

FERNANDO RUIVO (\*)

## APARELHO JUDICIAL, ESTADO E LEGITIMAÇÃO

### INTRODUÇÃO

Devido aos esforços de análise simultaneamente desenvolvidos pela antropologia e pela sociologia sobre o facto social específico que se designa direito (os quais se reflectem na imensa literatura que, de há décadas para cá, se tem vindo a acumular), é hoje ponto assente que praticamente todas as sociedades tiveram ou têm um direito ou, pelo menos, um «aparelho» (especializado ou não) com vista à resolução de conflitos e, portanto, à aplicação geral de normas.

Assim, em todas as sociedades e, no interior delas, em todos os grupos sociais, a normatividade inerente à organização e estruturação do social se exprime através de normas de conduta, que regem a actuação dos indivíduos entre si, e de formas processuais configuradas como instrumentos de prevenção e de resolução de conflitos <sup>(1)</sup>.

Se para Malinowsky <sup>(2)</sup>, encontrando-se a essência do próprio direito no princípio da reciprocidade <sup>(3)</sup>, a normatividade se exprime na norma de conduta construída como uma *obrigação* (é baseada na dependência e em serviços recíprocos), tal norma vem, porém, a ser encarada como algo a que não é necessário assegurar obediência, dado o seu carácter demasiado vital para os membros da sociedade. A questão da autoridade e da sua relação com a lei não fazia ainda a sua aparição. E se, na realidade, a análise de Malinowsky contribuía de modo importante para a ideia de que o direito operava em toda a dimensão das actividades do dia-a-dia (e não apenas em situações de conflito), esfumavam-se de qualquer modo as

---

(\*) Assistente da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

fronteiras que, de modo preciso, delimitassem os territórios do direito e do costume.

São precisamente essas fronteiras que Radcliffe-Brown<sup>(4)</sup> vai novamente erguer, ao definir direito como «controlo social obtido através da aplicação sistemática da força de uma sociedade politicamente organizada»<sup>(5)</sup>, ao mesmo tempo lançando para o centro da questão o problema da autoridade<sup>(6)</sup>. Autoridade essa novamente enfatizada no conceito de direito proposto por Max Weber, em que se acentua o elemento coactivo a ser aplicado por um «corpo de pessoas para tal fim especializado»<sup>(7)</sup>.

Se a ideia de norma de conduta se veio a transformar num conceito importante para podermos conceber o direito de uma outra maneira, passando a perspectivá-lo como uma auto-estruturação do jurídico ao nível da própria comunidade, e desse modo se apontando, pela mão de Ehrlich, para a possibilidade da existência de um *direito vivo*, de uma ordem jurídico-social espontânea, não deixa, por outro lado, de ser evidente que todo o corpo de normas de conduta, toda a ordem social, mesmo que espontânea, não pode, pela sua própria natureza de norma e de ordem, evitar os conflitos e os litígios no seu interior. Nessa medida, a própria presença da disputa postularia em si a sua resolução ou, o mesmo é dizer, os modos e as formas dessa resolução. Tal facto é, assim, sempre portador de uma referência a algo de externo ao conflito. E, seja qual for a maneira como é concebido esse elemento externo, ele é sempre configurado como autoridade, pelo menos no que diz respeito ao caso concreto.

Temos assim que a resolução de um conflito se efectua sempre com referência a um órgão «judicial», o qual podemos então conceber de maneira extremamente lata: partindo do conceito de *justiciabilidade* introduzido por Kantorowicz, segundo o qual só se considerariam de ordem jurídica aquelas normas que viessem a dar lugar a um «julgamento» ou, por outras palavras, à aplicação por um determinado órgão ou entidade de certo modo distinto das partes, facilmente seríamos levados à noção de uma *terceira parte*, de um terceiro «personagem», cuja função seria a de resolver a dúvida através de uma decisão<sup>(8)</sup>. Terceira parte, intermediário entre as partes do caso ou autoridade para o mesmo caso acordada, que emergiria portanto de qualquer situação de conflito e poderia ou não encontrar-se individualizada. Nesta última hipótese seria a comunidade a desempenhar essa função de forma difusa ou com referência a elementos simbólicos. Caso contrário, estando ela concretizada, tanto poderíamos falar dos juízes da administração da justiça estatal como forma domi-

nante na sociedade ao nível global, como de terceiras partes funcionando ao nível de sub-grupos dessa mesma sociedade, movimentando-se no universo normativo de sub-códigos.

É justamente este último o caso da investigação levada a cabo por Boaventura de Sousa Santos numa favela do Rio de Janeiro<sup>(9)</sup>, na qual se apontam as funções do presidente da respectiva Associação de Moradores quer na prevenção de conflitos (através da ratificação de relações jurídicas), quer na resolução dos litígios surgidos entre moradores. Trata-se de uma sub-cultura jurídica desenvolvida a partir de formas de marginalidade urbana, em que a alternativa legal ao «direito do asfalto» visa a resolução de conflitos intraclassistas, no seio apenas do grupo onde se produziu. Outros tipos de subculturas (todas elas com características diferentes no seu diferente relacionamento com o *direito oficial*) se encontram um pouco por toda a parte, podendo formar-se, para além deste caso de marginalidade económica e urbana, a partir de factores profissionais, racionais, de emigração, etc.<sup>(10)</sup>. É a questão mais geral do pluralismo jurídico, configurada como coexistência de mais de uma ordem jurídica no seio do mesmo espaço geo-político<sup>(11)</sup>, e que não iremos aqui discutir.

Queríamos com isto acentuar a falsidade da distinção entre autoridade ou não autoridade para a definição do conceito de direito. Isto porque essa autoridade surge sempre associada no contexto social da norma. Esta nunca aparece como forma meramente pura, ideal, mas sempre em movimento; o direito, retomando a crítica dos velhos realistas americanos, deve ser visto mais como «law in action» do que «law in the books». E, na verdade, só nos livros se pode separar o «comando» que ela contém da sua aplicação real e, logicamente, do árbitro, terceira parte, juiz ou autoridade que a vai invocar ou criar. Tal autoridade encontra-se presente, seja numa forma difusa, encarnada no funcionamento de uma dada comunidade horizontalmente estruturada (e com essa autoridade desestruturada)<sup>(12)</sup>, seja incorporada numa terceira parte individualizada ou, ainda, consubstanciada numa instituição específica mais vasta cujo papel é exactamente induzir os membros do grupo social a acatar as suas decisões.

Ao nível da análise do direito, portanto, e seja qual for a concepção do tipo de norma que lhe dá corpo, a autoridade surge sempre, quer na sua variante difusa, quer na sua variante individualizada, quer na sua forma mais institucionalizada. Nas duas primeiras, a referência básica é sempre directamente à comunidade (e a formas multifacetadas de poder, a relações face-a-face), na terceira, a referência a uma autoridade central, a um poder mais centralizado, é imediata, estruturando-se a

instituição jurídica em termos de associação com (ou constituição de) uma espécie de organização política. Nas duas primeiras, a referência é em relação à norma de conduta e à resolução de conflitos, na última, essa referência vai para a sociedade global (que coopta a norma e a resolução, transformando as suas formas).

Uma precisão necessita, no entanto, de ser aqui feita. Fruto de um desenvolvimento extremamente complexo, a sociedade moderna em tudo se opõe à pacificidade que Malinowsky, e outros na sua esteira, descreveram. Tal linearidade não é, aliás, nada inocente, e é prosseguida por quase toda a literatura antropológica de raiz funcionalista, pelo menos enquanto visão científica constituída sobre a *diferença* entre as nossas sociedades e as *outras*. Isto, mesmo quando o político e a dominação é objecto do seu discorrer, posto que a perspectivação global que propõe é, em geral, portadora de uma falsa imagem de integração e coesão onde o «não-primitivo» se deseja espelhar<sup>(13)</sup>.

Se, portanto, para as próprias sociedades que constituíram o objecto tradicional da antropologia, a autoridade que emite decisões não pode ser vista fora das estruturas sociais que a produzem, muito menos poderá ser desligada do factor político no mundo contemporâneo. Isto porque o «consenso» nele existente ou é falso ou se encontra em situação de fragmentação dada a composição de classes que o percorre. A autoridade já não pode ser apenas social, mas antes político-social. O que se regista, tanto ao nível da terceira parte, ou juiz no seio do aparelho estatal da administração da justiça (que estruturalmente reflecte, dada a sua vinculação à lei, a composição de interesses preordenada pelo poder), como ao nível da terceira parte que actua em consonância com normas de carácter subcultural (já que estas na generalidade evitam o confronto com o direito oficial, utilizando-lhe muitos dos princípios e pretendendo apenas resolver situações que advêm de conflitos ou discordâncias com o sistema central)<sup>(14)</sup>, como ainda ao nível da terceira parte, ou juiz popular, perante situações derivadas da agudização de contradições no seio do modo de produção capitalista (e aqui o conflito é interclassista e não já meramente intraclassista, como no caso intermédio)<sup>(15)</sup>. E político-social porque apresenta características derivadas da movimentação antagónica de classes numa dada sociedade e dos seus enfrentamentos mais (justiça popular/justiça oficial) ou menos (subcultura jurídica/justiça oficial) abertos.

