursos normativos do mecanismo antes mesmo de ser eventualmente resolvido por ele. O familiar, o terapeuta, o vizinho, a associação, a Igreja, cada um deles à sua maneira reformula, expande ou contrai o litígio à medida que toma notícia dele, de modo a adequá-lo ao tipo de soluções que pode credivelmente proferir à luz dos seus poderes, estilos, e recursos normativos²³. A resolução do litígio pode então ocorrer e ser aceite, caso em que a trajetória do litígio chega ao fim. E o mesmo sucede se a parte lesada se resigna perante a ausência de resolução ou perante uma resolução que, apesar de iníqua, não sente poder contestar.

²³ Sobre os processos de transformação dos litígios cfr. Felstiner, Abel e Sarat (1980-81), Pastor (1993, 113 e ss) e Blankenburg (1994, 691 e ss).

Se nenhuma destas situações acontecer, o mecanismo de resolução terá falhado os seus propósitos e a trajectória do litígio prossegue e com um nível de polarização eventualmente ainda mais elevado. E pode prosseguir, quer para se submeter a outros mecanismos de resolução informal ou não oficial, quer para se submeter aos tribunais. No primeiro caso, a análise seguirá os passos da que acabámos de fazer. No segundo caso, entramos no domínio da judicialização oficial do litígio. O recurso aos tribunais enquanto instância privilegiada e especializada de resolução de litígios nas sociedades contemporâneas ocorre assim, num campo de alternativas várias de resolução, e, de tal modo, que o tribunal de primeira instância chamado a resolver o litígio é, sociologicamente, quase sempre uma instância de recurso, isto é, é accionado depois de terem falhado outros mecanismos informais utilizados numa primeira tentativa de resolução. Este facto é crucial para compreender o desempenho judicial, na medida em que mostra que ele não ocorre num vazio social nem significa o ponto zero da resolução do litígio chamado a resolver.

A intervenção do tribunal é sem dúvida um momento crucial na história de vida de um litígio mas de modo nenhum esgota a compreensão deste em toda a sua riqueza e dimensão. Por outro lado, o significado socio-político do desempenho judicial não pode ser o mesmo num país onde abundam e são eficazes os mecanismos informais de resolução de litígios e num país onde tal não sucede. E o mesmo se diga, dentro do mesmo país, das diferentes áreas de prática social, algumas com vastos recursos de resolução informal e outras com nenhuns. Assim, por exemplo, tais recursos são, em princípio, mais vastos na família do que na fábrica e nesta mais vastos do que na prática criminal. Mas, como já afirmámos, os recursos de resolução de litígios de uma dada sociedade devem ser vistos no seu conjunto e no conjunto das suas múltiplas interacções cruzadas. A título de ilustração, a inacessibilidade dos tribunais, o seu magro desempenho ou a sua irrelevância na sociedade

podem dever-se, em parte, à existência abundante de mecanismos informais, acessíveis e eficazes nessa sociedade em resultado da dominância de uma cultura jurídica de fuga à litigação judicial. Mas, por outro lado, a existência de tais mecanismos alternativos, longe de resultar de uma preferência cultural, pode apenas ser fruto de uma solução de recurso em função da inacessibilidade dos tribunais.

Uma vez franqueada a porta do tribunal, a intensidade do uso deste mecanismo de resolução pode ainda variar bastante. O processo de transformação do litígio no seio dos mecanismos de resolução informais que eventualmente intervieram e falharam em momentos anteriores prossegue agora e com muito mais intensidade dado o carácter especializado e profissionalizado da intervenção judicial. Trata-se, nas sociedades contemporâneas de raiz liberal, de um mecanismo maximalista que tem oficialmente o monopólio da resolução dos litígios e que dispõe de poderes totais para impor a sua decisão. Daí que privilegie um estilo de decisões de soma-zero, sem que ponha em risco a sua solidez institucional pelo facto de levar ao extremo a polarização entre perdedores e ganhadores. Pelo contrário, é deste extremismo que se alimenta a sua solidez. O mesmo maximalismo é responsável por um recurso exclusivo a critérios jurídicos o mais estritamente definidos e sempre com referência exclusiva ao direito oficial, deixando de fora, por irrelevante, toda a normatividade jurídica não oficial.

