
BOAVENTURA DE
SOUSA SANTOS

Prof. Associado da
Faculdade de Economia de Coimbra

INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA *

11

Entre outras razões, o aumento dramático dos processos e as consequências que produziu nos tribunais propiciou o interesse da sociologia pelo estudo da administração da justiça. Entre as várias linhas de investigação, distinguem-se: as desigualdades no acesso ao direito; o fim do mito da neutralidade dos tribunais concebidos como sub-sistema do sistema político sujeito a um padrão específico de organização profissional; a existência na sociedade de múltiplas instâncias jurisdicionais que competem com os tribunais na resolução dos conflitos. Os princípios de uma nova política judiciária, que se enunciam, e a democratização da justiça, para que apontam, exigem que se façam investigações empíricas nestas áreas em Portugal.

A sociologia do direito só se constitui em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramo especializado da sociologia geral, depois da segunda guerra mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objecto teórico específico, autónomo, quer em relação à dogmática política, quer em relação à filosofia do direito. No entanto, antes deste período foi grande e rica a produção científica orientada por uma perspectiva sociológica do direito e a tal ponto que a sociologia do direito é, sem dúvida, de todos os ramos da sociologia aquele em que o peso dos precursores, das suas orientações teóricas, das suas preferências de investigação, das suas criações conceituais, mais fortemente se tem feito sentir. O que não surpreende se tivermos em conta que, ao

**Condições
sociais e
teóricas da
sociologia dos
tribunais**

* Este trabalho foi inicialmente apresentado, em versão abreviada, no 1.º Simpósio Internacional do Processo Civil e Organização Judiciária realizado na Faculdade de Direito de Coimbra de 21 a 26 de Maio de 1984, e publicado no Brasil na *Revista de Processo* 37, 1985, pp. 121-139 e, em versão espanhola, na *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1, 1985, pp. 21-35.

contrário doutros ramos da sociologia, a sociologia do direito ocupa-se de um fenómeno social, o direito, sobre o qual incidem séculos de produção intelectual cristalizada na idade moderna em disciplinas como a filosofia do direito, a dogmática jurídica e a história do direito.

Uma das ilustrações mais significativas deste peso dos precursores consiste no privilegiamento, sobretudo no período inicial, de uma visão normativista do direito em detrimento de uma visão institucional e organizacional e, dentro daquela, no privilegiamento do direito substantivo em detrimento do direito processual, uma distinção ela própria vinculada a tradições teóricas importadas acriticamente pela sociologia do direito. Sem recuarmos aos precursores dos precursores, Giambattista Vico (1953) e Montesquieu (1950-1961), é notório que a visão normativista e substantivista do direito domina, no século XIX, a produção e as discussões teóricas, quer de juristas, quer de cientistas sociais, como hoje lhe chamaríamos, interessados pelo direito. Assim, e quanto aos primeiros, de todos os debates que na época são portadores de uma perspectiva sociológica do direito, ou seja, de uma perspectiva que explicitamente tematiza as articulações do direito com as condições e as estruturas sociais em que opera, o debate sem dúvida polarizador é o que opõe os que defendem uma concepção de direito enquanto variável dependente, nos termos da qual o direito se deve limitar a acompanhar e a incorporar os valores sociais e os padrões de conduta espontânea e paulatinamente constituídos na sociedade, e os que defendem uma concepção do direito enquanto variável independente, nos termos da qual o direito deve ser um activo promotor de mudança social tanto no domínio material como no da cultura e das mentalidades, um debate que, para lembrar posições extremas e subsidiárias de universos intelectuais muito distintos, se pode simbolizar nos nomes de Savigny (1840) e de Bentham (1). O mesmo se pode dizer quanto ao debate oitocentista sobre o direito no âmbito da sociologia emergente. Se é certo que se acorda em que o direito reflecte as condições prevaletentes e ao mesmo tempo actua conformadoramente sobre elas, o debate polariza-se entre os que concebem o direito como o indicador privilegiado dos padrões de solidariedade social, garante da composição harmoniosa dos conflitos por via da qual se maximiza a integração social e realiza o bem comum, e os que concebem o direito como expressão última de interesses de classe, um instrumento de dominação económica e política que por via da sua forma

(1) Fiel às suas posições teóricas, Bentham procurou influenciar as transformações jurídicas no início do período liberal em Portugal (cfr. Bentham, 1823).

enunciativa (geral e abstracta) opera a transformação ideológica dos interesses particularísticos da classe dominante em interesse colectivo universal, um debate que se pode simbolizar nos nomes de Durkheim (1977) ⁽²⁾ e de Marx ⁽³⁾.

No primeiro quartel do nosso século a visão normativista substantivista do direito continuou a dominar, ainda que com nuances, o pensamento sociológico sobre o direito. É assim exemplarmente o caso de Ehrlich, para alguns o fundador da sociologia do direito, em qualquer dos dois grandes temas da sua produção científica: o direito vivo e a criação judiciária do direito (1929 e 1967). No que respeita ao primeiro, o direito vivo, é central a contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade emergente das relações sociais pela qual se regem os comportamentos e se previne e resolve a esmagadora maioria dos conflitos. No que respeita ao segundo, a criação judiciária do direito, é ainda a mesma visão fundante que dá sentido à distinção entre a normatividade abstracta e exangue da lei e a normatividade concreta e conformadora da decisão do juiz. Atente-se, no entanto, que este segundo tema, e em geral a orientação teórica da escola do direito livre ou da jurisprudência sociológica (Pound, 1911 e 1912) ⁽⁴⁾, ao deslocar a questão da normatividade do direito dos enunciados abstractos da lei para as decisões particulares do juiz, criou as pre-condições teóricas da transição para uma nova visão sociológica centrada nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito. Nesta mesma transição e ainda no mesmo período (o primeiro quartel do nosso século) se situa a obra de M. Weber (1964) ⁽⁵⁾. A preocupação de Weber em definir a especificidade e o lugar privilegiado do direito entre as demais

⁽²⁾ Num estudo de autonomização teórica em relação à ciência jurídica, Durkheim recusa a distinção entre direito público e direito privado, por considerá-la insustentável no plano sociológico, substituindo-a pela distinção entre direito repressivo (o direito penal) e direito restitutivo (direito civil, direito comercial, direito processual, direito administrativo e constitucional). Cada um destes tipos de direito corresponde a uma forma de solidariedade social. O direito repressivo corresponde à solidariedade mecânica, assente nos valores da consciência colectiva cuja violação constitui um crime, uma forma de solidariedade dominante nas sociedades do passado. O direito restitutivo corresponde à solidariedade orgânica, dominante nas sociedades contemporâneas, assente na divisão do trabalho social cuja violação acarreta a sanção de simples reposição das coisas.

⁽³⁾ Como se sabe, Marx não produziu uma teoria sociológica do direito. No entanto, a sua vasta obra está repleta de referências não sistemáticas ao direito. Cfr., em especial, *A Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel* (1843); *A Ideologia Alemã* (1845-46); artigos no *Neue Rheinische Zeitung* (1848-49), *O Dezoito de Brumário de Napoleão Bonaparte* (1852); *Grundrisse* (1857-58); *O Capital* (1867); *A Guerra Civil em França* (1871) e *A Crítica do Programa de Gotha* (1875).

⁽⁴⁾ Foi, aliás, Roscoe Pound quem apresentou Ehrlich à comunidade científica anglo-saxónica em 1936.

⁽⁵⁾ A melhor selecção do que nesta obra respeita à sociologia do direito é a de Max Rheinstein (1967).

fontes de normatividade em circulação nas relações sociais no seio das sociedades capitalistas levou-o a centrar a sua análise no pessoal especializado encarregado da aplicação das normas jurídicas, as profissões jurídicas, a burocracia estatal. Segundo ele, o que caracterizava o direito das sociedades capitalistas e o distinguiu do direito das sociedades anteriores era o construir um monopólio estatal administrado por funcionários especializados segundo critérios dotados de racionalidade formal, assente em normas gerais e abstractas aplicadas a casos concretos por via de processos lógicos controláveis, uma administração em tudo integrável no tipo ideal de burocracia por ele elaborado.

Esta tradição intelectual diversificada mas em que domina a visão normativista e substantivista do direito teve uma influência decisiva na constituição do objecto da sociologia do direito no pós-guerra. Dentre os grandes temas deste período refiro dois a título de exemplo: a discrepância entre o direito formalmente vigente e o direito socialmente eficaz, a célebre dicotomia *law in books/law in action* da sociologia jurídica americana; as relações entre o direito e o desenvolvimento socio-económico e mais especificamente o papel do direito na transformação modernizadora das sociedades tradicionais. Em qualquer destes temas, bastante distintos, um centrado preferentemente nas preocupações sociais dos países desenvolvidos e o outro nas dos países em desenvolvimento, são nítidos o privilegiamento das questões normativas e substantivas do direito e a relativa negligência das questões processuais, institucionais e organizacionais.

No entanto, esta conjuntura intelectual em breve se alterou. Contribuíram para isso duas ordens de condições, ambas emergentes no final da década de 50, início da década de 60: condições teóricas e condições sociais. Entre as primeiras, as condições teóricas, saliento três. Em primeiro lugar, o desenvolvimento da sociologia das organizações, um ramo da sociologia que tem em Weber um dos principais inspiradores, dedicado em geral ao estudo dos agrupamentos sociais criados de modo mais ou menos deliberado para a obtenção de um fim específico, com enfoques diversos sobre a estrutura e a forma das organizações, sobre o conjunto das interações sociais no seu seio ou no impacto delas no comportamento dos indivíduos⁽⁶⁾. Este ramo da sociologia desenvolveu em breve um interesse específico por uma das organizações de larga escala dominante na nossa sociedade, a organização

⁽⁶⁾ Para além dos clássicos (M. Weber e R. Michels) as referências básicas neste ramo da sociologia são: P. Selznick (1949); P. Blau (1955); J. March e H. Simon (1958); M. Crozier (1963); S. Clegg e D. Dunkerley (1980).

judiciária e particularmente os tribunais (Heydebrand, 1977 e 1979).

A segunda condição teórica é constituída pelo desenvolvimento da ciência política e pelo interesse que esta revelou pelos tribunais enquanto instância de decisão e de poder políticos. A teoria dos sistemas utilizada na análise do sistema político em geral ⁽⁷⁾ encontrou no sistema judiciário um ponto de aplicação específico e as acções dos actores do sistema, particularmente as dos juizes, passaram a ser analisadas em função das suas orientações políticas ⁽⁸⁾.