Toda a investigação enfocada então sobre o direito (entendido como um corpo de normas, estatais ou não) não pode prescindir da análise da autoridade que sempre o acompanha.

Não no sentido da «dupla institucionalização» com que Bohannan caracterizava o direito <sup>(16)</sup>, mas antes no daquela autoridade cujo fundamento mergulha numa trama de relações sociais que vêm a configurar aquilo que na actualidade designamos como prática judiciária. E a história da constituição desta prática, com a evolução das formas jurídicas, encontra-se aglutinada ao desenvolvimento de uma ou mais instituições específicas produtoras ou distribuidoras de direito junto dessa outra autoridade, mais central, que é o próprio estado.

Se, numa análise diacrónica das sociedades, a autoridade ou poder decisório apresenta configurações específicas, consonantes com a diversidade do direito, sincronicamente o mesmo se passa no seio de uma mesma formação social, mas num processo de interrelação dialéctica com as formas dominantes do exercício do poder político. Poder-se-ia, assim, isolar, nas sociedades sem estado, o aparelho de resolução de conflitos, o mesmo, porém, não acontecendo já em relação às sociedades modernas: nestas, tanto as situações intermédias emergentes do pluralismo jurídico, como a chamada instituição judiciária, não podem ser analisadas senão na contínua tensão gerada ao nível do estado.

É então pela via deste, pela perspectivação das suas políticas (não esquecendo embora o jurídico em toda a sua riqueza de formas), que se devem posicionar a estrutura e função do direito na sociedade, nos múltiplos impulsos que ambos se impõem. O que nos reverte ao reconhecimento não apenas daquilo que na formulação parsoniana seria a íntima relação entre os sistemas jurídico e político, mas mais longe, à percepção do jurídico como, simultaneamente, aparelho repressivo e ideológico **do estado e da sua função** enquanto região dominante da ideologia dominante.

## 1. O ESTADO E O PODER JUDICIAL

É, pois, em íntima conexão com o estado, com a flexibilidade da sua estrutura no decurso das respostas contínuas que dá às questões surgidas no seu exterior, que instituições como o aparelho judicial devem ser estudadas e analisadas. Sem ele, corríamos o risco de tentar isolar o que, pela sua própria natureza, não é isolável: embora portador de elementos intrínsecos que projectam uma imagem sua de cariz autonomizante, o aparelho judicial faz parte do próprio estado enquanto instituição específica para a prossecução de uma actividade inserida na unidade de todo um tipo de acções que o estado representa e na qual se consubstancia. O chamado poder judicial

encontra-se assim estreitamente ligado ao funcionamento do estado como um todo, constituindo mais ou menos «poder» consoante as formas ou tipo de estado a que se encontra conectado, inserindo a sua actividade global na actividade política mais vasta que o estado desempenha, acompanhando na sua especificidade a unidade interventora e ordenadora deste último

Na realidade, e abstraindo agora da teia de símbolos e ideais abstractos em que o direito consiste e a que os tribunais (e as escolas de direito) vêm dar corpo<sup>(17)</sup>, a actividade decisória que constitui o cerne e a razão de ser do aparelho judicial é apenas um dos elementos constitutivos de um modo de produção jurídico. A aplicação da lei não é afinal senão a *distribuição* do produto jurídico, assim como o acesso das populações à justiça deve ser visto como *consumo*. Ora, como distribuição e consumo são momentos da própria *produção*<sup>(18)</sup>, a aplicação é, portanto, um «produto da produção» jurídica do estado, sendo determinada na sua estrutura pela estrutura da produção: a forma da aplicação é determinada pelo estado, e este pressupõe um tal tipo de aplicação. O modo de produção jurídico estende-se, deste modo, ao aparelho judicial, na medida em que é através dele que se condensam os níveis de institucionalização da função jurídica e, logo, a maior ou menor especialização e profissionalização do juiz<sup>(19)</sup>.

Esta ligação não é, porém, imediatamente visível. Para o observador imediato, o aparelho judicial aparece à superfície da sua actividade como que em *desconexão* com o sistema político global, desconexão essa que, no fundo, não é senão reflexo da ideologia da separação veiculada pela prática científica ideológica que subjaz à ciência jurídica enquanto dogmática. Desde logo, a separação entre legalidade e ética social (se cada um, no seu campo moral, é o seu próprio legislador, no campo do direito o legislador é externo, sendo tal exterioridade o determinante da legalidade), a separação entre o político e o económico (a economia confiada aos seus mecanismos de natural composição da ordem das coisas, não intervindo o estado em tal esfera) e, conseqüentemente, a separação entre estado e sociedade civil<sup>(20)</sup>. O aparelho judicial tenderia então a aparecer como o instrumento regulador de conflitos de interesses meramente «particulares», separado do estado pela simples razão de que este não sairia da esfera do interesse geral, não se imiscuindo na composição daqueles. A ideologia da separação atinge, portanto, o próprio estado: um dos seus aparelhos, o judicial, é empurrado para a sociedade para melhor satisfazer

a ideia de não intervenção e de selecção «natural» ao nível económico-social.

Tal desconexão é, portanto, extremamente relativa, posto que os juízes exercem a sua actividade decisória no contexto do sistema político e normativo de que fazem parte integrante. O que os distingue dos outros «actores políticos», para utilizar a terminologia de Peltason <sup>(21)</sup>, «não é o facto de se encontrarem fora do sistema, mas de estarem de modo diferente com ele relacionados».

Quais os factores que permitem então essa ilusão de desconexão, essa diferença de relacionamento que tende a anular a própria relação?

São todos eles factores de ordem ideológica, todos eles contribuindo, em última análise, para a formação e manutenção de uma consciência falsa no que respeita ao movimento real, embora adequada às necessidades de um certo tipo de relações sociais e sua conseqüente reprodução. Mas enquanto prática específica resultante da divisão do trabalho, a prática judiciária vem a constituir uma ideologia específica que, se muito recebe de elementos «externos» a si própria (o estado, o direito), muito porém recria a partir dos elementos (internos) que a caracterizam enquanto prática.

Todos esses factores acabam por, de uma ou outra maneira, se relacionarem com a questão da independência do poder judicial, se é que não constituem mesmo momentos da sua análise. Incrementando uns a faceta da independência que se refere ao caso concreto, outros o posicionamento face ao poder político, eles revertem, porém, no seu conjunto para uma concepção unitária do conceito tal como (abstractamente) é entendido.

Assim, e deixando de lado o dispositivo jurídico assegurador da independência formal que, em geral, todas as constituições possuem, bem como o tipo específico de comportamento que a própria noção do papel de juiz — árbitro imparcial — em si comporta, apontaremos em primeiro lugar as medidas de ordem profissional que contribuem para tal distância.

Desde logo, a educação jurídica, condição essencial para a entrada na profissão <sup>(22)</sup>, a qual, decorrendo na transmissão da já mencionada ideologia da separação, prepara o juiz para um tipo de concepção de actividade e de direito. Alguns autores chamaram aliás a atenção para o impacto que os métodos da educação jurídica podem ter nas orientações perante o direito e, conseqüentemente, para o seu futuro modelo de acção, mais flexível ou mais rígido, em face dos modos de

intervenção: não aplicação, aplicação selectiva, interpretação, etc. (23).

Por outro lado, o recrutamento, os seus métodos de selecção e a ideia básica de inamovibilidade, maximizam o factor qualificação profissional (e a noção de corpo detentor de um tipo específico de saber), reforçando a organização social da profissão e, por essa via, potencializando o papel desempenhado e a autonomia profissional. Autonomia essa que não pode, no entanto, ser desligada da autonomia enquanto «poder» judicial e, muito menos da (também aparente) autonomia do nível jurídico global, verdadeira coroa do sistema.

Efectivamente, a evolução dos vários tipos de jurisdição tem a sua história ligada à progressiva concentração e centralização do jurídico no estado. Através dos tempos, assiste-se à perda de importância ou até ao desaparecimento de certas formas de administração da justiça (a popular e a senhorial, por exemplo, na baixa Idade Média portuguesa) face à sua congénere central (24). O que não quer dizer que desapareçam totalmente, antes se transformando e subsistindo, sob formas cooptadas, de maneira articulada. E outras formas surgem, portadoras de novas realidades e necessidades a que o estado não pode, dada a composição de interesses subjacentes, dar resposta. É o caso dos «tribunais consulares» das corporações mercantis no desenvolvimento do capitalismo comercial, cuja jurisprudência e codificação autónomas virão a emprestar a letra e o corpo aos futuros códigos comerciais dos inícios do séc. XIX. Mas a verdadeira questão do «poder judicial» só surge realmente no séc. XVIII, inserida na ofensiva político-ideológica da burguesia revolucionária e tomando grande parte do seu peso da teoria da separação dos poderes (25).

