

política e sistema jurídico

O AVESSE DO DIREITO? *

*António Manuel Hespanha **

Quem lesse os jornais italianos da última semana de Fevereiro de 1993 teria a sensação que uma onda revolucionária varria a Itália. Os nomes mais soantes da política e da finança eram encarcerados. Pedia--se o levantamento da imunidade criminal de ministros e deputados. Alguns deles resignavam. O próprio Ministro da Justiça estava sob fogo cerrado e acabaria por se demitir, aguardando o momento de ter que prestar contas à Justiça. Eu estava então em Turim, num congresso sobre história do pensamento político. Um colega italiano, mais velho e mais conservador, lamentava-se-me da imagem que a Itália dava aos estrangeiros. Não tanto por causa das inenarráveis confusões e felonias em que a sua classe dirigente andava metida, mas pelo perturbador espectáculo de uma justiça em rebeldia contra o Estado. Magistrados — dizia-me angustiado — tinham ousado incriminar o Ministro da Justiça, «o seu próprio superior hierárquico»... De facto, este espectáculo de uma revolução política liderada pela magistratura constituía um espectáculo perturbador para a teoria clássica do Estado liberal e das relações entre a lei e a justiça. Punha o direito do avesso.

Mais de um ano passado, a situação política italiana mudou radicalmente. O *establishment* penta-partidário foi subvertido, a Democracia Cristã desapareceu e surgiram forças políticas novas e heterodoxas nos seus modos de agir. Apesar disso, muitos pensam que, ao nível da «alta política», muita da comoção do último ano possa ser reabsorvida e que muitos dos interesses abalados terão forças para restabelecer, embora em moldes diferentes, as suas posições de hegemonia.

Todavia, os demónios ainda não voltaram ao Inferno. A magistratura italiana, que disparou a crise, continua bem segura de si, encarre-

* Uma nota sobre o inconformismo jurídico nos últimos vinte anos.

** Professor Coordenador da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

gando-se ela própria de se expurgar — como aconteceu em Nápoles — dos seus elementos complacentes com a *mala vita*.

O exemplo italiano é contagiante. Em Espanha e mesmo em Portugal há também sinais de que a magistratura poderia acordar para esta tarefa de saneamento político e cívico de que a italiana foi pioneira. E, perante este espectro, não falta já quem, mais preventivamente do que repressivamente, previna contra as tentações de «protagonismo» dos juizes, levantando contra estes a velha bandeira do défice democrático da magistratura perante os «eleitos do povo» e conclamando a favor da defesa do «princípio democrático» contra o poder corporativo dos juizes.

1. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E LEGALISMO

É no início do século XIX que o princípio democrático vem estabelecer que a única legitimidade política é a legitimidade proveniente da vontade popular, manifestada pela eleição dos principais órgãos de soberania.

Perante a legitimidade democrática deviam curvar-se todas as antigas formas de legitimidade, desde a legitimidade de direito divino à oriunda da tradição.

No plano das fontes de direito, este princípio elevava a lei parlamentar — expressão da «vontade geral» — à dignidade de fonte primeira — se não única — de direito.

Perante a lei, o costume (antes legitimado pela tradição) devia ceder. Como devia ainda ceder a jurisprudência (legitimada pela competência técnica dos juizes). Pois, no Estado democrático, a legitimidade dos juizes é apenas indirecta, decorrendo apenas do facto de se tratar de um poder previsto na Constituição. Por isso, os seus veredictos não podem senão visar a aplicação estrita da lei. Os juizes não são mais do que a longa mão da lei.

Acresce que, de acordo com o princípio da separação dos poderes, formulado por Montesquieu e adoptado pelos novos Estados constitucionais, os poderes se devem respeitar mutuamente, não interferindo nas competências uns dos outros. Por isso, a edição do direito, a função legislativa, deve ser exercida em exclusivo pelo poder legislativo, sem interferência dos outros, nomeadamente do poder judicial.