A terceira condição teórica é constituída pelo desenvolvimento da antropologia do direito ou da etnologia jurídica, ao libertar-se progressivamente do seu objecto privilegiado, as sociedades coloniais, virando-se para os novos países africanos e asiáticos e para os países em desenvolvimento da América Latina, até finalmente descobrir o seu objecto duplamente primitivo dentro de casa, nas sociedades capitalistas desenvolvidas. Ao centrar-se nos litígios e nos mecanismos da sua prevenção e da sua resolução, a antropologia do direito desviou a atenção analítica das normas e orientou-se para os processos e para as instituições, seus graus diferentes de formalização e de especialização e sua eficácia estruturadora dos comportamentos ⁽⁹⁾.

Cabe agora referir brevemente as condições sociais que, juntamente com as condições teóricas, possibilitaram a orientação do interesse sociológico para as dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito. Distingo duas condições principais. A primeira diz respeito às lutas sociais protagonizadas por grupos sociais até então sem tradição histórica de acção colectiva de confrontação, os negros, os estudantes, amplos sectores da pequena burguesia em luta por novos direitos sociais no domínio da segurança social, habitação, educação, transportes, meio ambiente e qualidade de vida, etc., movimentos sociais que em conjugação (por vezes difícil) com o movimento operário procuraram aprofundar o conteúdo democrático dos regimes saídos do pós-guerra ⁽¹⁰⁾. Foi neste contexto que as desigualdades sociais foram sendo recodificadas no imaginário social e político e

⁽⁷⁾ Veja-se Easton (1965), uma das obras mais influentes.

⁽⁸⁾ Para uma visão geral, veja-se J. Grossman e R. Wells (orgs.) (1980: 3-76). Em especial, cfr.: G. Schubert (1960); A. Bickel (1963); H. Jacob (org.) (1967); R. Dahl (1967); uma análise crítica do artigo precedente em J. Casper (1976); M. Shapiro (1975).

⁽⁹⁾ Neste sentido, cfr. Santos (1980) e a bibliografia aí citada.

⁽¹⁰⁾ São muito numerosas as análises empíricas dos diferentes movimentos sociais. Dentre os autores que melhor teorizaram a emergência e o significado sociais destes movimentos é justo salientar, na Europa, A. Touraine (1965 e 1973) e, nos EUA, A. Oberschall (1973) e F. Piven (1977). Dentre os autores que melhor têm analisado as relações entre os movimentos sociais e o direito, destaco F. Piven e R. Cloward (1971) e J. Handler (1978).

passaram a constituir uma ameaça à legitimidade dos regimes políticos assentes na igualdade de direitos. A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais.

A segunda condição social do interesse da sociologia pelo processo e pelos tribunais é constituída pela eclosão, na década de 60, da chamada crise da administração da justiça, uma crise de cuja persistência somos hoje testemunhas. Esta condição está em parte relacionada com a anterior. As lutas sociais a que fiz referência aceleraram a transformação do Estado liberal no Estado assistencial ou no Estado-providência, um Estado activamente envolvido na gestão dos conflitos e consertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações económicas. A consolidação do Estado-providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance⁽¹¹⁾. Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouros, etc., etc. Acresce que a integração das classes trabalhadoras (operariado e nova pequena burguesia) nos circuitos do consumo foi acompanhada e em parte causada pela integração da mulher no mercado de trabalho, tornada possível pela expansão da acumulação que caracterizou este período. Em consequência, o aumento da *pool* de rendimentos familiares foi concomitante com mudanças radicais nos padrões do comportamento familiar (entre cônjuges e entre pais e filhos) e nas próprias estratégias matrimoniais, o que veio a constituir a base de uma acrescida conflitualidade familiar tornada socialmente mais visível e até mais aceite através das transformações do direito de família que entretanto se foram verificando. E esta foi mais uma causa do aumento dos litígios judiciais.

De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da

⁽¹¹⁾ As transformações do poder do Estado daí decorrentes são importantes e complexas. Cfr., a título de exemplo, Santos (1982 a).

década de 70, ou seja, num período em que a expansão económica terminava e se iniciava uma recessão que se prolonga até hoje e que, pela sua pertinácia, assume um carácter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior⁽¹²⁾. Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestando nas mais diversas áreas de actividade estatal e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada. Daqui resultou um factor adicional da crise da administração da justiça. A visibilidade social que lhe foi dada pelos meios de comunicação social e a vulnerabilidade política que ela engendrou para as elites dirigentes esteve na base da criação de um novo e vasto campo de estudos sociológicos sobre a administração da justiça, sobre a organização dos tribunais, sobre a formação e o recrutamento dos magistrados, sobre as motivações das sentenças, sobre as ideologias políticas e profissionais dos vários sectores da administração da justiça, sobre o custo da justiça, sobre os bloqueamentos dos processos e sobre o ritmo do seu andamento em suas várias fases.

17

II

Uma vez analisados os antecedentes e as condições da contribuição da sociologia do direito para o aprofundamento das complexas interacções entre o direito processual e a administração da justiça, por um lado, e a realidade social e económica em que operam, por outro, passarei agora a analisar de modo sistemático o âmbito diversificado dessa contribuição com vista a apontar com base nela, na parte final deste trabalho, as linhas de investigação mais promissoras e o perfil de uma *nova política judiciária*. Concentrar-me-ei na análise das contribuições no âmbito da justiça civil, embora muitas destas tenham um âmbito mais geral e abarquem também a justiça penal, como facilmente se reconhecerá.

Distinguirei três grandes grupos temáticos: o acesso à justiça; a administração da justiça enquanto instituição política e organização profissional, dirigida à produção de serviços especializados; a litigiosidade social e os mecanismos da sua resolução existentes na sociedade.

Temas da sociologia dos tribunais

⁽¹²⁾ Uma das obras mais recentes sobre esta questão é Fano *et al.* (1983).

O acesso à justiça

18

O tema do acesso à justiça é aquele que mais directamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socio-económica. No âmbito da justiça civil, muito mais propriamente do que no da justiça penal, pode falar-se de procura, real ou potencial, da justiça⁽¹³⁾. Uma vez definidas as suas características internas e medido o seu âmbito em termos quantitativos, é possível compará-la com a oferta da justiça produzida pelo Estado. Não se trata de um problema novo. No princípio do século, tanto na Áustria como na Alemanha, foram frequentes as denúncias da discrepância entre a procura e a oferta da justiça e foram várias as tentativas para a minimizar, quer por parte do Estado (a reforma do processo civil levada a cabo por Franz Klein na Áustria) (Klein, 1958; Denti, 1971), quer por parte dos interesses organizados das classes sociais mais débeis (por exemplo, os centros de consulta jurídica organizados pelos sindicatos alemães) (Reifner, 1978). Foi, no entanto, no pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado de bem estar transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e económicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagónicos (interesses de patrões ou de operários, de senhorios ou de inquilinos, de rendeiros ou de proprietários fundiários, de consumidores ou de produtores, de homens ou de mulheres, de pais ou de filhos, de camponeses ou de cidadãos, etc., etc.)⁽¹⁴⁾.

Neste domínio, a contribuição da sociologia consistiu em investigar sistemática e empiricamente os obstáculos ao acesso efectivo à justiça por parte das classes populares com

⁽¹³⁾ Na justiça penal há, por assim dizer, uma procura forçada da justiça, nomeadamente por parte do réu, no entanto, a nível global, pode igualmente falar-se de procura social da justiça penal.

⁽¹⁴⁾ Na Europa Continental a hegemonia da ciência jurídica positivista tornou particularmente difícil o reconhecimento dos pressupostos políticos e sociais por detrás das soluções técnicas processuais. Neste sentido, M. Cappelletti (1969) e P. Calamandrei (1956).

vista a propor as soluções que melhor os pudessem superar. Muito em geral pode dizer-se que os resultados desta investigação permitiram concluir que eram de três tipos esses obstáculos: económicos, sociais e culturais⁽¹⁵⁾. Quanto aos obstáculos económicos, verificou-se que, nas sociedades capitalistas em geral, os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa. Assim, na Alemanha, verificou-se que a litigação de uma causa de valor médio na primeira instância de recurso custaria cerca de metade do valor da causa. Na Inglaterra verificou-se que em cerca de um terço das causas em que houve contestação os custos globais foram superiores aos do valor da causa. Na Itália, os custos da litigação podem atingir 8,4% do valor da causa nas causas com valor elevado, enquanto nas causas com valor diminuto essa percentagem pode elevar-se a 170% (Cappelletti e Garth, 1978: I, 10 e segs.). Estes estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas acções de menor valor e é nessas acções que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenómeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça.

19

De facto, verificou-se que essa vitimização é tripla na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo económico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos. No final da década de 60, a duração média de um processo civil na Itália era, para o percurso das três instâncias, 6 anos e 5 meses (Resta, 1977: 80); alguns anos mais tarde, na Espanha, essa duração era cerca de 5 anos e 3 meses (Cappelletti e Garth, 1978: 14). No final da década de 60 as acções civis perante o tribunal de grande instância em França duravam 1,9 anos e perante o tribunal de primeira instância na Bélgica 2,33 anos (Cappelletti e Garth, 1978). A análise da duração média dos processos civis e a consequente verificação do aumento da lentidão da justiça é um dos temas mais intrigantes da investigação sociológica sobre os tribunais nos nossos dias. Por um lado, verifica-se que a litigação civil tem vindo a diminuir

⁽¹⁵⁾ O sentido geral dos estudos do período inicial está patente em *Conference Proceedings* (1964) e em J. Carlin e J. Howard (1965). Pode ainda ter-se uma visão global e aprofundada dos estudos realizados nos vários países, durante a década seguinte, em Cappelletti e B. Garth (orgs.) (1978), uma obra monumental e uma referência bibliográfica obrigatória neste domínio.

de volume nas últimas décadas. Os estudos feitos na Itália neste campo (Resta, 1977: 83 e segs.) corroboram inteiramente os produzidos em Espanha, onde Juan Toharia (1974: 190) conclui que ao maior desenvolvimento social e económico, e ao conseqüente aumento da vida jurídica civil e da conflitualidade social nesta área, tem correspondido um decréscimo das causas civis nos tribunais de justiça. A este fenómeno voltarei mais tarde. Por agora basta referir o paradoxo denunciado muito recentemente por Vincenzo Ferrari (1983: 338): apesar da carga do contencioso civil ter vindo a diminuir e apesar das muitas inovações introduzidas com o objectivo de tornar a justiça civil mais expedita, o facto é que se tem vindo a verificar um aumento constante da duração média dos processos civis. E mais intrigante ainda é o facto de este aumento se revelar resistente não só às inovações parciais que o procuram controlar mas também em relação às reestruturações globais do processo tendentes a eliminar por completo a lentidão da justiça. Assim, o processo de trabalho, que, no início da década de 70, constitui juntamente com o *Statuto dei lavoratori* uma importante vitória das organizações operárias italianas no sentido de acelerar a administração da justiça mais directamente relevante para os interesses das classes trabalhadoras, tem-se vindo a revelar, em tempos recentes, impotente para impedir o aumento progressivo da duração das causas laborais.

Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos económicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panaceia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática outros factores quiçá mais importantes. Por um lado, a organização judiciária e a racionalidade ou irracionalidade dos critérios de distribuição territorial dos magistrados. Por outro, a distribuição dos custos mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça. Neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua actividade com base na (e não apesar da) demora dos processos (Ferrari, 1983: 339; Resta, 1977: 87). Mas, como comecei por referir, a sociologia da administração da justiça tem-se ocupado também dos obstáculos sociais e culturais ao efectivo acesso à justiça por parte das classes populares, e este constitui talvez um dos campos de estudo mais inovadores. Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e

culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. Caplowitz (1963), por exemplo, concluiu que quanto mais baixo é o estrato social do consumidor maior é a probabilidade que desconheça os seus direitos no caso de compra de um produto defeituoso. Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a acção. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal. Numa investigação efectuada em Nova Iorque junto de pessoas que tinham sido vítimas de pequenos acidentes de viação, verificou-se que 27% dos inquiridos da classe baixa nada faziam em comparação com apenas 2% dos inquiridos da classe alta (citado em Carlin e Howard, 1965), ou seja, quanto mais baixo é o status socio-económico da pessoa acidentada menor é a probabilidade que interponha uma acção de indemnização. Dois factores parecem explicar esta desconfiança ou esta resignação: por um lado, experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reacção compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre os serviços advocatícios prestados às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos); por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais. Em terceiro e último lugar, verifica-se que o reconhecimento do problema como problema jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para o resolver não são suficientes para que a iniciativa seja de facto tomada. Quanto mais baixo é o estrato socio-económico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.

O conjunto destes estudos revelou que a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes económicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de

socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar.

A riqueza dos resultados das investigações sociológicas no domínio do acesso à justiça não pôde deixar de se reflectir nas inovações institucionais e organizacionais que, um pouco por toda a parte, foram sendo levadas a cabo para minimizar as escandalosas discrepâncias entre justiça civil e justiça social verificadas.

No imediato pós-guerra, vigorava na maioria dos países um sistema de assistência judiciária gratuita organizada pela ordem dos advogados a título de *munus honorificum* (Cappelletti e Garth, 1978: I, 22 e segs.; Blankenburg, 1980). Os inconvenientes deste sistema eram muitos e foram rapidamente denunciados. A qualidade dos serviços jurídicos era baixíssima, uma vez que, ausente a motivação económica, a distribuição acabava por recair em advogados sem experiência e por vezes ainda não plenamente profissionalizados, em geral sem qualquer dedicação à causa. Os critérios de elegibilidade eram em geral estritos e, muito importante, a assistência limitava-se aos actos em juízo, estando excluída a consulta jurídica, a informação sobre os direitos. A denúncia das carências deste sistema privado e caritativo levou a que, na maioria dos países, ele fosse sendo substituído por um sistema público e assistencial organizado ou subsidiado pelo Estado. Na Inglaterra, criou-se logo em 1949 um sistema de advocacia convencionada posteriormente aperfeiçoado (1974), segundo o qual qualquer cidadão elegível nos termos da lei para o patrocínio judiciário gratuito escolhe o advogado dentre os que se inscreveram para a prestação dos serviços e que constam de uma lista; uma lista sempre grande, dado o atractivo da remuneração adequada a cargo do Estado. Nas duas décadas seguintes muitos países introduziram esquemas semelhantes de serviços jurídicos gratuitos. Estes esquemas, conhecidos nos países anglo-saxónicos pela designação de *Judicare*, uma vez postos em prática, foram submetidos a estudos sociológicos que, apesar de assinalarem as significativas vantagens do novo sistema em relação ao anterior, não deixaram contudo de revelar as suas limitações (Blankenburg, 1980: 1 e segs.; Abel-Smith *et al.*, 1973). Em primeiro lugar, apesar de em teoria o sistema incluir a consulta jurídica independentemente da existência de um litígio, o facto é que, na prática, se concentrava na assistência judiciária. Em segundo lugar, este sistema limitava-se a tentar vencer os obstáculos económicos ao acesso à justiça, mas não os obstáculos sociais e culturais. Nada fazia no domínio da educação jurídica dos cidadãos, da consciencialização sobre os novos direitos sociais dos trabalhadores, consumidores,

inquilinos, jovens, mulheres, etc. Por último, concebendo a assistência judiciária como um serviço prestado a cidadãos de menos recursos individualmente considerados, este sistema excluía, à partida, a concepção dos problemas desses cidadãos enquanto problemas colectivos das classes sociais subordinadas. Estas críticas conduziram a algumas alterações no sistema de serviços jurídicos gratuitos e, no caso dos Estados Unidos da América, conduziram mesmo à criação de um sistema totalmente novo baseado em advogados contratados pelo Estado, trabalhando em escritórios de advocacia localizados nos bairros mais pobres da cidade e seguindo uma estratégia advocatícia orientada para os problemas jurídicos dos pobres enquanto problemas de classe, uma estratégia privilegiando as acções colectivas, a criação de novas correntes jurisprudenciais sobre problemas recorrentes das classes populares e, finalmente, a transformação ou reforma do direito substantivo (Cahn e Cahn, 1964; Note, 1967). Não cabe aqui avaliar em pormenor este movimento de inovação institucional a que Portugal se tem, pouco honrosamente, furtado, um movimento cujas sucessivas etapas denotam uma consciência progressivamente mais aguda da necessidade de garantir o acesso efectivo à justiça por parte de todos os cidadãos. Hoje, pode mesmo dizer-se que este movimento transborda dos interesses jurídicos das classes mais baixas e estende-se já aos interesses jurídicos das classes médias, sobretudo aos chamados interesses difusos, interesses protagonizados por grupos sociais pouco organizados e protegidos por direitos sociais emergentes cuja titularidade individual é problemática. Os direitos das crianças contra a violência nos programas de Televisão e os brinquedos agressivos ou perigosos, os direitos da mulher contra a discriminação sexual no emprego e na comunicação social, os direitos dos consumidores contra a produção de bens de consumo perigosos ou defeituosos, os direitos dos cidadãos em geral contra a poluição do meio ambiente. A defesa pública destes direitos deu origem à instituição da chamada advocacia de interesse público subsidiada pelas comunidades, por fundações e pelo Estado (Trubek *et al.*, 1980). Deu também origem a algumas reformas no processo civil, nomeadamente o alargamento do conceito de legitimidade processual e de interesse em agir.

23

Passo ao segundo tema da sociologia judiciária. Trata-se de um tema muito amplo no qual se incluem objectos de análise muito diversos. A concepção da administração da justiça como uma instância política foi inicialmente propugnada pelos cientistas políticos que viram nos tribunais um sub-sistema do sistema político global, partilhando com este a característica

**A administração
da justiça
enquanto
instituição
política e
profissional**

de processarem uma série de *inputs* externos constituídos por estímulos, pressões, exigências sociais e políticas e de, através de mecanismos de conversão, produzirem *outputs* (as decisões) portadoras elas próprias de um impacto social e político nos restantes sub-sistemas.

Uma tal concepção dos tribunais teve duas consequências muito importantes. Por um lado, colocou os juizes no centro do campo analítico. Os seus comportamentos, as decisões por eles proferidas e as motivações delas constantes, passaram a ser uma variável dependente cuja aplicação se procurou nas correlações com variáveis independentes, fossem elas a origem de classe, a formação profissional, a idade ou sobretudo a ideologia política e social dos juizes. A segunda consequência consistiu em desmentir por completo a ideia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes. São conhecidos os estudos de Nagel (1969), Schubert (1965)⁽¹⁶⁾, Ulmer (1962 e 1979), Grossman⁽¹⁷⁾ e outros nos EUA, de Richter (1960) e Dahrendorf (1961), na Alemanha, de Pagani (1969), Di Federico (1968) e Moriondo (1967), na Itália e de Toharia (1975), na Espanha. Nos EUA, os estudos iniciais centraram-se no Supremo Tribunal de Justiça. A título de exemplo, Schubert, distinguindo entre juizes liberais e conservadores, correlacionou as suas ideologias políticas com as suas posições nos relatórios e declarações de voto nas sentenças em vários domínios do comércio jurídico desde as relações económicas até aos direitos cívicos e obteve índices elevados de co-variância⁽¹⁸⁾. Outros estudos incidindo sobre as decisões dos tribunais de primeira instância, tanto nos domínios penal como no civil, mostraram em que medida as características sociais, políticas, familiares, económicas e religiosas dos magistrados influenciaram a sua definição da situação e dos interesses em jogo no processo e conseqüentemente o sentido da decisão⁽¹⁹⁾.

Os estudos italianos sobre a ideologia da magistratura não assentam no comportamento decisional mas antes nos

⁽¹⁶⁾ Schubert é também o organizador das melhores colectâneas de estudos sobre o comportamento e as atitudes dos juizes norte americanos (Schubert, 1963 e 1964).

⁽¹⁷⁾ Veja-se uma visão geral sobre a sua perspectiva em J. Grossman e R. Wells (orgs.) (1980).

⁽¹⁸⁾ Schubert distingue entre juizes «conservadores» e «liberais» (designações que têm nos EUA um significado político diferente do que lhes é atribuído na Europa) e identifica três atitudes diferentes consoante o liberalismo ou o conservadorismo dos juizes seja económico, político ou social.

⁽¹⁹⁾ Para uma panorâmica geral dos estudos em Itália, cfr. R. Treves (1975 e 1980: 253 e segs.). As análises das ideologias dos magistrados têm incidido quer sobre as ideologias profissionais (Pagani, 1969) quer sobre as ideologias político-sociais (Moriondo, 1967). No domínio de justiça

documentos públicos, manifestos, discursos, estatutos organizativos em que os magistrados, individual ou colectivamente, definem o perfil óptimo da função judicial e das suas interacções com o poder político e com a sociedade em geral⁽²⁰⁾. As investigações realizadas sobre a direcção de Renato Treves obrigam a uma revisão radical do mito do apoliticismo da função judicial e revelam haver três grandes tendências ideológicas no seio da magistratura italiana⁽²¹⁾. Em primeiro lugar, a tendência dita «estrutural funcionalista», com a ênfase nos valores da ordem, do equilíbrio e da segurança social, e da certeza do direito, que agrupa os juízes e magistrados conservadores ou moderados, defensores da divisão dos poderes, adeptos das soluções tradicionais, quer no plano socio-económico, quer no da organização judiciária. Em segundo lugar, a tendência do chamado «conflitivismo pluralista» em que prevalecem as ideias de mudança social e se defende o reformismo, tanto no interior da organização judiciária, como no da sociedade em geral, com vista ao aprofundamento da democracia dentro do marco jurídico-constitucional do Estado de direito. Em terceiro lugar, a tendência mais radical do chamado «conflitivismo dicotómico de tipo marxista» que agrupa os juízes apostados num uso alternativo do direito, numa função mais criadora da magistratura enquanto contribuição para a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária. Estas tendências têm tido expressão organizativa na Unione di Magistrati Italiani, na Associazione di Magistrati Italiani e na Magistratura Democrática respectivamente.