É com Locke e Montesquieu, no decurso das suas observações da sociedade inglesa (a qual sofrera já, nos finais do séc. XVII, as convulsões para que o continente se preparava...), que tal teoria se começa a delinear. De um lado um poder executivo, do outro o legislativo. Como complemento necessário, um poder judicial.

E falamos em complemento, embora necessário, porque o afrontamento se registava essencialmente entre um executivo, confiado ao soberano, e um legislativo cuja conquista era de primordial importância para o alicerçamento político da burguesia. Seguindo o modelo parlamentar inglês (26), o legislativo teria então como função o controlo do executivo, a debilitação da sua força e, finalmente a sua submissão, num movimento que visava a eliminação da monarquia (27). Face às normas gerais aprovadas pelo poder legislativo, exclusivamente centrado no parlamento, ao poder executivo e ao judi-

cial nada mais resta senão a sua execução e aplicação neutral. Toda a actividade do estado a isso se limita, podendo pois afirmar-se que a teoria da separação de poderes não postula em si um equilíbrio entre eles, mas antes o predomínio de um poder supremo, o legislativo<sup>(28)</sup>. Perante a segurança que o domínio da lei proporciona (e se substitui ao das pessoas, tão nefasto, por imprevisível, ao funcionamento do novo sistema económico), a administração «racional» e a justiça «independente» irão prosseguir a tão necessária previsibilidade da actividade do estado. E a justiça que, ao separar-se da administração em geral, se havia autonomizado, independentiza-se do executivo para ficar agora completamente submetida ao parlamento: «Não é quase nada», como afirmava Montesquieu<sup>(29)</sup>. Terá como papel proclamar as palavras da lei, e a sua independência constituirá, para o modelo liberal do exercício do poder, a dependência da «representação popular», das normas gerais que asseguram a autonomia privada, o accionar da «vontade geral»<sup>(30)</sup>.

Teoricamente, no entanto, o aparelho judicial é tratado como um poder, o terceiro, escondido sob a capa de um equilíbrio que tão necessário é para ilustrar a vocação ideológica universalizante da nova classe em ascensão. Na prática, porém, o que decorre aliás do próprio modelo liberal de estado de direito, é um «poder» vazio, já que a independência institucional contrasta com uma estrita vinculação ao direito positivo. E a própria independência em relação ao caso concreto (a autonomia) é uma independência vinculada, dada a função de conservação-transmissão de regras que o jurista em geral possui neste sistema. O que, para além do mais, potencia a estrutura já por si rígida das ordens jurídicas continentais, as quais, pelo menos no que se refere aos códigos tradicionais, reflectem uma extrema cristalização de valores<sup>(31)</sup>, em contraste com a flexibilidade das anglo-saxónicas, que foram incorporando mudança e retendo continuidade através de um papel mais criador do juiz<sup>(32)</sup>.

Separaram-se os poderes, separa-se estado e sociedade, ficando o poder judicial em situação de extrema ambiguidade. Se enquanto exercício de poder ele é empurrado para a sociedade, para resolver eventuais conflitos que perturbem a pacificidade da liberdade contratual que caracteriza as relações da área privada, o domínio dos sujeitos de direito, e, nesse sentido, ocultando o poder, do lado da sociedade assiste-se ao movimento inverso: de modo progressivo, o juiz vai sendo relegado para a área do estado, não só porque se encontra vinculado à lei deste, mas também porque a própria lei (em conformidade com o desenvolvimento do estado) vai crescente-

mente abandonando a sua função meramente ordenadora, intervindo na configuração da esfera privada. O aparelho judicial adquire, deste modo, uma característica que, se por um lado, é essencial ao seu funcionamento, por outro, como veremos, pode ser, em alto grau, geradora de contradições: referimo-nos ao facto de a ilusão de desconexão se realizar face ao sistema político, mas, para poder frutificar, ter de se operar conjuntamente com uma efectiva distanciação da própria sociedade. E cada vez mais se teoriza a independência do juiz na medida em que este, cada vez mais, se transforma em funcionário público. A ficção da teoria da separação dos poderes é, portanto, uma dupla ficção no que se refere ao aparelho judicial.

E falamos de dupla ficção, neste segundo factor de desconexão entre sistema sócio-político e aparelho judicial, porque se, como acabamos de ver, o «poder» judicial é algo de ilusório a partir da própria teoria que o alicerça, muito mais confusa se torna a sua configuração e definição a partir do momento em que aceitemos a existência de um enorme abismo entre os conceitos político-jurídicos que dizem reger a actividade estatal e as formas reais de formação, distribuição e exercício do poder político na actualidade. O estado do capitalismo organizado, apesar das modificações estruturais que, de há um século para cá, se começaram a operar, continua a respirar com os pulmões da teoria democrático-liberal do século XIX<sup>(33)</sup>. Não é este o momento para falar dessas modificações, conhecidas que são de todos, mas das suas enormes consequências.

A ideia da sociedade liberal baseada na igualdade dos produtores e na livre troca transforma-se numa ficção perante a crescente dissemelhança entre os primeiros e os privilégios reinantes na segunda e perante a progressiva intervenção do estado na área privada. Por um lado, através da pressão e sucção por parte dos interesses organizados, o estado, que pretendia continuar a pairar neutralmente sobre a sociedade, parece «socializar-se»; pelo outro, a sociedade parece estatizar-se. As fronteiras, outrora tão nítidas ao nível da teoria, entre estado e sociedade civil, parecem esboroar-se por completo. O estado expande-se cada vez mais, alastrando as suas funções à sociedade civil. Ao nível dos princípios, porém, o seu discurso é ainda o das separações: entre direito público e direito privado, entre estado e sociedade, entre os três poderes que o compõem.

Tudo se confunde portanto. E a isso não escapa também a separação de poderes. Alterara-se por completo o contexto histórico em que se produzira a teoria. E os três poderes bá-

sicos crescentemente se interpenetram, irrompem no espaço que, inicialmente, a cada um havia sido atribuído. A administração perde o seu papel de mera executora neutral de normas gerais, incrementando-se o seu poder legislativo: e aqui a teoria sofre adaptações, falando-se numa espécie de capacidade legislativa por delegação<sup>(34)</sup>. O executivo transforma-se assim num executivo legislador: quer devido ao novo tipo de problemas, e consequentes resoluções, que lhe surgem (vindo a lei, pouco a pouco, a perder também o seu carácter de norma geral e a referir-se a situações concretas directamente determinadas pela esfera económica), quer devido à progressiva tecnicização do poder político (que consigo traz a ideologia do vazio ideológico e a nova ideia legitimadora da resolução dos problemas de crescimento económico), quer ainda devido à unidade do poder que o executivo cada vez mais representa (unidade de exercício directo e unidade de controlo das funções dispersas).

Consequentemente, o parlamento vê-se despojado do monopólio da produção jurídica. E tal acontece, entre outras causas, por razões de degradação do tipo de norma por ele tradicionalmente elaborada (situações, por exemplo, à volta das quais se gera maior interesse político-partidário vêm a ser minuciosamente regulamentadas, desse modo se perdendo em generalidade o que se ganha em detalhe e particularidade), pela expansão das autorizações legislativas concedidas ao executivo ou até pela própria renúncia à regulamentação.

Quanto ao poder judicial, o extravazar dos seus domínios faz-se pela via do legislativo: é, por exemplo, a integração das lacunas através de decisões da suprema instância, é a apreciação judicial da constitucionalidade das leis. Tais factos, porém, para além de indiciadores da referida interpenetração de poderes, não se nos afiguram, no seu estado actual, de extrema importância para a caracterização do poder judicial enquanto tal. Constituem uma mera tendência. O que é importante é que todas estas incursões de cada uma das funções do estado no campo da outra e no espaço originariamente reservado à sociedade civil podem vir a proporcionar ao judicial uma nova ideia configuradora desse seu poder.

O tronco básico da prática continua e continuará a ser a produção de decisões em caso de litígio. E aí, pelo menos nos sistemas «fechados» continentais, a vinculação positiva à lei mantém-se como princípio geral. Geral, mas extremamente abalado, no entanto, no interior da própria organização judiciária. Que se passa então? Será que, no momento em que o legislativo vê apagar-se parte da sua função de controlo do executivo, o judicial vai saltar em defesa da ideia de soberania popular (até aí consumada no parlamento), incorporando-a

e, desse modo, prefigurando as condições para se assumir como verdadeiro poder ao assegurar a protecção do cidadão contra as arbitrariedades do estado e do estado existente em cada cidadão?