Também a doutrina deixa de ter legitimidade para fazer construções autónomas, fundadas apenas na «natureza das coisas», na razão ou nos princípios, como aquelas que tinham constituído o cerne do direito desde as escolas medievais. Então, a principal fonte de legitimidade do direito era a autoridade técnica ou doutrinal dos sábios. Em contrapartida, agora, a única função legítima da doutrina é a de descrever a lei, de a interpretar (se possível, de acordo com a vontade do legislador histórico — interpretação *subjectiva*) e de integrar as suas lacunas, propondo aquela norma que o legislador histórico, se tivesse previsto o caso, teria formulado. Em alguns casos extremos, a interpretação dou-

trinai chega a ser proibida, determinando-se o recurso à interpretação autêntica (*refere législatif*).

Assim, todo o direito se reduz à lei, deixando de ser reconhecidas não só quaisquer outras fontes de direito, como quaisquer princípios supralegislativos a que a lei se deva dobrar.

A ênfase posta, no início do século XIX, no primado da lei explica--e também pelo facto de os movimentos reformistas da segunda metade do século XVIII se dirigirem, antes de tudo, contra o governo arbitrário, sendo que nesta ideia de governo arbitrário se compreende tanto a autocracia dos soberanos como a arbitrariedade dos tribunais. No Sul da Europa (Itália, França e Península Ibérica), esta última componente tinha sido, ainda, mais forte, suscitando um movimento de crítica à incerteza e hermetismo do direito doutrinal e jurisprudencial e reclamando leis claras e reformas judiciárias. Daí que o legalismo e a desconfiança no direito jurisprudencial se tenham transformado em componentes essenciais das propostas revolucionárias¹.

Por umas razões e por outras, o ideal de uma sociedade dirigida pela lei, sobretudo por uma lei clara, acessível a todos e, se possível, codificada torna-se numa das reivindicações mais presentes no novo ideário político.

2. AS LIMITAÇÕES DO LEGALISMO

Estes pontos de vista pressupunham, no entanto, a transparência democrática do Estado, ou seja, que a lei fosse, de facto, a expressão da vontade geral dos cidadãos. Ora, o carácter restrito da base social das democracias representativas², a partidocracia, a manipulação da vida política pelos governantes, a erupção da mediação dos burocratas, destruíram estes pressupostos. Do mesmo modo, a progressiva complexificação e tecnificação do discurso legislativo destruíram esse ideal de colocar, por meio de leis claras e códigos sintéticos, o direito ao alcance do povo.

Por outro lado, pudemos todos avaliar as consequências civilizacionais do primado absoluto da lei sobre quaisquer outros critérios jurídicos. Os totalitarismos contemporâneos não constituíram, no plano jurídico, senão o paroxismo da ideia de que a lei do Estado, a conveniência política ou o empenho no progresso económico-social, consomem todo o direito.

Por muito diversas que tenham sido, todas as correntes de reacção antipositivista revalorizaram, quer o momento doutrinal do direito — ou

¹ Referência bibliográfica básica: Latorre, 1978, 153-154; Wieacker, 1993, 524-527; sobre o reformismo judiciário, R. Ajello, *Arcana iuris. Diritto e política nel settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976.

² Em que a capacidade política era restringida, pelos requisitos censitários ou de um nível educacional mínimo, a um círculo social diminuto.

seja, o direito como uma produção normativa baseada na autoridade intelectual e técnica de um corpo especializado —, quer o seu momento jurisprudencial — ou seja, o direito como uma actividade casuística de realização da justiça.

Esta revalorização do direito «fora do Estado» combina-se com uma renovação dos pontos de vista sobre a função do «nível jurídico» nos processos de transformação social e política, até aí muito dependentes do marxismo clássico da III Internacional.

3. O MARXISMO OCIDENTAL DOS ANOS SESSENTA

O marxismo ocidental distanciou-se claramente, a partir do início dos finais da década de 60, do determinismo economicista que caracterizava o marxismo «oficial» da Terceira Internacional. O Estado e o direito seriam, decerto, quando globalmente considerados, instrumentos de classe servindo os interesses globais dos grupos dominantes. A sua funcionalização politico-social não seria, porém, absoluta.