Ainda no âmbito da administração da justiça como organização profissional, são de salientar os estudos sobre o recrutamento dos magistrados e a sua distribuição territorial (Ferrari, 1983: 312). Dentro do mesmo quadro teórico, mas de uma perspectiva muito diferente, são os estudos dirigidos a conhecer as atitudes e as opiniões dos cidadãos sobre a administração da justiça, sobre os tribunais e sobre os juízes. Uma tradição de investigação que teve em Podgorecki um pioneiro com os seus estudos sobre a percepção social do direito e da justiça na Polónia e que se tem vindo a prolongar em múltiplas investigações (Podgorecki *et al.*, 1973). Um estudo recente feito em Itália revelava uma atitude moderadamente desfavorável perante a magistratura (Ferrari, 1983: 312).

penal, um dos melhores estudos é o de J. Hogarth (1971). Os estudos sobre os agentes da administração da justiça não se centraram apenas nos magistrados profissionais mas incidiram também sobre os jurados, por exemplo. Cfr. o estudo clássico de H. Kalven Jr. e H. Zeisel (1966).

⁽²⁰⁾ Cfr. nota 19.

⁽²¹⁾ Sigo a caracterização proposta por E. Diaz (1978: 43 e segs.).

**Os conflitos
sociais e os
mecanismos
da sua
resolução**

Todos estes estudos têm vindo a chamar a atenção para um ponto tradicionalmente negligenciado: a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e económicos que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.

Este tema constitui a terceira contribuição da sociologia para a administração da justiça. Aliás, neste domínio a contribuição inicial pertenceu à antropologia ou etnologia social. Os estudos de Evans Pritchard (1969) no Sudão, de Gulliver (1963) e Sally Moore (1970) na África Oriental, de Gluckman (1955) e Van Velsen (1964) na África Central/Austral e de Bohannan (1957) na África Ocidental tiveram um impacto decisivo no desenvolvimento da sociologia do direito. Deram a conhecer formas de direito e padrões de vida jurídica totalmente diferentes dos existentes nas sociedades ditas civilizadas; direitos com baixo grau de abstracção, discerníveis apenas na solução concreta de litígios particulares; direitos com pouca ou nula especialização em relação às restantes actividades sociais; mecanismos de resolução dos litígios caracterizados pela informalidade, rapidez, participação activa da comunidade, conciliação ou mediação entre as partes através de um discurso jurídico retórico, persuasivo, assente na linguagem ordinária. Acima de tudo, estes estudos revelaram a existência na mesma sociedade de uma pluralidade de direitos convivendo e interagindo de diferentes formas. No momento histórico em que a antropologia convergia teórica e metodologicamente com a sociologia, o impacto destes estudos na sociologia do direito foi enorme. Muitos foram os estudos que se seguiram, tendo por unidade de análise o litígio (e não a norma) e por orientação teórica o pluralismo jurídico, orientados para a análise de mecanismos de resolução jurídica informal de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas e operando à margem do direito estatal e dos tribunais oficiais. Citarei dois exemplos. O estudo pioneiro de S. Macaulay (1966) sobre as práticas jurídicas e sobretudo os conflitos jurídicos entre os produtores e os comerciantes de automóveis nos EUA, resolvidos de modo informal à margem das disposições do direito comercial e da intervenção dos tribunais, orientados pelo objectivo de não criar rupturas nas relações económicas e retirando destas poderosos dispositivos sancionatórios não oficiais. Em segundo lugar, os estudos por

mim realizados no início da década de 70 nas favelas do Rio de Janeiro e onde me foi possível detectar e analisar a existência no interior destes bairros urbanos de um direito informal não oficial, não profissionalizado, centrado na Associação de moradores que funcionava como instância de resolução de litígios entre vizinhos sobretudo nos domínios da habitação e da propriedade da terra (Santos, 1974 e 1977). Estes e muitos outros estudos que se seguiram com objectivos analíticos semelhantes permitiram concluir o seguinte. Em primeiro lugar, de um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos (Santos, 1980: 64 e segs.; Ruivo e Marques, 1982). Este conjunto de articulações e interrelações entre vários modos de produção do direito constitui o que designo por formação jurídica. Em segundo lugar, o relativo declínio da litigiosidade civil, longe de ser indício de diminuição da conflitualidade social e jurídica, é antes o resultado do desvio dessa conflitualidade para outros mecanismos de resolução, informais, mais baratos e expeditos, existentes na sociedade.

27

Estas conclusões não deixaram de influenciar algumas das reformas de administração da justiça nos últimos anos. Distinguirei dois tipos de reformas: as reformas no interior da justiça civil tradicional e a criação de alternativas. Quanto às primeiras são de salientar as seguintes: o reforço dos poderes do juiz na apreciação da prova e na condução do processo segundo os princípios da oralidade, da concentração e da imediação, um tipo de reformas com longa tradição na teoria processualista europeia iniciada pela obra pioneira de Franz Klein; a criação de um novo tipo de relacionamento entre os vários participantes no processo, mais informal, mais horizontal, visando um processamento mais inteligível e uma participação mais activa das partes e testemunhas. Como exemplo deste tipo de reforma citarei o chamado *Stuttgart Modell* na Alemanha Federal e os tribunais de grande instância criados em 1967 nos departamentos periféricos da região parisiense (Ballé *et al.*, 1981); por último, e relacionado com as anteriores, as reformas no sentido de ampliar o âmbito e incentivar o uso da conciliação entre as partes sob o controle do juiz⁽²²⁾.

As reformas que visam a criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios

(22) Uma proposta defendida entre nós por Pessoa Vaz (1976).

cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito, ou seja, instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, se não mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes⁽²³⁾. Neste domínio, os países socialistas de Estado do Leste Europeu têm uma grande experiência (os tribunais sociais e os tribunais de camaradas), assim como a China e o Japão com as instituições, algumas ancestrais, de mediação. Em tempos recentes, é de mencionar a criação experimental dos centros de Justiça de bairro nos EUA e os *conciliateurs* em França⁽²⁴⁾. Em Portugal, algumas iniciativas no mesmo sentido no pós 25 de Abril não tiveram qualquer concretização (Sindicato dos Magistrados do M. P., 1982).

III

Para uma nova política judiciária

Passarei agora a mencionar as linhas de investigação mais promissoras no domínio da sociologia da administração da justiça e o seu possível impacto na criação do que designarei por uma «nova política judiciária».

1 — A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, económica e política. Esta democratização tem duas vertentes. A primeira diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos actos processuais e o incentivo à conciliação das partes, o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse em agir. A segunda vertente diz respeito à democratização do acesso à justiça. É necessário criar um Serviço Nacional de Justiça, um sistema de serviços jurídico-sociais, gerido pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais, que garanta a igualdade do acesso à justiça das partes das diferentes classes ou estratos sociais. Este serviço não se deve limitar a eliminar os obstáculos económicos ao consumo da justiça por parte dos grupos sociais de pequenos recursos. Deve tentar também eliminar os obs-

⁽²³⁾ Veja-se a caracterização geral destas alternativas em Santos (1982 a e 1982 c).

⁽²⁴⁾ A melhor colectânea de estudos sobre estas experiências é a de R. Abel (org.) (1982).

táculos sociais e culturais, esclarecendo os cidadãos sobre os seus direitos, sobretudo os de recente aquisição, através de consultas individuais e colectivas e através de acções educativas nos meios de comunicação, nos locais de trabalho, nas escolas, etc.

2— Estas medidas de democratização, apesar de amplas, têm limites óbvios. A desigualdade da protecção dos interesses sociais dos diferentes grupos sociais está cristalizada no próprio direito substantivo, pelo que a democratização da administração da justiça, mesmo se plenamente realizada, não conseguirá mais do que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade. Há pouco, um jurista chileno dizia que não fazia sentido lutar no seu país pelo acesso à justiça por parte das classes populares já que o direito substantivo era tão discriminatório em relação a elas que a atitude política democrática consistia exactamente em minimizar o acesso. Nos EUA os serviços jurídicos para os pobres acabaram muitas vezes por propor reformas no direito substantivo que dessem maior satisfação aos interesses dos seus clientes enquanto classe social.

29

No nosso país, sobretudo nos últimos dez anos, foi promulgada legislação que de modo mais ou menos afoito pretende ir ao encontro dos interesses sociais das classes trabalhadoras e também dos interesses emergentes nos domínios da segurança social e da qualidade de vida, por exemplo, a que são particularmente sensíveis as classes médias. Sucede, porém, que muita dessa legislação tem permanecido letra morta. Pode mesmo avançar-se como hipótese de lei sociológica que *quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada*. Sendo assim, a luta democrática pelo direito deve ser, no nosso país, uma luta pela aplicação do direito vigente, tanto quanto uma luta pela mudança do direito.

Aliás, mesmo com base no direito substantivo mais sedimentado na ordem jurídica portuguesa é possível, mediante interpretações inovadoras da lei, obter novas protecções para os interesses sociais até agora menos protegidos. Foi esta afinal a aposta do movimento que na Itália ficou conhecido pelo uso alternativo do direito (Barcellona, 1973, Calera *et al.*, 1978). Neste campo são várias as experiências um pouco por toda a parte. Referirei, a título de exemplo, o estudo que, com outros, realizei no Recife sobre os conflitos urbanos, sobretudo conflitos de propriedade da terra nos bairros marginais onde vive metade da população da cidade. Esta investigação revela que os habitantes dos bairros têm conseguido algumas

vitórias nos tribunais ainda que à partida os seus argumentos sejam relativamente frágeis em termos estritamente jurídicos. Estas vitórias configuram um autêntico uso alternativo do direito tornado possível pela argumentação tecnicamente sofisticada de advogados altamente competentes postos, gratuitamente, à disposição das classes populares pela comissão de Justiça e Paz da diocese de Olinda e Recife por iniciativa do bispo D. Helder Câmara (Santos, 1982 *b* e 1983; Falcão, 1984).

Mas também aqui, a interpretação inovadora do direito substantivo passa pelo aumento dos poderes dos juizes na condução do processo.