A discussão a que se assiste no interior do aparelho judicial é bastante esclarecedora. Oscila entre a necessidade de manutenção do sistema fechado de normas, por um lado, e a introdução de elementos que possibilitem uma intervenção vivificadora do juiz. A mudança é sentida como inevitável: trata-se agora de dosear a abertura, de a controlar. E isto porque o próprio processo de desconexão é em si próprio contraditório e cria contradições no seio do aparelho judicial. Não pondo, no entanto, em causa os defensores da inovação, cremos bem que ela vem dar resposta a um novo tipo de necessidades cuja premência se tem vindo a sentir: referimo-nos à crise de legitimação e à conseqüente urgência de criação de consenso a que, estruturalmente, o sistema tem que dar resposta <sup>(35)</sup>.

É que, ao expandir-se, o estado não se dissolve. Muito pelo contrário, a sua diluição através da sociedade não provoca o esboroamento enquanto autoridade: reforça-a. Mas só a reforça enquanto puder criar mais consenso e tal passa, ao nível jurídico, pela participação nas resoluções das agências administrativas ou, pelo menos, pela aproximação do processo de resolução e seus agentes da própria comunidade <sup>(36)</sup>. As necessidades de legitimação do sistema político global encontram, assim, enorme fonte de escoamento ao nível jurídico. Actuam de forma bipartida: por um lado, aproximam duplamente a sociedade do processo de tomada de decisão (participação, aumento de celeridade e eficácia dos processos), por outro, adaptam o sistema jurídico estatal através da referência, em cada caso concreto, à situação envolvente, a princípios e normas de carácter suprapositivo, etc. Por um lado, socializa-se a vinculação à lei, por outro, prepara-se a ordem jurídica para lentas mas efectivas transformações que de outro modo ela não permitiria.

O que acabamos de assinalar está aliás em íntima relação com a desconexão por parte do aparelho judicial. A aproximação atrás referida serve de base a nova distanciação: é uma ilusão de aproximação enquanto mantém quase intacta a própria desconexão. É que as medidas apontadas são tomadas no contexto da execução do ordenamento jurídico, o qual apresenta como característica máxima uma neutralidade aparente, uma externalidade face à sociedade e às relações sociais que nela se entrecruzam. Tal externalidade, que sobredetermina a própria externalidade do estado, é aliás a coroa do pro-

cesso de legitimação do sistema político, ao permitir a encaenação de uma estrutura que parece apenas sobrevoar a sociedade (o estado e o direito) e responde com a justeza dos seus *outputs* aos *inputs* que os vários grupos sociais lhe colocam. E com todo esse processo, estado e direito podem assim manter a sua ligação, a sua imanência às relações sociais de produção<sup>(37)</sup>.

Tal exterioridade recebe muita da sua força do facto de, como adverte Poulantzas<sup>(38)</sup>, «a dominação política de classe estar constantemente ausente das instituições» que congregam o estado. Este e o seu direito, actuam sobre uma massa atomizada de cidadãos, fragmentados pelo «reino da lei» e desligados do processo de produção. Separado dos meios produtivos, o agente na produção nunca aparece como tal, nunca constitui um indivíduo enquanto tal, sendo separado das relações de classe que a própria produção envolve. Não é, portanto, sujeito da produção mas apenas sujeito de direito: e é aí, ao nível jurídico, e só aí, que o sujeito é igual e livre em direitos e deveres, que as partes do «contrato» são iguais, por esse meio expurgadas que foram do seu conteúdo de classe. O direito pode, assim, aparecer como externo tanto no que diz respeito às relações capitalistas de produção como ao próprio estado. E este pode então vestir o figurino da subordinação à ordem jurídica, a qual, desse modo, tende a surgir como fundamentadora última da ordem da sociedade e da actuação desse mesmo estado.

Este fenómeno de ocultação é aliás extremamente precioso para o estudo da realidade do aparelho judicial. Tal «efeito de isolamento», demonstrando a intervenção de uma complexidade de elementos, leva-nos, desde logo a rejeitar a posição daqueles para quem o direito não é senão um instrumento manipulado pela classe dominante<sup>(39)</sup>. O que, aplicado ao poder judicial, poderia ter como consequência o simples elaborar da lista das relações entre elementos deste e o poder económico. A teoria instrumentalista traz consigo como que a pressuposição de formas puras de estado e direito, entretanto desencaminhadas e desvirtuadas por uma má ou impura utilização. Tal posição deixaria, além do mais, intacta a exterioridade e o próprio direito, não se perspectivando as formas específicas das relações sociais nele incorporadas. Isto não quer, de modo algum, dizer que a origem social dos juízes e a sua expressão ideológica, por exemplo, não seja relevante, mas apenas que se não pode caracterizar uma instituição pela composição social dos elementos que a compõem.

O que se pretende frisar é que o aparelho judicial acompanha a externalidade do estado, apesar de tal facto ser, como

atrás se referiu, altamente contraditório ao nível da imagem da função do juiz na actualidade: e acompanha-a, tanto enquanto constitui um dos seus aparelhos na tarefa específica de levar a cabo uma das suas funções, como enquanto instância aplicadora do também externo direito produzido pelo mesmo estado. Mas enunciar apenas a exterioridade, a ambiguidade do direito enquanto dominação, sem procurar avançar na investigação dos seus elementos constitutivos, seria, quando muito, manter o seu estatuto e elaborar uma teoria cega, uma poética do poder.

Efectivamente tal enunciação só em parte poria em causa a *ideologia teórica* que a ciência social tradicional constitui na análise dos fenómenos sociais<sup>(40)</sup>, já que a coesão que impregna o discurso de superfície sobre estes continuaria impenetrável. Para a tal obviar, Boaventura de Sousa Santos<sup>(41)</sup> propõe uma análise da correlação entre os elementos estruturais da legalidade capitalista: retórica (produção de persuasão e adesão) burocracia (produção de autoridade) e coerção (utilização ou ameaça da força física). O sistema jurídico constituiria como que um «conceito terminal», fruto das articulações estruturais dos três elementos, o qual ao mesmo tempo as demonstraria e esconderia: a análise detalhada do movimento de cada um desses elementos e conseqüente impacto nos outros produz então uma teoria do conjunto que vem a frutificar na superação da referida ambiguidade.

Mas se tal se produz na interrelação dos elementos, cada um deles possui no entanto uma «lógica interna e um princípio de organização» inerentes à sua própria estrutura e discurso. E se se torna difícil separá-los uns dos outros para melhor os perspectivar (o movimento e o conteúdo de um é já o do outro na sua covariação: a produção de autoridade, por exemplo, é-o também de persuasão, adesão e violência, pelo menos, simbólica...), tal acto constitui, quer-nos parecer, tarefa necessária no que diz respeito ao aparelho judicial, desde, que não se perca, evidentemente, a visão do conjunto<sup>(42)</sup>.

É que o tipo de «papel» desempenhado pela profissão judicial na sociedade, com todo o conjunto de normas e procedimentos que lhe são inerentes, constitui uma *ideologia prática* («noções-representações-imagens inscritas em comportamentos-condutas-actitudes-gestos») de extrema importância na reprodução das relações sociais. Trata-se agora de a posicionar de modo a poder sofrer um melhor tratamento analítico, de a correlacionar com os outros fenómenos, com os quais ela vai, conjuntamente, construir essa ambiguidade do direito.

Para tal, para melhor compreendermos a conformação da imagem da função do jurista em geral, e do juiz em parti-

cular, que tal ideologia veicula, poderíamos, ao contrário da correlação de Boaventura de Sousa Santos atrás referida, ser tentados a elaborar um mapa de variações demasiado geral, que tudo compreendesse e abarcasse. Nesse sentido, N. Bobbio<sup>(43)</sup> coloca tal imagem em situação de dependência, tanto do sistema jurídico em que se opera (sistema «aberto» ou «fechado», a eles respectivamente correspondendo liberdade decisória ou vinculação positiva), como do sistema social em que se encontra (sociedade estável ou em transformação), como ainda da concepção do direito e sua relação com a sociedade (sistema autónomo ou sub-sistema do sistema global). Do impacto destes três elementos na actividade judicial, o autor extrai duas imagens dominantes: uma, comum aos sistemas continentais, do juiz como conservador e transmissor de regras, cuja actuação principal consistiria, assim, na mera interpretação e aplicação; outra, referente ao sistema anglo-saxónico, em que a procura do direito, a criação de normas, daria corpo ao núcleo central da imagem desse juiz.