A sociedade era irremediavelmente complexa e mesmo contraditória. As classes dominantes não conseguiam estender o seu domínio a todos os recantos da vida social. Existiam sempre espaços sociais — quer no plano das relações sócio-políticas, quer no das representações e do imaginário social — espaços dominados por lógicas diferentes e contraditórias com os interesses e mundividências dominantes. A própria existência do movimento operário e das suas organizações políticas, em plena sociedade capitalista, aí estavam a prová-lo. O mesmo se passaria com a cultura juvenil e *underground* (popularizada pelos grandes nomes da cultura *pop* contestatária dos anos sessenta, como James Dean, Jack Kerouac, Andy Wharrol ou *The Beatles*, e bem expressa nos temas pacifistas, alternativos e solidários da geração *hippy*), com o movimento contestário dos estudantes (Maio de 68), com os movimentos feministas. Ou, no plano da grande política internacional, com a existência de um bloco de Estados socialistas, mas, sobretudo, com os relativos êxitos do movimento dos países «não alinhados», dos movimentos guerrilheiros e anti-imperialistas da América Latina (Che Guevara e Fidel Castro) ou dos movimentos africanos pan-africanos, *anti-apartheid* e de libertação, nomeadamente na África e no Vietname.

Do ponto de vista teórico, a existência deste relativo pluralismo politico-social justificou-se por um entendimento novo da ideia de determinação da vida social pela lógica das relações económico-sociais (do modo de produção económico-social). Autores marxistas como António Gramsci, Louis Althusser ou Nicos Poulantzas vêm propor, com diversas apresentações teóricas, a ideia de que o «nível económico» apenas exerce uma determinação «em última instância», permitindo que, nos restantes níveis (como o político, o jurídico, o cultural, o da relação entre os sexos), se desenvolvam lógicas de organização ou imaginários sociais relativamente autónomos e até provisoriamente

contraditórios com a lógica global do sistema. O sistema social global seria determinado pelo «económico», mas *sobredeterminado* (i.e., su-plementarmente, ulteriormente, localmente, determinado) pelas relações sociais específicas que se desenvolveriam em cada um dos restantes níveis da prática humana.

Outros pegam na ideia de «modo de produção» — até aí reservada ao modo de produção económico — e aplicam-na autonomamente a cada um dos níveis específicos da produção social (produção jurídica, produção cultural, etc.). O resultado é uma imagem teórica do social como constituído por diversos sistemas de produção, cada qual dominado por uma lógica autónoma e interagindo todos uns com os outros no seio de um mesmo espaço social. Embora o conjunto acabasse por ser dominado pela lógica do nível mais decisivo, aquele em que se produziam as relações económicas de poder (o modo de produção económica). Outros, ainda, explicam esta relativa autonomia e eficácia própria dos níveis antes designados de «supra-estruturais» (entre os quais se encontra o direito) por efeitos de retorno (*feedback*), que faria com que eles pudessem, por sua vez, agir sobre a infra-estrutura, condicionando-a ou mesmo modificando-a.

As consequências da evolução do marxismo ocidental no domínio do pensamento social e das próprias práticas políticas foi muito grande.

De facto:

Permitiu uma análise marxista da sociedade e do poder que não reduzia tudo ao «económico» («anti-reducionismo», «anti-economicismo»), permitindo dar conta da complexidade dos mecanismos de criação e de reprodução das relações de poder;

Problematizou a ideia de um sistema rígido e monótono nas relações sociais, introduzindo não só a ideia de sistemas sociais com vários centros, abertos ao ambiente e à indeterminação, como a da importância da prática política concreta e individual («ousar pensar, ousar vencer», «a imaginação ao poder», *slogans* de Maio de 68).

No domínio jurídico, esta corrente de ideias valoriza de novo o direito, permitindo encará-lo, não apenas como um reflexo inerte das determinações económicas, mas como um nível autónomo, (i) que devia ser explicado em si mesmo (e não a partir das determinações sociais, políticas ou económicas) e (ii) a partir do qual se podia influir no desenho das relações sociais e políticas.

4. A «CRÍTICA DO DIREITO»

O primeiro aspecto leva a uma nova preocupação de compreender o modo como o direito sistemas de classificação e de hierarquização, normas e imagens da sociedade, que condicionam ou, até, instituem, relações de poder na sociedade. Trata-se das escolas de «crítica do direito» (*critique du droit, critical legal studies, Rechtskritik*), que se desenvolvem sobretudo em França, nos Estados Unidos e na Alemanha

a partir dos meados da década de 70³.