A transformação judicial a que é submetido o litígio começa verdadeiramente quando é consultado o advogado e contratados os seus serviços. E logo aí pode ver-se como a transformação judicial cria novas alternativas de resolução, algumas das quais com uma forte componente extra-judicial. Por exemplo, é possível que o advogado se transforme, ele próprio, num mecanismo de resolução do litígio, buscando, por exemplo, o

acordo entre as partes. Se tal não suceder ou não tiver êxito, o tribunal intervém mas a sua intervenção só assume o máximo de intensidade quando o litígio prossegue até julgamento onde é então resolvido. Em muitas situações, tal não sucede porque as partes desistem ou chegam a um acordo, promovido ou não pelo próprio juiz. Nalguns casos, tal promoção é mesmo obrigatória. Na maioria deles, trata-se de uma estratégia que tem vindo a ser crescentemente utilizada pelos magistrados com o objectivo de aliviar a sobrecarga de trabalho ou o bloqueamento do tribunal. Galanter e outros têm chamado a atenção para o papel de mediador ou de árbitro que o juiz tem vindo crescentemente a assumir e que exerce à margem das normas processuais que supostamente devem regular a sua actuação (Galanter, 1984 e 1988; Röhl, 1983). Se esta actividade de mediação vem muitas vezes ao encontro dos desejos das partes, noutras vezes é-lhes sugerida pelo magistrado com uma dose maior ou menor de imposição.

Verdadeiramente, a ponta da pirâmide é constituída pelos litígios que são resolvidos por julgamento (Figura 1), negligenciando a diminuta percentagem dos litígios que só são resolvidos nas instâncias de recurso. Esta ponta varia de sociedade para sociedade. Regras processuais e culturas jurídicas, judiciárias e advocatícias diferentes fazem com que seja diferente de sociedade para sociedade a percentagem de acções que são decididas por julgamento. Há sistemas judiciários que incentivam e outros que desincentivam os julgamentos, e, em qualquer dos casos, podem fazê-lo, como já deixámos sugerido, por meios formais ou informais, oficiais ou não oficiais.

(FIGURA 1)

5. As Funções dos Tribunais

Nas secções precedentes, começámos por analisar a evolução

histórica do significado socio-político dos tribunais, pressupondo para isso um entendimento amplo e mutante das funções dos tribunais na sociedade. Ao concentrarmo-nos no desempenho dos tribunais enquanto ponto de encontro entre a procura efectiva e oferta efectiva da tutela judicial, as funções dos tribunais passaram a ser entendidas de modo mais restrito, ou seja, os tribunais enquanto mecanismos de resolução de litígios. Esta é, sem dúvida, uma função crucial, talvez mesmo a principal e aquela sobre que há mais consenso na sociologia judiciária. Mas não é certamente a única. Ao concentrarmo-nos nela, acabamos por privilegiar a justiça civil já que é através dela que se realiza a função de resolução de litígios. Cabe, fazer uma breve referência às outras funções dos tribunais a fim de construirmos o quadro conceptual e teórico adequado às actuações judiciais que extravasam do domínio civil. Isto é tanto mais necessário quanto é certo que as diferentes funções dos tribunais não evoluíram todas do mesmo modo ao longo dos três períodos.

Os tribunais desempenham nas sociedades contemporâneas diferentes tipos de funções. Distinguimos os três principais: funções instrumentais, funções políticas, funções simbólicas. Em sociedades complexas e funcionalmente diferenciadas as funções instrumentais são as que são especificamente atribuídas a um dado campo de actuação social e que se dizem cumpridas quando o referido campo opera eficazmente dentro dos seus limites funcionais. As funções políticas são aquelas através das quais os campos sectoriais de actuação social contribuem para a manutenção do sistema político. Finalmente, as funções simbólicas, são o conjunto das orientações sociais com que os diferentes campos de actuação social contribuem para a manutenção ou destruição do sistema social no seu conjunto.