Ora, a utilização de um esquema deste tipo nunca poderia ultrapassar uma mera operatividade para a demonstração da crise dos modelos que se pretende integrarem e moldarem a actividade judicial. A ideia que a ele preside advém, quer-nos parecer, de uma concepção global da sociedade através da qual todos os fenómenos são analisados com vista a uma sua integração no funcionamento positivo do todo. A ela subjaz a domesticação de tudo aquilo cujo desenvolvimento escape às malhas de um certo padrão organizativo: assenta, pois, as suas baterias sobre determinados modelos de actividade judicial os quais, em última análise, dada a generalidade da correlação, não explica, limitando-se a prever as suas oscilações.

Efectivamente, as duas imagens referidas constituem tipos ideais dicotomicamente dispostos<sup>(44)</sup>: uma actividade criadora inserida num sistema jurídico «aberto», em contraposição a uma posição vinculada no seio de um sistema «fechado». Ora, para além do facto de estes tipos ideais não representarem senão condensações históricas, não estando, na realidade, os tipos de actividade separados de modo a formarem modelos contrastantes (até porque retiram muito do seu peso das tradições jurídicas, as quais têm vindo, ilusoriamente, a atribuir uma base mais retórica ao sistema anglo-saxónico e outra, mais sistémica, ao continental), a metodologia que lhes é inerente revela-se pouco frutificante para a construção de hipóteses de trabalho e para a elaboração das relações entre os elementos constitutivos do sistema jurídico.

Poder-se-ia, a partir de tal esquema, quando muito, compreender quanto as novas necessidades que se apresentam ao

aparelho judicial contendem com uma das imagens-modelo da sua actividade, justamente aquela que se perspectiva num espaço de maior controlo por parte do estado e se designa como de «conservação-transmissão» de normas jurídicas. Entra, pois, em crise essa imagem tradicional do papel do juiz e encontram-se reunidas algumas das condições para a ideologia constituída sobre as práticas judiciárias sofrer alterações. Não que elas sejam de tal modo significativas que possam alterar profundamente a sua face, mas no sentido de que vão obrigar o juiz e a sua própria organização a repensarem-se um pouco enquanto actores políticos específicos no seio da sociedade.

O conceito de ideologia que se pretende aqui utilizar não é assim o que se refere ao sistema social global e que o juiz veicula na decisão final que constitui a sentença. Essa manifesta-se fracturadamente nas chamadas disparidades de sentenças, intensamente analisadas pela literatura britânica e norte-americana<sup>(45)</sup>, que rompem com a pretensa coerência do sistema decisório e cujas variações se tem vindo a provar não estarem associadas à variação dos tipos de delinquente ou do padrão da ofensa. Tais disparidades mergulham as suas raízes tanto nas características e atitudes dos cidadãos que integram o corpo judicial (aquilo a que se convencionou chamar o «social background»), como no contexto social da comunidade onde as decisões são tomadas. É, portanto, uma ideologia que não é própria do magistrado enquanto tal, encontrando-se em estado difuso na sociedade em que o juiz opera, consubstanciando-se no conjunto de valores éticos, culturais, sociais, de classe que medeiam a decisão daquele ou qualquer outro tipo de actividade.

Referimo-nos antes à *ideologia da magistratura* enquanto ideologia particular: ideologia profissional, orientada para a organização e integração do corpo dos magistrados, bem como para a determinação do seu tipo de actividade<sup>(46)</sup>. E é este último elemento que se encontra em causa: é a definição dos parâmetros da actividade decisória, um dos pontos fulcrais da discussão no seio daquela unidade da estrutura judicial constituída pelo sistema profissional.

A questão não se cifra, portanto, numa contradição de qualquer modo insolúvel entre vinculação positiva e criação de direito, mas antes na introdução de elementos que moderem a rigidez de uma vinculação estrita. A imagem expande-se: como inovar vinculadamente? E inovar, embora de modo vinculado, é já muito, posto que os limites sistémicos estão, à

partida, bem definidos. Trata-se de não hostilizar o sistema de normas positivadas na medida em que o sistema político se democratizou e se encontra, portanto, «legitimado».

## 2. O APARELHO JUDICIAL E AS QUESTÕES DE LEGITIMAÇÃO

Em resposta à crise, fala-se então numa conversão profissional do magistrado (apoiado pelo conhecimento social e pela assessoria técnica), o qual, na formulação de Cunha Rodrigues<sup>(47)</sup>, de exegeta se deverá transformar em «arquitecto social», fala-se na necessidade de proporcionar uma sensação de proximidade perante os interesses em juízo, de acompanhamento na busca da solução, numa jurisprudência mais aberta aos valores legais e menos apegada à letra da lei, tudo isto num contexto de desbloqueamento da actividade decisória e das instituições judiciais em geral. Na unidade da estrutura judicial constituída pelo sistema de tribunais, apela-se à simplificação e desburocratização, bem assim como à valorização do juiz no seu seio. A participação de leigos na administração da justiça é acolhida como uma possível revitalização susceptível «de reforçar o sentimento geral de legalidade, de fazer cada pessoa assumir directamente a sua quota de responsabilidade na defesa dos valores superiores do direito e da justiça»<sup>(48)</sup>, ao mesmo tempo que se pede o alargamento dos quadros da profissão. A unidade do sistema administrativo, pelo seu lado, teria como função libertar o juiz de toda a actividade não decisória, ao dar-se-lhe acesso a meios informáticos e computadorizados. Trata-se de adequar o aparelho judicial à evolução do social, fazendo apelo à formação dos seus elementos e consequente modernização.

A estrutura do próprio sistema jurídico vem assim a estabelecer os limites dentro dos quais o aparelho judicial pode variar. Como estrutura reproduzida, este não se podia transformar de outra maneira: tal impedia o sistema jurídico enquanto estrutura reprodutora<sup>(49)</sup>. Ou seja, a ordem jurídica tal como se apresenta, com o seu corpo sistematizado de normas, pressupõe, para a sua aplicação, um tipo específico de corpo judicial cujas unidades só podem variar dentro dos limites de uma certa flexibilidade: o nível de criação jurídica, de inovação por parte do juiz, encontra-se pois balizado por uma limitação de ordem estrutural que só insidiosamente pode ir subvertendo.

Reflexo disso é toda a ambiguidade e, até, falta de conteúdo dos novos horizontes que se propõem para a actividade decisória do juiz. O discurso sobre a mudança é continuamente

calibrado pela referência/submissão à vinculação. Tais horizontes parecem, pois, em princípio, não pôr esta em causa, continuando ela, pelo menos teoricamente, a iluminar o reino brumoso da justiça<sup>(50)</sup>.

Estará o mundo dos princípios mais uma vez condenado a querer espelhar-se num tipo de prática que dele totalmente se diferencia? Se é verdade, como afirmava Arnold, que a força de tais princípios reside exactamente no facto de existirem para a criação de um universo simbólico onde reinaria a justiça, sendo secundária a sua importância para uma eventual aplicação, neste caso a questão não é propriamente linear. Não se dá, assim, uma alteração radical da ideologia prática dos magistrados, mas antes um seu alargamento, passando nela a coexistir vários tipos de imagens inscritas em comportamentos.

Tal alargamento, decorre, quanto a nós, do efeito cumulativo de três fenómenos, os quais se alimentam em maior ou menor escala dos desfasamentos entre o sistema liberal e as posteriores adaptações e alterações que veio a sofrer, e que vão agir sobre o tipo de actividade judicial, criando-lhe contradições e diferentes tendências de actuação.

Em primeiro lugar, o actual ordenamento jurídico encontra-se atravessado por duas grandes linhas de força portadoras de um antagonismo entre si. Se, por um lado, para efeitos de aplicação, a lei deve ser geral e universal, pelo outro, a sua formulação é cada vez mais específica, já que, paralelamente à necessidade de certeza e capacidade de previsão na área dos arranjos privados, se junta agora a impossibilidade de deixar nas mãos do mero sujeito de direito a regulamentação de situações e conflitos não meramente individuais. A igualdade formal das trocas choca-se com a sua composição actual e tal facto reflecte-se no interior da ordem jurídica: se é preciso continuar a formalizar essa igualdade ao nível da norma, cada vez mais a mesma norma constitui, enquanto formulação específica, o braço direito do estado interventor. Tal contradição (mera ordenação-generalidade-igualdade formal/intervenção-especificidade-desigualdade nas trocas), que aflora na própria norma, acaba por gerar uma indeterminação do processo de execução do ordenamento, uma sua como que «porosidade», através da qual se engendra uma esfera de acção, um espaço onde se infiltra uma certa dose de poder não imediatamente vinculado. Comum a todos os agentes que emitam decisões na área dos aparelhos de estado, também a ela o juiz não escapa, por aí se esboçando um rasgo de autonomia na sua actividade<sup>(51)</sup>.