Embora os movimentos da «crítica do direito» — sobretudo em França — tenham dependido muito da crítica marxista do direito, pode encontrar-se para elas uma inspiração mais específica no pensamento da Escola de Franckforte (J. Habermas, Th. Adorno, H. Marcuse) que, nos anos sessenta, empreendeu uma desmontagem bastante sistemática dos pressupostos ideológicos da cultura (entendida no seu sentido mais vasto, desde a música ao senso comum) do mundo ocidental. No plano mais especificamente político, a Escola de Frankfurt procurou identificar as raízes mais profundas do modelo ocidental das relações de poder, tais como os sistemas de conceptualização e de classificação, as modalidades da comunicação, os modos de produção do saber, a geometria dos afectos, a organização familiar, o sistema escolar, etc.

Todos estes níveis de produção do poder são concebidos como artefactos culturais, *i.e.*, como produto de uma organização (ou «construção») «local» da realidade social levada a cabo por grupos sociais num certo momento histórico.

Também o direito é o resultado de uma produção arbitrária, local, histórica, de grupos sociais. Mas, para além disso, ele é também um instrumento de construção de representações (o sujeito de direito, o contrato, a propriedade, o Estado), de categorias (o louco, o criminoso, a mulher, o negro) e das hierarquias sociais correspondentes.

A função da crítica do direito é, por um lado, desvendar os impensados sociais que estão na raiz das representações jurídicas, desmitificando os pontos de vista de que o direito é uma ordem racional, neutra e fundada objectivamente na realidade social (*i.e.*, na natureza das coisas).

Mas, por outro lado, compete à crítica do direito revelar os processos por meio dos quais o direito colabora na construção das relações de poder. De que modo, por exemplo, contribuiu para criar a imagem social da mulher — como ser fraco, menos capaz e subordinado — que fundamenta os processos sociais de discriminação sexual (Teresa Beleza). Ou de que modo contribuiu para criar a realidade social do «louco» ou do «criminoso» e os processos sociais da sua marginalização (M. Foucault). Ou, finalmente, de que modo a fixação da atenção na coerção jurídica e estadual (*i.e.*, a ideia da centralidade do direito e do Estado) ocultam a violência das formas «doces» de disciplinamento, como a

³ Sobre estas escolas, a melhor síntese é a dos artigos «Critique du droit» (Michel Miaille) e «Critical legal studies» (R. Abel) em Arnaud, 1988. Outras sínteses: sobre o ramo americano (talvez o mais interessante), «Critical legal studies symposium», *Stanford law review*, 36 (1-2), 1984; R. Unger, «The critical legal studies movement», *Harvard law review* 96 (1983), 561 ss.; sobre o ramo francês, *Pour une critique du droit*, Paris, PUG-Maspéro, 1978. Revistas: *Procès*, *Kritische Justiz*, *Critica del diritto*.

família, os círculos de amizade, o envolvimento afectivo, o saber, a assistência pública.

5. O «USO ALTERNATIVO DO DIREITO»

Como se viu, o neo-marxismo insistiu no carácter complexo e relativamente pluri-centrado do sistema sócio-político. No domínio do direito, isso levou a pensá-lo como uma ordem não absolutamente vinculada aos interesses das classes dominantes, mas relativamente contraditória e, portanto, passível de vários usos políticos.

Este carácter contraditório do direito decorreria de dois aspectos.