As funções instrumentais dos tribunais são as seguintes: resolução dos

litígios, controle social, administração, criação de direito. Sobre a resolução de litígios já falámos que baste. O controle social é o conjunto de medidas — quer influências interiorizadas, quer coerções — adoptadas numa dada sociedade para que as acções individuais não se desviem significativamente do padrão dominante de sociabilidade por esta razão designado por ordem social. A função de controle social dos tribunais diz respeito à sua contribuição específica para a manutenção da ordem social e para a sua restauração sempre que ela é violada. Desde meados do séc. XIX, coincidindo com o início do período liberal, o triunfo ideológico do individualismo liberal e a exacerbação dos conflitos sociais em resultado da revolução industrial e urbana vieram pôr a questão central de como manter a ordem social numa sociedade que perdia ou destruía rapidamente os fundamentos em que tal ordem tinha assentado até então.

A resposta foi encontrada no direito, na existência de uma normatividade única, universal, coerente, consentânea com os objectivos de desenvolvimento da sociedade burguesa e susceptível de poder ser imposta pela força. Os tribunais foram a instituição a que foi confiada tal imposição. Pode dizer-se que a resolução dos litígios levada a cabo pelos tribunais configura, em si mesma, uma função de controle social. No entanto, é na repressão criminal que os tribunais exercem especificamente esta função porque é aí que o padrão de sociabilidade dominante é imperativamente afirmado perante o comportamento desviado. Na medida em que esta afirmação coercitiva pode ter eficácia de prevenção, o seu conteúdo de imposição externa passa a coexistir com o de influência interiorizada.

A análise do desempenho dos tribunais no domínio da justiça penal corresponde assim à análise da eficácia do sistema judicial no domínio do controle social. Esta eficácia foi, ao longo dos três períodos, sempre problemática e foi-o tanto mais quanto mais rápidas foram as transformações

sociais. O sistema judicial com o seu peso institucional, normativo e burocrático teve sempre dificuldades em adaptar-se às novas situações de comportamento desviado. De alguma maneira, estamos hoje a viver, com a questão do combate à corrupção, o último episódio de um longo processo histórico de adaptação e os limites do seu êxito são já e mais uma vez por demais evidentes.

As restantes funções instrumentais dos tribunais são talvez menos óbvias, e, alguns dirão, menos importantes; acima de tudo, variam muito de país para país. As funções administrativas dizem respeito a uma série de actuações dos tribunais que não são, nem resolução de litígios, nem controle social. Assim, por exemplo, o conjunto dos actos de certificação e de notariado que os tribunais realizam por obrigação legal em situações que não são litigiosas (por exemplo, divórcio por mútuo consentimento). São também funções administrativas as actuações que, não sendo dos tribunais enquanto tal, são dos magistrados judiciais sempre que estes são chamados (requisições, destacamentos, comissões de serviço) a exercer funções de auditoria, de consultoria jurídica, ou de magistratura de autoridade nos diferentes ministérios ou departamentos da administração pública. Estas funções administrativas são resíduos da sociedade pré-liberal em que as actividades judicativas eram frequentemente exercidas conjuntamente, e pelo mesmos oficiais do Rei, com as actividades administrativas.

A função de criação do direito por parte dos tribunais é, de todas, a mais problemática sobretudo nos países de tradição jurídica europeia continental. Mas mesmo nos países da *common law* tem sido abundantemente discutido e analisado o declínio da função de criação do direito por parte dos tribunais, um declínio que se terá iniciado no segundo período (o período do Estado-Providência) quando o equilíbrio de poderes foi definitivamente destruído a favor do poder executivo. Pensamos, no entanto,

que, deixando de lado a arquitectura constitucional e olhando mais às práticas judiciais quotidianas, há muita criação de direito nos tribunais, tanto nos países da *common law*, como nos países do direito europeu continental. Trata-se de uma criação precária, intersticial, caótica mas nem por isso menos importante, e de algum modo destinada a aumentar de importância nas circunstâncias que parecem estar a prevalecer no terceiro período jurídico-político, o período do pós-Estado-Providência. A criação intersticial do direito prospera, de facto, à medida que colapsam os princípios de subsunção lógica na aplicação do direito. Ora, muitas das características do terceiro período não fazem senão aprofundar tal colapso, como sejam, entre outros, a emergência de normatividade particularística e negociada, a complexidade crescente dos negócios traduzida no uso cada vez mais frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios de boa fé e de equidade, a pressão formal ou informal sobre os juízes para agirem mais como mediadores do que como julgadores. Todos estes factores fazem com que se atenuem ou sejam cada vez mais difusas as fronteiras entre a criação e a aplicação do direito. É nessas fronteiras que a criação judicial do direito tem lugar.