3— A diminuição relativa do contencioso civil detectada em vários países tem sido considerada disfuncional ou seja, como negativa em relação ao processo de democratização da justiça. A análise sociológica da persistência desse fenómeno revela que ela pode ser funcional para a prossecução de certos interesses privilegiados a quem a visibilidade própria da justiça civil prejudicaria. Se é certo que as classes de menores recursos tendem a não utilizar a justiça pelas razões que expusemos, a verdade é que as classes de maiores recursos tendem igualmente a resolver os seus litígios fora do campo judiciário. Isto tem sido observado em muitos países. Na Itália e nos EUA, por exemplo, parece claro serem as classes intermédias (pequenos e médios credores e proprietários, etc.) quem mais recorre aos tribunais (Resta, 1977) ⁽²⁵⁾. Estudos muito recentes realizados na Bélgica verificam igualmente a crescente marginalização das magistraturas económicas numa época de crise em que, sobretudo ao nível dos grandes grupos económicos e financeiros, as considerações de oportunidade económica sobrepujam largamente as considerações de legalidade económica (Jacquemin e Rémiche, 1984). A composição particularista e secreta de interesses económicos que, pela envergadura destes, afecta significativamente os interesses sociais globais, é feita muitas vezes com a conivência e a ratificação dos aparelhos políticos e administrativos do Estado, mas fora do escrutínio público a que a justiça civil os exporia. Este particularismo é, aliás, um dos factores de emergência de novas formas de pluralismo jurídico nas sociedades capitalistas avançadas, formas que constituem a expressão socio-jurídica do que em sede de ciência política se tem vindo a designar por neo-corporativismo.

⁽²⁵⁾ Nos EUA, o estudo mais recente e sofisticado foi levado a cabo na Universidade de Wisconsin-Madison. Veja-se uma panorâmica geral dos resultados em *Law and Society Review* 15 (1980-1981) dedicada ao tema «Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation».

Nestas condições não me parece possível que o Estado possa, através de medidas de dinamização da administração da justiça, absorver em futuro próximo estas formas de justiça privada como por vezes se designam. Quando muito, é possível que os grupos neo-corporativistas mais organizados venham a ter poder político suficiente para impor tutelas jurisdicionais diferenciadas mais afeitas à dinâmica interna dos seus interesses. Não me parece tão pouco que estes mecanismos de resolução dos litígios à margem do controlo do Estado sejam intrinsecamente negativos ou atentórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade. Tudo depende do conteúdo dos interesses em jogo e do impacto do seu comércio privado no processo de desenvolvimento democrático da sociedade no seu todo.

31

No entanto, é certo que muitas das reformas recentes da administração da justiça visam reduzir a sua marginalidade ou residualidade. Estão nestes casos as reformas de informalização da justiça a que fiz referência. As alternativas informais são uma criação jurídica complexa cujas relações com o poder do Estado devem ser analisadas, uma análise que fiz noutro lugar e que não repetirei aqui (Santos, 1982 a). Bastará dizer que nas experiências em curso o controlo ou supervisão do Estado varia muito e que nelas a questão do acesso não tem a ver com a assistência judiciária mas antes com a capacitação das partes em função das posições estruturais que ocupam. Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder socio-económico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes, etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais; a menos que os amplos poderes do juiz profissional ou leigo possam ser utilizados para compensar a perda das garantias, o que será sempre difícil uma vez que estes tribunais informais tendem a estar desprovidos de meios sancionatórios eficazes. A título de exemplo, refiro que após a criação do tribunal de habitação em Nova Iorque destinado a resolver de modo expedito, informal e desprofissionalizado, os conflitos entre inquilinos e senhorios o número de despejos aumentou (Lazerson, 1982). Os inquilinos tinham deixado de contar com os expedientes processuais utilizados pelos

advogados para suster ou desencorajar o despejo. Aliás, a situação que no futuro melhor e mais perigosamente simbolizará a dissociação entre justiça célere e justiça democrática decorrerá em meu entender das reformas hoje em curso com vista, não à informalização, mas antes à informatização da justiça, uma questão que não abordarei aqui.

4 — A contribuição maior da sociologia para a democratização da administração da justiça consiste em mostrar empiricamente que as reformas do processo ou mesmo do direito substantivo não terão muito significado se não forem complementadas com outros dois tipos de reformas. Por um lado, a reforma da organização judiciária, a qual não pode contribuir para a democratização da justiça se ela própria não for internamente democrática. E neste caso a democratização deve correr em paralelo com a racionalização da divisão do trabalho e com uma nova gestão dos recursos de tempo e de capacidade técnica. Por outro lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados sem a qual a ampliação dos poderes do juiz propostas em muitas das reformas aqui referidas carecerá de sentido e poderá eventualmente ser contraproducente para a democratização da administração da justiça que se pretende. As novas gerações de juizes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (económicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular. Esses conhecimentos têm de ser tornados disponíveis e, sobretudo no que respeita aos conhecimentos sobre administração da justiça no nosso país, esses conhecimentos têm ainda de ser criados, pelo que se saúda a recente criação, no âmbito do centro de Estudos Judiciários, do Gabinete de Estudos Jurídico-Sociais, cuja vocação parece ser precisamente a de gerar esse tipo de conhecimentos.

É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios, mas isso como se viu vai no sentido de muitas propostas e não apresenta perigos de maior se houver um adequado sistema de recursos. Por outro lado, ela tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideias sociais e políticas disponíveis na sociedade. Daqui resultará uma certa fractura ideológica que pode ter repercussões organizativas. Tal não deve ser visto como patológico mas sim como fisiológico. Essas fracturas e os conflitos a que elas derem lugar serão a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça. ■

**Referências
Bibliográficas**

- | | | |
|---------------------------------------|------|---|
| Abel, R. (org.) | 1982 | <i>The Politics of Informal Justice</i> , Nova Iorque, Academic Press, 2 vols. |
| Abel-Smith, B.,
et al. | 1973 | <i>Legal Problems and the Citizen</i> , Londres, Heinemann |
| Barcellona, P.
(org.) | 1973 | <i>L'Uso Alternativo del Diritto</i> , Bari, Laterza, 2 vols. |
| Ballé, C., et al. | 1981 | <i>Le Changement dans l'Institution Judiciaire</i> , Paris, Ministério da Justiça |
| Bentham, J. | 1823 | <i>Essais de J. Bentham sur la situation politique d'Espagne, sur la Constitution et sur le nouveau code espagnol, sur la Constitution du Portugal...</i> , Paris |
| Bickel, A. | 1963 | <i>The Least Dangerous Branch</i> , Indianapolis, Bobbs-Merrill |
| Blankenburg, E.
(org.) | 1980 | <i>Innovations in Legal Services</i> , Cambridge, Mass., O.G.H. Publishers |
| Blau, P. | 1955 | <i>The Dynamics of Bureaucracy</i> , Chicago, University of Chicago Press |
| Bohannon, P. | 1957 | <i>Justice and Judgement among the Tiv</i> , Londres, Oxford University Press |
| Cahn; Cahn | 1964 | «The War on Poverty: a Civilian Perspective», <i>Yale Law Journal</i> 73, p. 1317 |
| Calamandrei, P. | 1956 | <i>Procedure and Democracy</i> , Nova Iorque, New York University Press |
| Calera, N., et al. | 1978 | <i>Sobre el Uso Alternativo del Derecho</i> , Valencia, Fernando Torres |
| Caplovitz, D. | 1963 | <i>The Poor Pay More</i> , Nova Iorque, Free Press |
| Cappelletti, M. | 1969 | <i>Processo e Ideologia</i> , Bolonha, Il Mulino |
| Cappelletti, M.;
Garth, B. (orgs.) | 1978 | <i>Access to Justice</i> , Milão, Giuffrè |
| Carlin, J.;
Howard, J. | 1965 | «Legal Representation and Class Justice», <i>U.C.L.A. Law Review</i> 12, p. 381 |
| Casper, J. | 1976 | «The Supreme Court and National Policy Making», <i>American Political Science Review</i> 70, p. 50 |
| Clegg, S.;
Dunkerley, D. | 1980 | <i>Organization, Class and Control</i> , Londres, RKP |
| Conference
Proceedings | 1964 | <i>The Extension of Legal Services to the Poor</i> , Washington DC, U.S. Government Printing Office |
| Crozier, M. | 1963 | <i>Le Phénomène Bureaucratique</i> , Paris, Seuil |

Boaventura de
Sousa Santos

- Dahl, R. 1967 «Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker», *Journal of Public Law* 6, p. 279
- Dahrendorf, R. 1961 «Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht», in *Gesellschaft und Freiheit*, Munique
- Denti, V. 1971 *Processo Civile e Giustizia Sociale*, Milão, Edizioni di Comunità
- Diaz, E. 1978 *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*, Madrid, Civitas
- 34 Di Federico 1968 *Il Recrutamento dei Magistrati*, Bari, Laterza
- Durkheim, E. 1977 *A Divisão do Trabalho Social*, Lisboa, Presença
- Easton, D. 1965 *A Framework for Political Analysis*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall
- Ehrlich, E. 1929 *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlim, Duncker e Humblot
- Ehrlich, E. 1967 *Recht und Leben*, Berlim, Duncker e Humblot
- Evans-Pritchard, E. 1969 *The Nuer*, Nova Iorque, Oxford University Press
- Falcão, Joaquim A. (org.) 1984 *Conflito de Direito de Propriedade. Invasões Urbanas*. Rio de Janeiro, Forense
- Fano, E. et al. (orgs.) 1983 *Trasformazioni e Crisi del Welfare State*, Regione Piemonte, De Donato
- Ferrari, V. 1983 «Sociologia del Diritto e Riforma del Processo», *Studi in Honore de Renato Treves*, Milão, Giuffrè, p. 338
- Gluckman, M. 1955 *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, Manchester University Press
- Grossman, J.; Wells, R. (orgs.) 1980 *Constitutional Law and Judicial Policy Making*, Nova Iorque, John Wiley, 2.ª ed.
- Gulliver, P. 1963 *Social Control in an African Society. A Study of the Arusha: Agricultural Masai of Northern Tanganyika*, Londres, RKP
- Handler, J. 1978 *Social Movements and the Legal System*, Nova Iorque, Academic Press
- Heydebrand, W. 1977 «The Context of Public Bureaucracies: An Organizational Analysis of Federal District Courts», *Law and Society Review* 11, p. 759
- Heydebrand, W. 1979 «The Technocratic Administration of Justice» in S. Spitzer (org.) *Research in Law and Sociology*, vol. 2, p. 29
- Hogarth, J. 1971 *Sentencing as a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press