Por um lado, o domínio das classes dominantes seria sempre «incompleto», pois os grupos dominados conseguiram fazer valer, em espaços limitados, pontos de vista próprios. A sociedade seria, assim, irreduzivelmente contraditória, partilhada entre projectos e valores político-sociais divergentes, embora hegemónizados pelas classes dominantes. O direito e o Estado — esses «resumos» da luta de classes, como lhes chamara K. Marx — seriam também caracterizados por essa natureza contraditória da sociedade. Embora globalmente dominados pelos poderes socialmente estabelecidos e funcionalizados aos seus interesses, não deixariam de reflectir o carácter «incompleto» das relações de dominação e os compromissos a que os grupos dominantes tinham, por isso, sido obrigados. Exemplo disto seriam aqueles ramos do direito em que os movimentos progressistas tinham conseguido impor normas de protecção dos grupos mais fracos. Era o caso, nomeadamente, do direito do trabalho e das garantias que ele tinha fixado a favor dos trabalhadores (horário de trabalho, descanso semanal, direito à associação sindical e à greve, etc.), fruto das lutas operárias, desde os finais do século XIX. Mas era também o caso das garantias e liberdades individuais, bem como das garantias jurídicas dos mais fracos (crianças, mulheres, pobres, doentes e diminuídos, inquilinos, etc.) fixadas na legislação do Estado-providência (*welfare State*, *Wohlfahrtstaat*), a partir dos anos 30. Tudo isto constituía compromissos no seio do direito, impostos pela ousadia e combatividade dos grupos dominados e contraditórios com os interesses das classes dominantes.

Este carácter *compromissório* do direito ainda seria mais forte pelo facto de a própria ideia de direito estar orientada para um ideal de igualdade, de equilíbrio (de «justiça»), de proscricção da violência aberta ou de opressão explícita de uns sobre os outros. E de, conseqüentemente, o jurista tender a imaginar o direito como a ponderação justa («razoável») de interesses políticos contraditórios e a imaginar-se a si mesmo como o agente neutro dessa ponderação.

Acresce que, nessa tarefa de ponderação (em abstracto — doutrina; ou em concreto — jurisprudência) dos interesses em presença, o jurista dispõe de uma larga margem de liberdade (ou discricionariedade), dado o carácter genérico, ambíguo e frequentemente contraditório das proposições jurídicas. Liberdade que, então, devia ser utilizada para contradi-

zer, corrigir e compensar⁴, nos planos doutrinal e, sobretudo, jurisprudencial, os pressupostos classistas do direito (*maxime*, do direito legislado, oriundo do poder político).

São fundamentalmente estas ideias que estão na base da proposta de um «uso alternativo do direito», tal como foi apresentada em Itália no início da década de 70⁵ e que inspirou duradouramente a doutrina crítica italiana, estando seguramente na origem do protagonismo que a magistratura ganhou em Itália, como agente de reformas da vida cívica e política, nas décadas de 80 e 90.

A ideia de um uso alternativo do direito é, em certa medida, mais recuada do que as propostas de um criticismo radical das escolas críticas. Ela funda-se na ideia de que o uso do direito não é irremediavelmente repressor e favorável aos grupos dominantes, sendo possível levar a cabo, desde dentro do próprio direito e com instrumentos jurídicos, tarefas de sentido progressista e libertador. Para isso, no entanto, seriam necessárias certas condições, umas metodológicas, outras institucionais.

No plano metodológico, deveria, por um lado, ser favorecida a capacidade do jurista de ter uma visão menos mítica, mais esclarecida e mais crítica do direito, de modo a torná-lo consciente do funcionamento não neutro, comprometido («parcial», «local») das instituições jurídicas, bem como do carácter «local» (*i.e.*, não «racional», «natural» ou «evidente») dos seus pressupostos ou impensado (*i.e.*, da «ideologia espontânea dos juristas»). Isto seria favorecido pela inclusão na formação jurídica de disciplinas — como a sociologia, a antropologia ou a epistemologia crítica — que treinassem o futuro jurista numa atitude crítica (*i.e.*, não conformista, não pietista) em relação ao direito.

Mas, por outro lado, deveria ser cultivada uma metodologia do direito que aumentasse a liberdade do jurista perante a lei, dando-lhe espaço para construir de forma mais independente (do poder político estabelecido) soluções doutrinárias ou jurisprudenciais alternativas. Isto conseguir-se-ia insistindo nos pontos de vista anti-positivistas — nomeadamente, (i) combate ao método da subsunção e reivindicação da liberdade jurisprudencial e (ii) insistência sobre o carácter inelutavelmente individual da solução jurídica.

O primeiro ponto de vista valoriza decisivamente a função doutrinal e jurisprudencial, tal como o vinham fazendo algumas escolas jurídicas do pós-guerra. Em todo o caso, com alguma originalidade.

⁴ Tal como o pretor, em Roma, auxiliava, corrigia e supria os defeitos do direito civil em vista da utilidade pública (*adjuvandi, corrigendi vel supplendi ius civile propter utilitatem publicam*).