Como acontece, de resto, com o conjunto das funções dos tribunais, os três tipos de funções instrumentais influenciam-se naturalmente, interpenetram-se e, de facto, nenhuma delas é inteligível totalmente separada das restantes. É sobretudo na resolução de litígios que os tribunais criam intersticialmente o direito e é também aí que se exerce a função de controle social mediante a afirmação de uma normatividade que deixa de depender da vontade das partes a partir do momento em que estas decidem submeter-se a ela (sempre que têm a possibilidade de decidir o contrário). Mas, por outro lado, a justiça penal contém sempre uma dimensão de resolução de litígio não só entre o acusado e a sociedade, como também entre ele e a vítima. Nos crimes particulares essa dimensão é particularmente evidente e a

tal ponto que a fronteira entre justiça civil e justiça penal se torna problemática.

É em grande medida através do conjunto das funções instrumentais que os tribunais exercem também as funções políticas e as funções simbólicas. Quanto às funções políticas, elas decorrem desde logo do facto de os tribunais serem um dos órgãos de soberania. Mais do que interagir com o sistema político, são parte integrante dele. Há, pois, apenas que identificar as funções políticas especificamente confiadas aos tribunais. A função de controle social é uma função eminentemente política, quer pela repressão que exerce, quer pelo modo selectivo como o faz.

Os sistemas políticos convivem hoje, sem grandes perturbações para a sua estabilidade, com níveis elevados de criminalidade individual, dita comum. Já o mesmo não sucede com três outros tipos de criminalidade, o crime organizado, o crime político e o crime cometido por políticos no exercício das suas funções ou por causa ou em consequência delas, como é o caso da corrupção já por nós referida. As dificuldades do sistema político perante estes tipos de criminalidade resultam de uma situação paradoxal, susceptível de ocorrer mais frequentemente do que se pensa. Por um lado, a existência desta criminalidade e a sua impunidade pode, para além de certos limites, pôr em causa as próprias condições de reprodução do sistema. Mas, por outro lado, o mesmo pode ocorrer se a punição dessa criminalidade, pela sua sistematicidade e dureza, contribuir para cortar eventuais ligações do sistema político com tal tipo de criminalidade no caso de tais ligações serem vitais para a reprodução do sistema político. Devido a este paradoxo, a actuação repressiva dos tribunais ocorre frequentemente num fio de navalha, sempre aquém das condições que poderiam maximizar a sua eficácia, e, por isso, sujeita a críticas contraditórias.

As funções políticas dos tribunais não se esgotam no controle social. A

mobilização dos tribunais pelos cidadãos nos domínios civil, laboral, administrativo, etc. implica sempre a consciência de direitos e a afirmação da capacidade para os reivindicar e neste sentido é uma forma de exercício da cidadania e da participação política. É, por esta razão, que as assimetrias sociais, económicas, culturais na capacidade para mobilizar os tribunais, pondo uma questão de justiça social, põem simultaneamente a questão das condições de exercício da cidadania. A visibilidade social e política da acessibilidade, do custo e da morosidade da justiça, enquanto temas de debate público, deriva da capacidade ou incapacidade integradora do sistema político que por elas se explicita.