- | | | | |
|--|----------------|---|----|
| Jacob, H. (org.) | 1967 | <i>Law Politics and the Federal Courts</i> , Boston, Little Brown | |
| Jacquemin, A.;
Remiche, B.
(orgs.) | 1984 | <i>Les Magistrateurs Économiques et la Crise</i> , Bruxelles, CRISP | |
| Kalven Jr. H;
Zeisel, H. | 1966 | <i>The American Jury</i> , Boston, Little Brown | |
| Klein, F. | 1958 | <i>Zeit und Geistesströmungen in Prozesse</i> , Frankfurt, Klostermann, 2. ^a ed. | |
| Lazerson, M. | 1982 | «In the Halls of Justice, the Only Justice is in the Halls», in R. Abel (org.) (1982), vol. I, p. 119 | 35 |
| March, J.;
Simon, H. | 1958 | <i>Organizations</i> , Nova Iorque, John Wiley | |
| Macaulay, S. | 1966 | <i>Law and the Balance of Power: The Automobile Manufacturers and their Dealers</i> , Nova Iorque, Sage | |
| Montesquieu, C. | 1950-
-1961 | <i>L'Esprit des Lois</i> , Paris, Société Des Belles Lettres | |
| Moore, S. | 1970 | «Politics, Procedure and Normes in Changing Chagga Law», <i>África</i> 40, p. 321 | |
| Moriondo, E. | 1967 | <i>L'Ideologia della Magistratura Italiana</i> , Bari, Laterza | |
| Mouzelis, N. | 1968 | <i>Organization and Bureaucracy</i> , Nova Iorque, Aldine | |
| Nagel, S. | 1969 | <i>The Legal Process from a Behavioral Perspective</i> , Homewood, The Dorsey Press | |
| Note | 1967 | «Neighborhood Law Offices: The New Wave in the Legal Services for the Poor», <i>Harvard Law Review</i> 80, p. 805 | |
| Oberschall, A. | 1973 | <i>Social Conflict and Social Movements</i> , Englewood Cliffs, Prentice-Hall | |
| Pagani, A. | 1969 | <i>La Professione del Giudice</i> , Milão, Einaudi | |
| Piven, F.;
Cloward, R. | 1971 | <i>Regulating the Poor: The Function of Public Welfare</i> , Nova Iorque, Random | |
| Piven, F.;
Cloward, R. | 1977 | <i>Poor Peoples Movements</i> , Nova Iorque, Random | |
| Podgorecky, A.
et al. | 1973 | <i>Knowledge and Opinion about Law</i> , Londres, Martin Robertson | |
| Pound, R. | 1911-
-1912 | «The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence», <i>Harvard Law Review</i> 24, p. 591; 25, p. 440 | |
| Reifner, U. | 1978 | <i>Gewerkschaften und Rechtshilfe um die Jahrhundertwende in Deutschland</i> , Berlim, Wissenschaftszentrum | |
| Resta, E. | 1977 | <i>Conflitti Sociali e Giustizia</i> , Bari, De Donato | |

Boaventura de
Sousa Santos

36

- Rheinstein, M. (org.) 1967 *Max Weber on Law in Economy and Society*, Nova Iorque, Simon e Schuster
- Richter, W. 1960 «Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine Berufs-sozialstatische Analyse», *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts und Gesellschaftspolitik* V
- Ruivo, F.; Leitão Marques, M. M. 1982 «Comunidade e Antropologia Jurídica em Jorge Dias: Vilarinho da Furna e Rio de Onor», *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10, p. 41
- Santos, B. S. 1974 *Law against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, Cuernavaca, CIDOC
- Santos, B. S. 1977 «The Law of the Oppressed: the Construction and Reproduction of Legality in Pasargada», *Law and Society Review* 12, p. 5
- Santos, B. S. 1980 «O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (Número Especial)
- Santos, B. S. 1982a «O Direito e a Comunidade: As Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados», *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10, p. 9
- Santos, B. S. 1982b *Law State and Urban Struggles in Recife, Brazil*, Madison, University of Madison
- Santos, B. S. 1982c «A Participação Popular na Administração da Justiça» in Sindicato dos Magistrados do M.P. (1982), p. 83
- Santos, B. S. 1983 «Os Conflitos Urbanos no Recife: O Caso do Skylab», *Revista Crítica de Ciências Sociais* 11, p. 9
- Savigny, F. C. von 1840 *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr
- Schubert, G. 1960 *Constitutional Politics: The political Behavior of Supreme Court Justices and the Constitutional Policies that they make*, Nova Iorque, Holt, Rinehart e Winston
- Schubert, G. (org.) 1963 *Judicial Decision-Making*, Nova Iorque, Free Press
- Schubert, G. 1964 *Judicial Behavior: A Reader in Theory and Research*, Chicago, Rand McNally
- Schubert, G. 1965 *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*, Evanston, Northwestern University Press
- Selznick, P. 1949 *TVA and the Grass Roots*, Berkeley, University of Chicago Press
- Shapiro, M. 1975 «Courts» in Polsby e Greenstein (orgs.) *Handbook of Political Science*, Reading, Mass., Addison-Wesley, vol. V, p. 348

- | | | | |
|-----------------------------------|------|---|----|
| Sindicato dos Magistrados do M.P. | 1982 | <i>A Participação Popular na Administração da Justiça</i> , Lisboa, Livros Horizonte | |
| Toharia, J. | 1974 | <i>Cambio Social y Vida Jurídica en España</i> , Madrid, Cuadernos Para el Dialogo | |
| Toharia, J. | 1975 | <i>El Juez Español. Un Analisis Sociológico</i> , Madrid | |
| Touraine, A. | 1965 | <i>Sociologie de l'Action</i> , Paris, Seuil | |
| Touraine, A. | 1973 | <i>Production de la Societé</i> , Paris, Seuil | |
| Treves, R. | 1975 | <i>Giustizia e Giudici nella Societá Italiana</i> , Bari, Laterza, 3. ^a ed. | 37 |
| Treves, R. | 1960 | <i>Introduzione alla Sociologia del Diritto</i> , Milão, Einaudi, 2. ^a ed. | |
| Trubek, D. et al. | 1980 | «Legal Services and the Administrative State: From Public Interest Law to Public Advocacy», in E. Blankenburg (org.), 1980, p. 131 | |
| Ulmer, S. | 1962 | «The Political Party Variable in the Michigan Supreme Court», <i>Journal of Public Law</i> 11, p. 352 | |
| Ulmer, S. | 1979 | «Researching the Supreme Court in a Democratic Pluralist System: Some Thoughts on New Directions», <i>Law and Policy Quarterly</i> 1, p. 53 | |
| Van Velsen | 1964 | <i>The Politics of Kinship</i> , Manchester, Manchester University Press | |
| Vaz, Pessoa | 1976 | <i>Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial</i> , Coimbra | |
| Vico, Giambattista | 1953 | <i>Opere</i> , Milão, Ricardi | |
| Weber, M. | 1964 | <i>Wirtschaft und Gesellschaft</i> , Colónia, Kiepenheuer e Witsch | |
| Weisbrod, B. et al. (org.) | 1977 | <i>Public interest Law</i> , Berkeley, University of Chicago Press | |

Comentário de
Álvaro Laborinho Lúcio

Director do Centro
de Estudos Judiciários

38

No nosso panorama jurídico e judiciário é sempre de saudar, pela sua escassez, qualquer trabalho versando a SOCIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA, e muito mais o é quando, como no caso presente, se não trata de um trabalho qualquer!

Rareando entre nós a investigação empírica que outros desenvolveram oportunamente; tem-se bastado a cultura portuguesa, neste domínio, com breves abordagens de cunho essencialmente teórico mais voltadas para o estudo, indispensável, do objecto e dos métodos da sociologia, do que para o ensaio da sua aplicação quer na definição dos contornos e do conteúdo dos problemas, quer na busca crítica de soluções alternativas que permitam ultrapassá-los. É assim que, também no domínio da administração da justiça, cuja crise se reconhece, a procura legítima e empenhada de vias alternativas se esgota, as mais das vezes, no interior normativo do sistema, do mesmo passo que se atribui ainda à actividade que a caracteriza traços de uma mitologia que não encontra já correspondência nas aquisições culturais dos últimos dois séculos. É assim que o debate em torno das regras que hão-de pautar os novos quadros de organização judiciária, embora rico nas suas intenções de mudança, se devolve em esterilidade prática, que o desenvolvimento da crise não deixa iludir. É por isso que a questão deve sair dos limites fechados das soluções sistemáticas adquiridas e partir em busca de novos pressupostos, de raiz epistemológica diversa e de extracção cultural geral, capazes de estabelecerem um espaço pluridimensional de investigação onde o problema em análise readquirira a sua dimensão total de relação, deixando os marcos limitados de uma definição atomística e pura.

Tomando como ponto de partida a «INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA» que agora se publica, respigaremos, a título de exemplo, o significado positivo atribuído ao «reforço dos poderes do juiz na apreciação da prova e na condução do processo», como integrando algumas das

reformas ocorridas nos últimos anos, ao mesmo tempo que se coloca a questão da formação do magistrado sublinhando o papel que cabe, também aí, entre nós, ao Centro de Estudos Judiciários.

Arrancando a competência hoje conferida aos Tribunais enquanto órgãos de soberania, de uma relação de representação ética da própria comunidade, haverá que exigir-se daqueles não apenas uma intervenção de natureza formal, de meros árbitros de uma realidade de conflito cuja solução final se situe fora da componente vinculada da decisão a proferir, mas antes uma acção técnica e moralmente comprometida com o resultado final de cada pleito enquanto exercício, no concreto, do interesse geral postulado na comunidade e que àqueles Tribunais cabe administrar. Aí se radica não apenas a necessidade mas também a lógica do aumento dos poderes do Tribunal ainda incipientemente conseguido.

Situando-se, porém, a questão no domínio último da aplicação do direito ao caso ou conflito carecido de composição, àquele aumento de poderes não poderá deixar de corresponder a paralela adição de instrumentos de conhecimento e de informação que, justamente em face da natureza específica da aplicação judiciária do direito, há-de procurar-se fora da ciência normativa e, privilegiadamente, no campo das ciências sociais, aí relevando o papel a atribuir à sociologia.

Faz aqui sentido, por isso, o recurso à referida distinção entre «*law in books*» e «*law in action*», fazendo corresponder à primeira a chamada «*sociologia genética*» e, à segunda a «*sociologia operacional*». Assim, esta ganha a dimensão de uma verdadeira sociologia judiciária cujo conteúdo se analisará em duas vertentes estruturais que lhe marcam o objecto essencial: por um lado, enquanto *sociologia da administração da justiça* em sentido restrito, caber-lhe-á o estudo e a crítica do funcionamento da máquina judiciária e, em geral, dos tribunais e bem assim o contributo para a adopção de novas soluções alternativas, dada a sua especial vocação para a detecção e definição das situações de bloqueio e de ineficácia quantitativa e qualitativa. Por outro lado, enquanto *sociologia geral*, do ponto em que se afirma como ciência do facto na sua expressão mais ampla de incidência histórica, cultural, económica e política.

Como consequência extrair-se-á uma concepção interdisciplinar da aplicação do

direito o que, no plano formal da administração da justiça, não poderá deixar de ter incidência na esfera da organização judiciária, institucionalizando-se formas e instrumentos de intervenção adequados; e, no espaço material da formação de magistrados, não dispensará um leque de matérias e um método crítico de abordagem capazes de os situarem cultural e tecnicamente.

Ao contributo já clássico que a sociologia do direito vem propondo essencialmente a partir do século XIX, acresce agora, entre nós, aquele que se adivinha em fase de explosão dado o advento da investigação empírica, por um lado, e tendo em conta a abertura cultural própria de uma sociedade democrática, por outro, propiciando campo vasto para o desenvolvimento de uma verdadeira sociologia da aplicação do direito.