Em segundo lugar, o crescente processo de socialização da produção tem vindo a pressionar os aparelhos legais no

sentido de se reproduzirem mediante novas formas. Nas áreas de maior desenvolvimento e modernização económica, por exemplo, os tradicionais códigos encontram-se cada vez mais adaptados e colmatados nas suas brechas por aquilo que Karl Renner designou como «instituições conectivas», cuja função consiste precisamente em especificar e conciliar com a nova realidade a anterior generalidade. Aqui, a contradição sobrevém a partir, por um lado, da necessidade de manutenção dos princípios da ordem liberal, e, por outro, da urgência da sua reforma para que se possam sustentar. Aplicada ao judiciário, tal contradição cifra-se no seguinte: para poder ser mantido como meio tradicional de controlo social, necessário se torna revitalizá-lo. Ora, tal facto, operando contra o papel tradicionalmente atribuído pela teoria da separação de poderes, irá sempre, mesmo quando disfarçado sob outras formas, no sentido de abertura progressiva ao activismo judicial enquanto forma de criação de direito. O que, a longo prazo (em alguns países fala-se já no conflito entre certeza jurídica e uma espécie de discricionariedade «administrativa»), poderá vir a colocar em estado de ebulição a ideia básica de produção jurídica dominante por parte do bloco executivo/parlamento e criar-lhe inclusivamente um eixo alternativo.

Em terceiro e último lugar, é sabido que o direito, como afirma Aubert, tanto pode ser visto como força de coesão reflectindo um certo consenso de valores, quer como instrumento de manutenção e confirmação das clivagens básicas de uma dada sociedade. É no contexto desta dualidade que o problema da legitimação toma lugar: a lealdade difusa, ou crença na apropriação de determinada situação ou solução, é algo que precisa de ser criado pelo poder tendo em vista a situação de desigualdade. É preciso distribuir o produto social de maneira desigual mas legítima, no entanto: as decisões da autoridade, *output* do sistema político, requerem um *input* de lealdade por parte dos cidadãos. Estamos, portanto, perante um problema que todas as sociedades de classe e suas instituições têm que resolver: criar consenso sobre a diferença.

Tal tarefa não é porém levada a cabo de modo isolado pelo estado, através da sua ordem jurídica. Uma tal ideia releva de uma concepção bastante estreita do que é a legitimação: postularia que um determinado poder social é legítimo desde que exista um ordenamento jurídico positivo e uma crença na legalidade deste por parte dos sujeitos de direito (Luhmann). A legitimidade ver-se-ia, assim, reduzida à legalidade, sendo qualquer tipo de decisão legítimo desde que legal. Quanto a nós, não vemos muito bem a justeza de tal posição. Quer-nos parecer que a crença na legalidade não legitima por

si só, que a própria sanção emitida pela autoridade precisa, também ela, de ser legitimada através de um consenso valorativo (Winckelmann) que permeia as várias instâncias do poder. Habermas (<sup>52</sup>) inverte mesmo a posição de Luhmann ao afirmar ser da crença na legitimidade que se pode efectuar a dedução da crença na legalidade.

As instâncias produtoras de legalidade fazem, assim, parte de um sistema de poder que tem, ele próprio, de estar totalmente legitimado. Consequentemente, não é a legalidade do procedimento dos órgãos aplicadores do direito (a fundamentação na ordem jurídica enquanto processo e aplicação) que os legitima, mas antes a referência ao sistema de poder no seu conjunto. Mas se a legitimação do poder é global, mergulhando as suas raízes numa imagem unificadora do mundo, esse mesmo poder actua num sistema de níveis, os quais, embora comunicantes, postulam em si (até porque são modos diferentes de exercício do poder) diferentes necessidades de legitimação, consoante as políticas estatais que os têm orientado e as respostas que a elas a sociedade tem dado.

Podemos, desse modo, identificar três níveis de actuação do poder, os quais simultaneamente são também níveis de problematização específica das questões de legitimação. Fazendo parte do mesmo exercício do poder, cada um deles tenta englobar o conteúdo do anterior (<sup>53</sup>):

- a) Sistema sócio-político
- b) Instituições e organizações, na medida em que fazem parte do sistema social mais vasto e no quadro do qual são legitimadas
- c) «Papéis» sociais incorporando autoridade derivada dos dois níveis anteriores.

O processo de legitimação destes três níveis tem vindo, globalmente, a cifrar-se numa desconexão em relação às áreas onde impõem a sua autoridade. As decisões tradicionalmente veiculadas pelos níveis *b* e *c* (os quais, para efeitos do que nos interessa, podemos, respectivamente, designar como instituição judiciária e magistrado) têm ido buscar a sua base de legitimação à fundamentação do próprio sistema sócio-político, nível *a*, e este àqueles. E tal desconexão existe porque, em última análise, se torna necessária à confirmação dos mecanismos legitimadores: o sistema administrativo em geral tem de manter uma certa autonomia em relação à formação da vontade legitimadora, tem de actuar sobre um protótipo de cidadão passivo (que recompensa com estímulos: «valores») e uma despoltização estrutural. Desse modo se mantém o funcionamento do sistema numa unidade legitimadora dentro dos esquemas da democracia formal, evitando a tomada de cons-

ciência da contradição entre uma produção socializada e a apropriação privada.

Com a expansão do estado, porém, alarga-se o sistema político em detrimento do cultural: a administração abandonou a sua autonomia e exige-se mais lealdade. A intervenção e planificação administrativa de novas áreas alarga o «público», invadindo zonas de tradicional autolegitimação e debilitando os esquemas de justificação. O «sentido» começa a constituir algo de escasso (e a administração tradicionalmente não o produz).

A essa expansão do estado corresponde pois «um acréscimo mais que proporcional das necessidades de legitimação». E para se manter enquanto aparelho externo à sociedade, desconexo na imagem do conjunto e reservando-se todo um potencial legitimador, o estado vai descarregar sobre algumas das suas funções a tarefa de assegurar essa crença de adequação em resposta ao défice de legitimação. A renovação e revitalização da instituição judiciária e do «papel» do juiz, torna-se assim de extrema importância pela repercussão, pelo efeito legitimador de retorno, que passa a ter sobre todo o sistema social: discutem-se então as formas de garantia de legitimidade das decisões judiciais — o processo em si, a garantia de acesso à justiça, a posição do juiz face às partes e a sua imagem social<sup>(54)</sup>. Em suma, conexão entre aparelho judicial e sociedade: aproximação do processo de tomada de decisão e participação.

Estes dois desenvolvimentos não provocam, em princípio, uma diminuição do controlo social que o direito tradicionalmente proporciona. Podem até, pelo contrário, aumentar a sua eficácia<sup>(55)</sup>, embora indiciadores de uma modificação do seu tipo para formas mais descentralizadas e difusas. Mas não se gerará contradição entre a legitimação global da sociedade (desconexão do estado) e a legitimação (aproximação) por parte do aparelho judicial? Não entrará este último num processo autonomizante de legitimação que o poderá levar a apelar de forma crescente à actividade decisória criadora de direito? É que, se a desconexão constituía o factor da vinculação positiva (e da íntima ligação ao estado), a legalidade não é sinónimo de legitimação, podendo as necessidades desta última provocar sérias alterações na primeira.

Efectivamente, poder-se-ia pensar que, para superar a crise de legitimação, o aparelho judicial se veria impelido a abolir o seu estado de desconexão com a sociedade, e o faria, nomeadamente, através de um acréscimo da sua liberdade decisória. Ora, se a primeira é uma verdade, já a segunda não é, necessariamente, sua consequência: se o corpo judicial neces-

sita de ver legitimadas as suas decisões, para isso abandonando, portanto, a sua posição de distanciamento face à sociedade, tal não decorre, forçosamente, num incremento do activismo judiciário inovador de direito, mas tão só numa aproximação do processo de tomada de decisão.

Mesmo assim, a tentação de pensar na existência de contradições devidas às diferenças existentes entre as necessidades da legitimação global da sociedade e as do «papel» social do juiz estaria sempre presente. Recorreremos, para a sua análise, ao esquema de interrelação dos elementos estruturais da legalidade capitalista proposto por Boaventura de Sousa Santos <sup>(56)</sup>.