Desta articulação entre mobilização judicial e integração política resulta uma outra função política dos tribunais: a legitimação do poder político no seu conjunto. Nas sociedades democráticas o funcionamento independente, acessível e eficaz dos tribunais constitui, hoje em dia, uma das cauções mais robustas da legitimidade do sistema político. Como vimos atrás, as condições para esta politização da função judicial foram criadas, sobretudo no período do Estado-Providência, pelo dramático incremento dos direitos de cidadania que nele ocorreu. A partir de então, a garantia efectiva desses direitos foi politicamente distribuída pelo poder executivo e legislativo, por um lado, encarregados da criação dos serviços e das dotações orçamentais, e, por outro lado, pelo poder judicial, enquanto instância de recurso perante as violações do pacto garantista. A crise do Estado-Providência no terceiro período é basicamente uma crise de garantismo e daí a transferência compensatória da legitimação do sistema político para os tribunais. Esta transferência tem criado nos países centrais uma sobrecarga política dos tribunais que, se não for bem gerida ou não lhe for dada resposta adequada, pode acabar por comprometer a própria legitimidade dos tribunais. Nos países periféricos e semiperiféricos o garantismo esteve, por assim dizer, em crise desde o início. Neste sentido, as responsabilidades

políticas do judiciário são menores apenas porque é menor a legitimidade do sistema político no seu conjunto. A relativa irrelevância social dos tribunais é assim o outro lado da distância do sistema político em relação aos cidadãos.

A transferência compensatória da legitimidade está hoje a assumir outra forma, tanto nos países centrais, como nos semiperiféricos, e com ela desenha-se uma outra função política dos tribunais. Trata-se, como já referimos atrás, da promiscuidade entre o poder económico e o poder político e do conseqüente carácter criminogénico da política. Enquanto a transferência compensatória no domínio dos direitos assenta no questionamento da capacidade providencial do Estado, a transferência compensatória no domínio da corrupção política assenta no questionamento do sistema de representação política. A função de representação substitutiva pode assim vir a sobrecarregar demasiado a capacidade funcional dos tribunais.

Estas últimas funções políticas dos tribunais só podem ser minimamente exercidas na medida em que estes cumprem as suas funções mais gerais, as funções simbólicas. As funções simbólicas são mais amplas que as políticas porque comprometem todo o sistema social. Os sistemas sociais assentam em práticas de socialização que fixam valores e orientações a valores distribuindo uns e outras pelos diferentes espaços estruturais de relações sociais (família, produção, mercado, comunidade, cidadania, mundo) segundo as especificidades destes, elas próprias fixadas por critérios de especialização funcional socialmente dominantes²⁴.

Tanto as funções instrumentais como as funções políticas têm dimensões simbólicas que serão mais significativas nuns casos do que

²⁴ Sobre os espaços estruturais cfr. Santos (1995, 403-455).

noutros²⁵. Por exemplo, das funções instrumentais é a função de controle social a que tem mais forte componente simbólica. A justiça penal actua sobre comportamentos que, em geral, se desviam significativamente de valores reconhecidos como particularmente importantes para a normal reprodução de uma dada sociedade (os valores da vida, da integridade física, da honra, da propriedade, etc., etc.). Ao actuar eficazmente neste domínio, produz um efeito de confirmação dos valores violados. Uma vez que os direitos de cidadania, quando interiorizados, tendem a enraizar concepções de justiça retributiva e distributiva, a garantia da sua tutela por parte dos tribunais tem geralmente um poderoso efeito de confirmação simbólica.

No entanto, a maior eficácia simbólica dos tribunais deriva do próprio garantismo processual, da igualdade formal, dos direitos processuais, da imparcialidade, da possibilidade de recurso. Em termos simbólicos, o direito processual é tão substantivo quanto o direito substantivo. Daí também que a perda de eficácia processual por via da inacessibilidade, da morosidade, do custo ou da impunidade afecte a credibilidade simbólica da tutela judicial. Isto não significa que haja uma relação linear entre a eficácia do desempenho instrumental e político e eficácia simbólica. Num Estado em geral opaco ou pouco transparente, um deficiente desempenho instrumental dos tribunais pode não afectar a sua eficácia simbólica, sobretudo se alguns casos exemplares de bom desempenho instrumental forem alimentando a comunicação social e se o fizerem de molde a que a visibilidade dos tribunais fique reduzida a essas zonas de atenção pública.

²⁵ Sobre o tema mais geral da eficácia simbólica do direito cfr. o importante estudo da Villegas (1993).