Como exemplo fica já esta INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA na qual se evidenciam o rigor científico, o sentido crítico e o cunho polémico abrindo a discussão e potenciando a diferença sempre motivadora.

Outros passos, por certo, se seguirão! ■

Comentário de Ricardo A. Velha

Juiz Desembargador
Director da «Tribuna da Justiça»

1. Para ultrapassar as desigualdades reais que se opõem à proclamada igualdade jurídica dos cidadãos, a Lei Fundamental reconhece no seu art. 20.º, em harmonia com o art. 13.º, que todos têm direito à informação e à protecção jurídica, nos termos da lei, e a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

O direito ao direito e acesso aos tribunais é, pois, um direito fundamental constitucionalmente reconhecido.

E o que se tem feito em seu cumprimento? Nada, absolutamente nada.

Continuamos, por isso, a reger-nos pela Lei n.º 7/70, de 9 de Junho, da Assistência Judiciária, e respectivo Regulamento, aprovado pelo Decreto n.º 562/70, de 18

de Novembro, que visa apenas suprir as deficiências económicas de quem tem de recorrer aos Tribunais.

Daí a sua insuficiência para responder ao preceito constitucional, por não corresponder aos aspectos sócio-culturais postos em relevo no trabalho de Boaventura de Sousa Santos, e que só por si são uma barreira à democratização da Justiça, como o autor demonstra.

Mas mesmo no aspecto económico, o diploma é insuficiente, porque não assegura ao assistido uma representatividade jurídica capaz e eficiente. Principalmente porque, sem o incentivo da vantagem económica que é a alavanca do exercício de uma profissão liberal, o patrocínio com assistência judiciária é exercido, salvo honrosas excepções, num plano de interesse secundário, como um dever para que o advogado não se sente vocacionado, e porque normalmente é confiado a advogados ou estagiários inexperientes, seja qual for a natureza da causa.

Há cerca de vinte anos, numa comarca dos arredores de Lisboa, onde ocorriam muitas acções de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, não contestadas na sua generalidade, para jurisdicionalizar situações de ruptura há muito ultrapassadas por outras carenciadas de legitimação, ouvíamos dizer aos funcionários do tribunal, que estavam mais em contacto com as realidades locais, que alguns advogados levavam dois mil escudos só pela simples obtenção da assistência judiciária! E assim era completamente frustrado o fim do regime assistencial.

Com a explosão da afirmação dos direitos fundamentais em consequência do 25 de Abril, o direito de acesso ao direito tornou-se uma questão essencial. E a nível da Ordem dos Advogados desenvolveu-se uma experiência de consulta jurídica gratuita, cujo nível de eficácia e de desenvolvimento foram sempre limitados, segundo cremos, pois embora a princípio vivida com algum entusiasmo, não podia conter a solução das necessidades, nem podia constituir numa obrigação para os advogados.

Em 19 de Outubro de 1978, o então (e actual) Ministro da Justiça, Dr. Mário Raposo, dava posse a uma Comissão de Acesso ao Direito, porque o «Direito existe para ser conhecido e aplicado». Aí reconhecia, relativamente ao direito à protecção jurídica, a existência de «múltiplas

situações de natureza económica, social, cultural e mesmo psicológicas que, demasiadas vezes, a ultrapassam», e que «a protecção jurídica pré-judiciária ou para-judiciária não está, entre nós, legislativamente consagrada». E perguntava: «Para que servirá aos homens o Direito se não conhecem os seus direitos?»

Informava nessa ocasião que «em 2 de Março de 1978, o Comité de Ministros do Conselho da Europa emitiu uma Resolução (78-8) sobre a Assistência Judiciária e, mais amplamente, sobre Consulta Jurídica, que, tendo sido aceite por Portugal, virá implicar que, em prazo previsivelmente não muito dilatado, o Ministério da Justiça tenha de impulsionar um conjunto de acções, designadamente de carácter legislativo, em ordem a dar resposta a essa perspectiva mais larga da protecção jurídica».

Na mesma altura (Boletim M. J. 280, pág. 9 e segs.) o Presidente da Comissão designada, Dr. Ângelo de Almeida Ribeiro, hoje Provedor de Justiça e paladino dos direitos humanos, predisposto, como disse, «a apresentar um trabalho útil e não destinado a ficar na gaveta», tanto mais que contava com «sérios e apropriados estudos sobre a matéria, da Direcção dos Negócios Jurídicos do Conselho da Europa», e reconhecendo que «vários países europeus já possuem uma organização muito aperfeiçoada e consideram a informação jurídica dos cidadãos, e bem assim a assistência judiciária, como autênticos serviços públicos, dispendo de folgados orçamentos e fontes de receita», *não obstante as dificuldades de solução do problema no nosso país, — por não ser justo que o fosse à custa dos advogados*, os quais rejeitam a ideia de socialização do direito, e que «depois de um dia de intenso e preocupante trabalho nem sempre os advogados se encontram disponíveis para tarefas de bom samaritano» — não rejeitou o encargo porque «o direito à saúde, o direito à educação, o próprio acesso à Justiça, são direitos fundamentais duma sociedade moderna.»

Em Portugal tem sido, pois, na óptica dos advogados que exercem uma profissão liberal que o problema tem sido encarado. Certamente por isso, até hoje ainda não foi resolvido e, contra os auspícios do Dr. Almeida Ribeiro, o trabalho da Comissão ficou mesmo na gaveta.

Há que concluir, portanto, que em tal plano a questão é sempre subordinada,

como manifestação de caridade a favor dos pobres, revelando-se uma antinomia essencial entre os interesses da advocacia exercida como profissão liberal e a realização do acesso ao direito como direito fundamental.

Por isso, embora sejam de louvar e apoiar todas as iniciativas, da Ordem dos Advogados ou de outras instituições particulares, à semelhança inclusivamente do que acontece em vários países estrangeiros, com experiências muito interessantes, pautadas por vezes por grande idealismo e sentido de solidariedade social, no sentido de minorar as consequências do incumprimento do preceituado constitucionalmente, só a criação de um Serviço Nacional de Justiça, como preconiza Boaventura de Sousa Santos, com esse ou outro nome, pode corresponder à solução do problema, dando lugar a um corpo de advogados públicos ou oficiosos, sujeitos eventualmente à disciplina do Conselho Superior da Magistratura, onde terão os seus representantes próprios para o efeito, mas exercendo as respectivas funções com um estatuto específico, que garanta a independência, liberdade e responsabilidade próprias, na estrita defesa dos direitos confiados, com respeito pela lei, como as funções desempenhadas pelo M. P. face ao poder judicial, e usufruindo de uma remuneração fixa paga pelo orçamento do Estado, em consideração da dignidade da função, completada com uma remuneração variável a processar pelo Gabinete de Gestão Financeira do Ministério da Justiça, com verbas provenientes da procuradoria das custas judiciais, em função de uma pontuação a determinar pelo número e natureza de intervenções. O serviço de consultas seria organizado de modo a garantir a sua genuinidade, e não seria admitida a advocacia livre a tais advogados públicos, embora se admitisse a renúncia para enveredarem pela advocacia livre (e vice-versa).

Só através de um serviço deste tipo e com largas obrigações no plano da informação jurídica se dará efectivo cumprimento ao art. 20.º da Constituição da República.

Não contra a Ordem dos Advogados, instituição tradicional na nossa civilização, por isso com o seu lugar próprio, mas com ela e a seu lado, e até com a sua colaboração, porque ela por si não pode satisfazer todas as necessidades sociais.

Todavia, não vai ser fácil um empreendimento desta natureza, para o qual é fun-

damental a vontade política. Como afirmou, porém, o Dr. Mário Raposo no dia 19 de Abril de 1985, na 1.ª sessão do colóquio organizado pela Associação para o Progresso do Direito em colaboração com a Associação Sindical dos Magistrados Judiciais, «é o próprio Estado que deve intervir para resolver os problemas da Justiça. Enquanto esta realidade não estiver resolvida, terei, por exemplo, de pôr de parte a problemática do acesso ao direito».

2. A simplificação operada com o diploma intercalar de processo civil (Decreto Lei n.º 242/85, de 9 de Julho) já trouxe algumas vantagens na aceleração processual, sendo embora indispensável aprofundá-la. Todavia, o volume de processos é de tal modo elevado, afectando a qualidade da Justiça e tornando desumana a vida dos juizes, que só uma profunda e prioritária alteração da organização judiciária pode constituir um avanço significativo na resolução da crise da Justiça.

Como dizia o Conselheiro Rodrigues Bastos, durante uma mesa redonda realizada no dia 5 de Novembro de 1985 no Centro de Estudos Judiciários, chamando a atenção para as deficiências da organização judiciária (cf. *Tribuna da Justiça*, 13, pág. 4), «o que nos rege em matéria de organização judiciária é a legislação de 1862!» Mais de um século, duas grandes guerras mundiais, profundas transformações sociais e económicas, técnicas e científicas, no centro já da era da informática, e em Portugal os tribunais e as comarcas correspondem praticamente ao que eram na época da monarquia!

Quanto à organização interna dos tribunais basta dizer-se que, numa época em que devia ser obrigatória, pelo menos, a dactilografia de todas as decisões judiciais, como requisito fundamental da sua inteligibilidade, ainda os juizes não dispõem em seu auxílio do serviço efectivo de simples dactilógrafos para escreverem as suas sentenças! Se o querem fazer, têm eles próprios de aprender a fazê-lo!

Importa, pois, como concluiu o referido Conselheiro, reformar profundamente, refundir por completo, a organização judiciária.

Prepara-se, no Ministério da Justiça, uma nova Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, que não pode, pelo que se verifica, comportar meras alterações de forma superestruturais, se os responsáveis por ela querem efectivamente dotar o país de um

instrumento que contribua seriamente para resolver os problemas da Justiça, e não apenas fazer mais um diploma que seja diferente do anterior.

Fundamental é determinar, pela investigação sociológica adequada, quais as reais necessidades judiciárias do país, actuais e tendenciais, avaliar os meios técnicos de que se dispõe e que devem ser postos ao serviço dos tribunais, ponderar as reais capacidades e rendimento a exigir dos juizes em condições humanamente aceitáveis, fixando-se números de contigência a respeitar em correlação com isso, para que os juizes não sejam as eternas vítimas da desproporção entre as necessidades e as possibilidades de as satisfazer e, com base nestas condições, desenvolver um plano de reestruturação e de reorganização dos tribunais em moldes modernos e eficientes, para dar resposta capaz às necessidades de Justiça da sociedade global.

É neste sentido que as sugestões de Boaventura de Sousa Santos merecem em geral a nossa concordância, porque representam um trabalho sério e de elevado espírito científico na busca de soluções, que bem merece ser compreendido e considerado nas altas esferas da política que conduz o país, carecido que está de soluções verdadeiras.