Discursos do Direito Contextos da Comunicação	Discurso do Aparelho Burocrático		Discurso Tópico-Retórico	Discurso do Aparelho Coercitivo
	Instituição	Sistema		
Agente Privilegiado	Competência /Jurisdição	Demonstração	Argumentação	Ameaça
Participantes	Processamento	Prescrição	Persuasão	Coerção
Sociedade	Programação	Racionalização	Consenso	Repressão

QUADRO I

a) A maior proximidade do agente do aparelho judicial, aliada a um aumento da sua jurisdição provocada pelo surgimento de novas áreas de competência e pela maior especificidade das normas (ambas directamente determinadas pela esfera económica), gera uma elevação do nível de programação da sociedade, um incremento da sua planificação. Tal factor, radicado no interior da instituição, determina, porém, ao nível do sistema ou dogmática jurídica, maiores necessidades de justificação-racionalização que operam concomitantemente no plano da sociedade. Como atrás ficou exposto, tradicionais áreas de autolegitimação são agora administrativamente programadas, necessitando, portanto, de ser recobertas por uma nova justificação (como exemplo, têm vindo a ser apontadas as questões da planificação regional e urbana e problemas referentes à família). A expansão da instituição afecta, desse modo, o sistema, pressionando-o a novas racionalizações.

b) A maior competência/jurisdição do agente privilegiado não tem imediata correspondência nas possibilidades de demonstração dentro das malhas apertadas da dogmática jurídica: terá então de recorrer, em alguns casos, para justificar as suas decisões, a princípios, normas suprapositivas e, até, a um certo activismo de cariz inovador. Por outro lado, a referida elevação do nível de programação não encontra também escoamento imediato em novas racionalizações por parte do sistema. Dois fenómenos podem então surgir em cena, face à falta de sincronia imediata entre instituição e sistema: de um lado, existe possibilidade de politização face à instituição judicial, tanto por parte de um leque de potenciais participantes como por elementos do seu próprio corpo; do outro, o estado tenderá a conceder, e, até, a dinamizar a participação dos cidadãos na administração da justiça.

c) Horizontalmente, ao nível do agente, poderemos então alinhar uma maior competência, um aumento de demonstração (ou seja, de retórica). No que diz respeito à sociedade, a maior programação não é, como observámos, acompanhada por um acréscimo de racionalização: gerar-se-á um défice de legitimação no plano global da sociedade devido à diminuição do nível da racionalização e, portanto, do consenso? A resposta a tal questão é negativa. E isto porque a participação, enquanto produtora de aceitação, colmata o défice de legitimação da sociedade e, como bem o demonstra Boaventura de Sousa Santos (67), na medida em que a aparente expansão da estrutura retórica pode afinal significar um reforço da estrutura burocrática e da coerção, pode bem transformar-se em elemento criador de um consenso repressivo.

Proximidade e participação, para além de legitimarem o processo de tomada de decisão do aparelho judicial, vêm, assim, também legitimar globalmente a sociedade. Não há descontinuidades entre os seus processos, continuando, pois, o aparelho judicial a reproduzir as relações económicas dentro dos limites de uma compatibilidade funcional.

Pelo que atrás ficou exposto, no entanto, a própria reestruturação dos aparelhos de estado exerce uma pressão contínua sobre os limites das formas existentes. Sob a contradição de, para se manterem, estarem obrigadas a alterar-se (pondo em causa a sua formulação e princípios iniciais), tais formas transformam-se em focos de luta, por vezes intensa. Pelo nosso lado, resta-nos assumir a nossa parte dessa luta para as transcender e, por essa via, transformar o estado.

(1) Sobre todo este ponto, seguimos de perto Boaventura de Sousa Santos, *Law Against Law: Regal Reasoning in Pasargada Law*, Cuernavaca, 1974, bem como a bibliografia aí citada, Centro Intercultural de Documentación.

(2) Bronislaw Malinowsky, *Crime and Custom in Savage Society* (1926), Paterson, Littlefield, 1959.

(3) O qual Malinowsky define do seguinte modo: «The rules of law stand out from the rest in that they are felt and regarded as the obligations of one person and the rightful claims of another. They are sanctioned not by a mere psychological motive, but by a definite social machinery of binding force, based... on mutual dependence, and realized in the equivalent arrangement of reciprocal services...». *Op. cit.*, p. 59.

(4) A.R. Radcliffe-Brown, *Structure and Function in Primitive Society* (1965), no capítulo «Primitive Law», escrito em 1933.

(5) p. 300 da edição francesa (Paris, Minuit, 1968). E neste sentido, para o autor, certas sociedades simples não possuiriam direito, mas antes costumes fundados em sanções.

(6) Para uma panorâmica mais vasta do problema, para além da obra citada na nota 1, cf. Boaventura de Sousa Santos, *O Discurso e o Poder (Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica)*, separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1980. Sobre o funcionalismo antropológico dos autores mencionados, cf. Alvin Gou'dner, «What happened in Sociology: an Historical Model of Structural Development», in *The Coming Crisis of Western Sociology*, Londres, Heinemann, 1972.

(7) Max Rheinstein (org.), *Max Weber on law in Economy and Society*, Nova Iorque, Clarion Books, 1967, p. 5.

(8) Justiciável não é, no entanto, como rapidamente se apreende, sinónimo de judiciário, na medida em que este último termo é utilizado em referência a um corpo de funcionários agindo no seio de um aparelho concebido com vista a uma certa unidade decisória. Cf. J. Carbonnier, *Sociologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1979, Cf. também Boaventura de Sousa Santos, *Law Against Law*.

(9) Cf. «The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of legality in Pasargada», in *Law & Society Review*, vol. 12, n.º 1, 1977.

(10) Além da citada na nota anterior, podemos destacar da imensa bibliografia sobre o assunto: S. Macaul'ey, *Law and the Balance of Power. The Automobile Manufacturers and their Dealers*, Nova Iorque, 1966; Reynolds Minnich, *The Mennonite Immigrant Communities in Parana, Brazil*, Cuernavaca, Cidoc, 1970; David Arnold (org.), *Subcultures*, Berkeley, Glendessary Press, 1970.

(11) Sobre o pluralismo jurídico e sobre a necessidade de ampliar o seu conceito, cf. Boaventura de Sousa Santos, *O Discurso e o Poder*, p. 72 ss.

(12) Este é, quer-nos parecer, o caso da sociedade analisada por Malinowsky, já que a dependência e obrigações derivadas da reciprocidade mergulham as suas raízes na própria organização da comunidade que a reciprocidade exprime. Durkheim, de quem Malinowsky é extremamente tributário, falaria aqui de solidariedade mecânica.

(13) É, de qualquer modo, nítida a importância da antropologia jurídica para o desenvolvimento da visão socio-ológica do direito. O que logo se compreende, dado que a antropologia leva a uma comparação e, portanto, ao analisar de várias formas possíveis de direito. Reativizou o fenómeno direito, ligando as suas diferentes formas às estruturas sociais que as contêm, e abriu novas e extremamente importantes áreas de estudo (de que é exemplo a análise da resolução de conflitos, quase capaz de por si só puxar o direito do céu para a terra). Sobre o surgimento da sociologia como

ciência residual das «sociedades modernas» e da antropologia enquanto estudo global dos «primitivos» coloniais, cf. Alvin Gou'dner, *op. cit.*.

(14) Cf. J. Milton Yinger, «Contraculture and Subculture», in David Arnold (org.), *op. cit.*, p. 121 ss. No caso já referido de Pasargada, a situação de discordância com o sistema oficial decorre do facto de a estrutura normativa do seu direito assentar na inversão da norma básica da propriedade (aquilo que é ocupação ilegal para o código brasileiro transforma-se em propriedade legal para os habitantes da favela), cf. Boaventura de Sousa Santos, *O Discurso e o Poder*, p. 9 ss.

(15) Situações como as dos *tribunales vecinales* no Chile de Allende ou as experiências de justiça popular no Portugal de 1975, etc. Cf. Boaventura de Sousa Santos, «Popular Justice, Dual Power and Socialist Strategy», in B. Fine et al. (orgs.), *Capitalism and the Rule of Law*, Londres, Hutchinson, 1979, p. 151 ss.

(16) Paul Bohannan, «Law and legal Institutions», *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 9, 1968, p. 73 ss. Segundo a posição do autor, o «costume» só passaria a constituir direito quando reinstitucionalizado no interior das instituições jurídicas.

(17) Cf. Thurman Arnold, *The Symbols of Government*, (1935), Nova Iorque, Harcourt, Brace & World, 1962.

(18) Sendo a inversa também verdadeira. Cf. Karl Marx, *Introdução à Crítica da Economia Política* (1857), Lisboa, Editorial Estampa.

(19) Sobre este ponto, cf. Boaventura de Sousa Santos, *O Discurso e o Poder*, p. 49 ss.

(20) Cf. Pietro Barcellona, «A Imagem do Jurista, da Doutrina e dos Magistrados», in P. Barcellona e G. Cotturri (orgs.), *Stato e Giuristi*, De Donato editore, Bari, 1974.

(21) J. W. Peltason, «Judicial Process», *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 7-8, 1968, p. 287.

(22) Nos países de sistema continental e não nos referindo obviamente a certo tipo de participação de leigos, como os jurados por exemplo, que não preenchem os requisitos para a figura de juiz estatal. Nos países anglo-saxónicos, parte da administração da justiça pode fugir a tal figura que continua, no entanto, a ocupar-se dos casos mais importantes. Em Inglaterra, os «Magistrates' Courts», compostos por juizes de paz, não remunerados e, geralmente, sem habilitações específicas, lidam com mais de 80% dos casos.