Dentro dos mesmos objectivos, temos como aliciante a experiência de estruturas paralelas alternativas aos tribunais, nas quais a conciliação e a equidade sejam a base de resolução das questões, desde que possam assentar na gratuidade de intervenção e na concessão de latos poderes de averiguação a tais estruturas, sem grandes exigências formais, mas exclusivamente no âmbito de agrupamentos sociais diferenciados.

Creemos que a função judicial só tende a valorizar-se socialmente na medida em que se debruça reflectidamente sobre litígios de alto significado social, humano e patrimonial. Pelo contrário, burocratiza-se e degrada-se na apreciação caudalosa de questões de menor significado.

A Constituição da República permite tais estruturas alternativas: art. 217.º, n.º 2. Todavia, estamos em crer que não encontrarão eco significativo no meio judicial, não só pelos interesses ligados à administração tradicional da justiça portuguesa, mas porque a nossa sociedade revela ainda pouca propensão ou confiança para deixar de reconhecer à exclusividade dos

tribunais como órgãos vocacionados para a definição de litígios, e porque os próprios juizes não estão predi-postos psicologicamente a admitir que a Justiça possa ser alcançada fora do âmbito dos Tribunais, integrados de juizes de carreira, ou da órbita da sua competência específica.

3. António Sérgio via no juiz o representante do interesse geral (*Democracia*, Cadernos da Seara Nova, Lisboa, 1938). Todavia, já hoje não se dispensa a investigação sociológica nos planos da elaboração das leis e da sua interpretação e o próprio momento da decisão é questionado pela influência de factores ideológicos, culturais e sociais do próprio juiz.

Reconhece-se, por isso, para que a Justiça seja mais objectiva, que se torna indispensável, cada vez mais, libertar o juiz para mais amplos conhecimentos das ciências sociais, o que desde logo na sua formação deve ser considerado decisivamente, porque só assim estarão em condições de poderem ultrapassar as suas próprias limitações no âmbito da sua liberdade de livre apreciação das provas e decisão consciente da matéria de direito. É que verdadeiramente o juiz independente é o que pode superar-se nas suas perspectivas e interesses pessoais para alcançar os valores legais a preservar na decisão que é a sua responsabilidade perante a sociedade global, que nele deposita a sua confiança.

Quando da instituição do direito de preferência a novo arrendamento para habitação, nos termos do art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 420/76, de 28 de Maio, e a despeito de o relatório do diploma dizer expressamente que «com o presente diploma visa-se garantir o direito à habitação» das pessoas que habitavam a casa à data da caducidade do arrendamento por morte do arrendatário, logo se formaram duas correntes interpretativas a nível dos nossos tribunais. Uma, considerando tal direito de preferência um direito potestativo a novo arrendamento da pessoa nas condições previstas pela lei em relação ao senhorio, o que legitimava a sua posse, evitando a desocupação da casa até à celebração do contrato de arrendamento. Outra corrente, alimentada por um purismo conceitual na tradição dos juizes mais impermeáveis à abertura sociológica, porfiava na interpretação de que, tratando-se de um direito de preferência, só se podia entender no sentido de haver direito a novo arrendamento se o senhorio se dispusesse a arrendar a casa a terceira pes-

soa, depois de a mesma ter sido desocupada por todos os ocupantes anteriores.

Não vale a pena falar dos inconvenientes que resultaram desta última interpretação. Mas o certo é que foi preciso nova intervenção legislativa para pôr cobro à questão com o Decreto-Lei n.º 328/81, de 4 de Dezembro, que consagrou do modo mais explícito a existência de um direito pessoal a novo arrendamento contra a vontade do senhorio.

Eis um exemplo da importância que constitui, designadamente, a formação sociológica dos juizes, e a razão por que deve ser fomentada, mas também revelador de que o legislador deve procurar ser o mais explícito possível na formulação do seu pensamento. Só assim se poderão evitar apreciações da mentalidade dos juizes como a que lhes faz o Professor Orlando de Carvalho em «Alguns Aspectos da Negociação do Estabelecimento», (*Rev. de Leg. e Jur.*, ano 114.º, pág. 360): «...propriedade imobiliária — que disfruta, ainda hoje, de um enraizado prestígio ao nível da jurisdição em Portugal (e porventura — numa sequela dessa ideologia feudal «transformada» de que, muito agudamente, POULANTZAS nos falou) com um entono mais ou menos revanchista em face do favor que, a partir de 1910, a legislação deu ao inquilino comerciante — está na origem da resistência dos juizes...» ■

Comentário de Vitor Wengorovius

Advogado

1. O estudo de Boaventura de Sousa Santos é a primeira incursão séria, em termos de Sociologia do Direito, em áreas que se incluem no tema fundamental da Administração da Justiça.

Foi por isso com alegria que o li.

A óptica teórica do texto é manifestamente interessante, levantando questões sociológicas que merecem aprofundamento, as quais, no entanto, não cabem nos limites deste despretencioso comentário.

Farei, por isso, apenas uma apreciação baseada na experiência de advogado e de pessoa que se tem preocupado com as matérias envolvidas.

2. No domínio do acesso à justiça muito, quase tudo, há a fazer entre nós.

As disposições legais relativas à assistência judiciária, embora na Lei n.º 7/70 se diga que «têm direito à assistência todos aqueles que se encontrem em situação económica que lhes não permita custear as despesas normais do pleito», não contém, nem nessa lei nem no Regulamento da Assistência Judiciária, formas eficazes de apurar quem tem verdadeiras razões de requerer essa assistência. Sendo o sistema baseado em meros requerimentos soltos, individuais, dos interessados aos Tribunais, sem qualquer enquadramento institucional, sucede com frequência, na prática, que a assistência é concedida a quem dela poderia não carecer e não é concedida a quem dela precisa.

Por outro lado, e este ponto é aliás salientado no ensaio de Boaventura de Sousa Santos, não há qualquer difusão pública nem informação suficiente sobre estas matérias.

Quanto à nomeação de advogados, é feita pelo juiz, em princípio mediante escalas elaboradas previamente (Lei 7/70, Base VIII, e Regulamento, art. 18.º) pela Ordem dos Advogados e pela Câmara dos Solicitadores. Mas verificam-se imensas deficiências no sistema. Por um lado a nomeação recai sobre qualquer desses profissionais mesmo que não esteja interessado nisso ou não trabalhe habitualmente naquela área jurídica do caso em questão (há, por exemplo, nomeações frequentes para o patrocínio de causas penais de profissionais que às mesmas se não dedicam, nem estão assim dentro da evolução em pormenor do respectivo direito processual). O que não pode deixar de gerar falta de motivação ou até de preparação específica. Por outro lado não é, em geral, feita uma triagem dos casos e com alguma frequência são nomeados para questões sem qualquer possibilidade séria de colocação ou defesa judicial.

Acresce que embora se preveja que «a decisão final da acção fixará os honorários do advogado e do solicitador do assistido, que responderá pelo pagamento, quer seja vencido, quer vencedor» (Base IX, n.º 1), logo na Base X, da Lei 7/70, se diz que «A obrigação de pagamento de custas e honorários só é exigível quando o devedor, beneficiário da assistência, adquira meios que lhe permitam efectuá-lo».

Em consequência, o defensor officioso pouco ou nada recebe e suporta mesmo do seu bolso muitas despesas (de deslocações, administrativas de escritório, de telefones, etc.)...! O Estado, por sua vez, tem-se mantido ausente da concretização deste «direito charneira», ressalvada apenas a limitada intervenção do poder judicial atrás enunciada.

A Ordem dos Advogados vem propondo desde há vários anos um sistema de advocacia convenionada (uma das hipóteses mencionada no estudo em apreciação) sem que tenha havido qualquer resposta oficial positiva, pelo menos a nível prático e público.

Recentemente, diversos sectores de advogados e juizes ou magistrados do Ministério Público têm levantado a conveniência de se instituir antes, pelo menos nas cidades grandes (com advocacia convenionada nas restantes zonas), um sistema semelhante ao que é descrito no ensaio de Boaventura de Sousa Santos e que vigora nos E. U. A., em articulação também com algumas associações (de inquilinos, pequenos proprietários, sindicais, pequenos patrões), que tem tido intervenção positiva na concessão de apoio consultivo e judiciário.

Trata-se portanto de um problema em aberto, de grande importância, e ao qual os diversos partidos e o Governo deviam dedicar séria atenção. Iniciativas recentes têm-no levantado na Assembleia da República e é de esperar assim que a questão passe a merecer um novo olhar.

3. A administração da justiça vem sofrendo desde há bastantes anos já de um primeiro condicionamento físico e outro cultural altamente limitativos da sua qualidade: em grande parte por falta de verbas, o número de magistrados é muito inferior ao necessário (embora a criação do Centro de Estudos Judiciários tenha sido, no plano da formação, um significativo passo em frente), e, por outro lado, quanto aos funcionários judiciais, não só há também limites numéricos como, sobretudo, não há qualquer escola ou centro de formação.

4. Quanto ao aprofundamento e definição do papel da magistratura e à consciência dos limites objectivos e subjectivos à sua «neutralidade», trata-se de matéria que começou muito recentemente a ser abordada, designadamente no sentido da consciencialização de que fala Boaventura de Sousa Santos, mas que defronta ainda

Boaventura de
Sousa Santos

grandes obstáculos culturais pela tendência dominante de se ver essa independência dos juizes (e a isenção dos funcionários judiciais) em termos abstractos os quais evitam, assim, muitas vezes a análise conveniente.

44 Uma pequena lacuna do trabalho em apreciação consistirá porventura na análise do papel dos advogados e seus condicionamentos e, ainda, do inter-relacionamento dos diversos componentes da actividade judiciária, de algum modo quase sempre, historicamente, «triangular» e dialéctica, matéria que a minha experiência profissional me faz supor aconselhar um início de tratamento teórico, até porque a administração da justiça não é apenas função dos magistrados.

5. Os mecanismos da resolução dos conflitos sociais em Portugal foram diversos e ricos nos últimos doze anos e essas experiências não foram ainda suficientemente estudadas.

Em qualquer caso a carência de diversificação dos Tribunais, com a criação de Tribunais (ou até, para certos conflitos pequenos, outras instituições) mais «leves», especializados e descentralizados, revela-se, segundo creio e tenho profissionalmente sentido, como uma orientação em qualquer caso a reter, para ir designadamente ao encontro da enorme diversidade e diferente «importância» dos problemas. Sem dúvida também será conveniente acentuar as experiências de conciliação (embora muitas vezes, na prática, mal realizadas) e de arbitragem.

São estas as considerações que numa curta síntese se me afiguram resultado da experiência e da reflexão que tenho efectuado. Não entro no domínio do direito substantivo (e sua relação com o direito adjectivo) pois alargaria este comentário excessivamente. ■