(23) Cf. Philippe Nonet e Jerome Carlin, «The Legal Profession», *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 9-10, 1968, p. 66 ss.

(24) Cf. António Hespanha, *Curso de História das Instituições*, vol. 1, ed. policopiada, Lisboa, 1978.

(25) Como questão política premente, já que o aparelho judicial se configura como «poder» a partir do séc. XVI ao concentrarem-se no estado, pela mão do absolutismo, as funções dispersas.

(26) Mas apenas o modelo, pois o executivo já se encontrava nas mãos da burguesia inglesa. Cf. Friederun Karsch e Ursula Schmiederer, «Evolución Funcional del Poder legislativo», in W. Abendroth e K. Lenk (orgs.), *Introducción a la Ciencia Política*. Barcelona, Editorial Anagrama, 1971, p. 197 ss.

(27) Não seria essa a ideia principal de Montesquieu, pois que para este autor o legislativo era mais concebido como forma de participação do que de eliminação. Cf. *L'Esprit des Lois* (1748), Paris, Editions Sociales, 1969. Será Rousseau a levar a questão às suas últimas consequências com o princípio da soberania popular. Cf. *Do Contrato Social* (1762), Portugal, Lisboa, 1968.

(28) Cf. Reinhard Kuhn, «El Liberalismo», in W. Abendroth e K. Lenk (orgs.), *op. cit.*, p. 59 ss.

(29) *Op. cit.*, p. 123.

(30) Cf. Barbara Dietrich, «Función de las Instituciones Judiciales», in W. Abendroth e K. Lenk (orgs.), *op. cit.*, p. 227 ss.

(31) O que poderia explicar-se através de uma geral resposta tardia do direito aos desenvolvimentos económico-sociais. Cf. Karl Renner, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions* (1929), Londres, Routledge & Kegan Paul, 1976. Tal teoria não seria, porém, suficiente para esclarecer todo o assunto pois, quer-nos parecer, o tipo de sistema jurídico constitui também factor de peso.

(32) Sendo «aberto», o sistema iria incorporando, portanto, a sua própria reforma. Interessante notar, porém, como o sistema «fechado» pode também sofrer mudança no seu interior: isto é, como a vinculação positiva do juiz, a qual constitui um comando político, pode ser contornada no interior da própria ordem jurídica em processos de rápida alteração das sociedades. É o caso do incremento dos poderes interpretativos do juiz na elisão da vontade do legislador, aquando do ascenso do nacional-socialismo alemão. Noutras situações políticas diferentes, a transformação do sistema fechado pode ser procurada de modo extra-legal, através da desestabilização da ordem político-jurídica.

(33) Sobre esta matéria, cf. G. Poggi, *The Development of the Modern State*, Londres, Hutchinson, 1978; Jorg Kammler, «El Estado Social», in W. Abendroth e K. Lenk (orgs.), *op. cit.*, p. 91 ss.

(34) O que se pretende esconder é a alteração que a própria teoria do parlamento tem de sofrer após as portas deste haverem sido forçadas pelo movimento operário: de clube de cavalheiros passa a arena de discussão sobre o «público», perdendo um pouco a confiança da classe no poder. E perante as ameaças de perda de controlo (o voto universaliza-se, deixando de constituir monopólio dos detentores do saber e da propriedade), nada mais simples do que uma transfusão teórica, a qual, para além do mais, deixa intacta a ve'ha teoria nos seus fundamentos.

(35) Para esta questão, de realçar Jürgen Habermas, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores.

(36) Sobre a participação e o possível reforço de autoridade daí decorrente, cf. Boaventura de Sousa Santos, «Law and Community: The changing Nature of State Power in Late Capitalism», in *International Journal of Sociology of Law*, 8, 1980.

(37) Sobre a externalidade como condição necessária da imanência, cf. Boaventura de Sousa Santos, *Law and Community...*

(38) Nicos Poulantzas, *Poder Político e Classes Sociais*, Porto, Portucalense Editora, 1971.

(39) Sobre a teoria instrumentalista do estado e das classes sociais, cf. Ralph Miliband, *O Estado na Sociedade Capitalista*, Lisboa, Presença, 1977.

(40) Sobre as ideologias teóricas («sistemas ideológicos reconhecidos como ciência») e sua relação com as ideologias práticas (nomeadamente o efeito de retorno, racionalizando-as e legitimando-as), cf. João Ferreira de Almeida e José Madureira Pinto, *A Investigação nas Ciências Sociais*, Lisboa, Presença, 1976, p. 88 ss. Quanto às condições sociais da ciência, Boaventura de Sousa Santos, «Da Sociologia da Ciência à Política Científica», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 1, 1978, p. 11 ss.

(41) Cf. *O Discurso e o Poder*, especialmente p. 84 ss., e *Law and Community...*

(42) Boaventura de Sousa Santos analisa a retórica na variação que lhe é imprimida tanto pelo nível de institucionalização da função jurídica como pelos instrumentos de coerção: conclui então que «a amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica». Cf. *O Discurso e o Poder*, p. 47 ss.

(43) N. Bobbio, *Dalla Struttura alla Funzione*, Milão, Edizione di Comunità, 1977, p. 43 ss.

(44) Sobre o assunto, cf. Boaventura de Sousa Santos, *O Discurso e o Poder*, p. 50, nota 55, e a bibliografia aí citada.

(45) Da vastíssima literatura sobre o assunto, citamos apenas: Edward Green, *Judicial Attitudes in Sentencing*, Londres, Macmillan, 1961; Roger Hood, *Sentencing in Magistrates' Courts*, Londres, Stevens and Sons, 1962; S. S. Nagel, «Off-the-Bench Judicial Attitudes», in G. S. Schubert (org.), *Judicial Decision-Making*, Nova Iorque, 1963; J. Hogarth, *Sentencing as a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1971.

(46) Para a discussão do conceito, cf. R. Odorisio, M. C. Ce'oria, G. Petrella e D. Pulitanò, *Valori Socio-Culturali della Giurisprudenza*, Bari, Editori Laterza, 1970; Ezio Moriando, «The Value-System and Professional Organization of Italian Judges», in V. Aubert (org.), *Sociology of Law*, Harmondsworth, Penguin, 1969.

(47) Cf. J. Narciso da Cunha Rodrigues, «O Magistrado Hoje: exegeta ou arquitecto social? Crise e redefinição da identidade das magistraturas nas sociedades modernas», in Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *O Estatuto do Magistrado e as Perspectivas Futuras do Direito*, Coimbra, Almedina, 1978, p. 63 ss.

(48) J. da Cunha Rodrigues, «Juizes sociais: de onde sopraram os ventos?», in *Expresso*, 7-4-9. Sobre toda esta matéria, cf. também: Artur Maurício, «O recrutamento e a formação de juizes», in *O Jornal*, 26-1-79; Cunha Rodrigues, «Os poucos juizes para os muitos processos em Portugal», in *Expresso*, 10-2-79; Alfredo de Sousa, «A organização dos tribunais», in *Expresso*, 16-3-79. Noutro sentido, as respostas de Vassanta Tambá, *Os Tribunais e as Magistraturas*, Coimbra, Almedina, 1980.

(49) Sobre os modos de determinação, cf. Eric O. Wright, *Class, Crisis and State*, Londres, NLB, 1978, p. 15 ss.

(50) O discurso teórico de manutenção da vinculação, arranca em grande parte, como atrás se deixou entrever, de uma estratégia política em relação à democratização do país no período posterior ao 25 de Abril: faz parte de um movimento aplacador da desconfiança de parte do corpo de magistrados perante certas transformações entretanto verificadas, ao mesmo tempo que afasta o perigo de uma utilização do papel criador do juiz para contornar as novas leis produzidas por um poder legitimado pelo sufrágio.

(51) Cf. Sol Picciotto, «The Theory of the State, Class Struggle and the Rule of Law», in B. Fine et al., *op. cit.*, p. 164 ss.

(52) Jürgen Habermas, *op. cit.*

(53) Cf. Jacques van Doorn, «The Military and the Crisis of Legitimacy», in G. Harries-Jenkins e J. Van Doorn, *The Military and the Problem of Legitimacy*, Londres, Sage Publications, 1976, p. 17 ss.

(54) Cf. Miguel Teixeira de Sousa, «O Juiz e a Legitimidade das Decisões Judiciais (Contributo para uma polémica)», in *Expresso*, 6-9-80.

(55) Cf. Boaventura de Sousa Santos, *Law and Community...*

(56) Cf. *O Discurso e o Poder*, p. 84 ss. Cf. também *infra*, p. 126.

(57) Cf. *Law and Community...*