⁵ A expressão foi cunhada num congresso de 1972, em Catania (Sicília) (actas, Pietro Barcellona [ed.], *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1973, 2vols..

Na verdade, esta valorização do direito doutrinal e jurisprudencial (contra o direito legislativo) pode relacionar-se com dois pontos de vista.

O primeiro deles é a crença em que é mais fácil impor pontos de vista progressistas no campo da doutrina e da magistratura do que no campo do poder político estadual (legislação). Isto prendia-se, por um lado, com as características muito especiais do contexto político italiano dos anos setenta⁶.

Mas decorria também de um novo entendimento do que seria uma via democrática para a reforma das instituições. A democracia seria, essencialmente, o triunfo da igualdade, sem a qual não existiria liberdade. Ora, se nas democracias populares a insistência na igualdade comprometera inaceitavelmente a liberdade, nas democracias representativas, a preservação da liberdade política levava a que os interesses económicos e partidários subjugassem completamente o funcionamento das instituições, instituindo uma *nomenklatura* político-partidária (primeiro a Democracia Cristã, depois a coligação «penta-partidária»), económico-financeira e mediática (o «império Berlusconi») que governava sobretudo em favor de si mesma (a «Roma latrona»), sacrificando a igualdade (senão a mesma liberdade) uma rede de corrupção política, de troca de favores e de violência (o «polvo»).

No meio desta crise institucional, os juristas universitários e os juizes apareciam como um meio menos contaminado e menos contaminável pela corrupção das instituições (a «mala vita»). Menos contaminado, porque seleccionado por processos «corporativos», mais transparentes e menos dependentes do poder político central (as provas académicas e os concursos para a magistratura). Menos contaminável, porque mais disperso, até regionalmente, tornando muito mais difícil o estabelecimento de uma rede de corrupção ou de domínio do que no caso da burocracia político-estadual ou partidária, hierarquicamente organizadas. Daí que se passasse a pensar que era justamente nestes juristas e juizes — mas sobretudo nos últimos, dado o seu poder institucional (magistratura) — que residia a única esperança de reforma política, institucional e cívica. Protegidos do governo pela sua independência estatutária, libertos — em virtude do sistema da sua designação — das

⁶ Em que, por um lado, as forças de esquerda (nomeadamente, o Partido Comunista Italiano) viam bloqueado o seu acesso ao poder político pela hegemonia da Democracia Cristã e pelos constrangimentos da política internacional (a Itália era um pilar fundamental da OTAN). Mas em que, por outro, a esquerda hegemonizava o meio intelectual e universitário, podendo, por isso, condicionar as novas gerações de juristas e juizes. Acresce que os juizes italianos se distinguiram, durante os anos 80 e 90, — por vezes com sacrifício da própria vida — na luta contra a Mafia e a corrupção, o que os tornou em heróis (*manipulite*, mãos limpas) da opinião pública.

influências partidárias e dos compromissos eleitoralistas, dominados por um ideal de justiça como igualdade e equilíbrio e formados num ambiente intelectual e universitário progressista, os juizes deveriam estar em condições de realizar um «direito igual», mesmo numa sociedade de classe⁷.

Ponto era que — e aqui aludimos brevemente aos condicionalismos institucionais a que antes nos referimos — (i) a independência da magistratura estivesse eficazmente garantida em relação ao poder governamental e mesmo parlamentar, nomeadamente no que respeita à independência (não governamentalização) dos órgãos de gestão da carreira dos juizes e magistrados do ministério público e (ii) que os juizes e magistrados tivessem meios efectivos de realizar as suas tarefas (nomeadamente, acesso à informação governamental e bancária, controlo da actuação policial). Daí o ênfase posto por esta corrente nas questões da sociologia e política da justiça e da organização judiciária, bem como a influência que teve nos movimentos profissionais e sindicais dos magistrados, sobretudo nos países da Europa do Sul⁸.

Por sua vez, o carácter inelutavelmente individual da solução jurídica permitiu a este projecto de «uso alternativo do direito», valorizar, também ele, a perspectiva de que o direito se colhe da observação da realidade, tal como tinha sido proposto pela ideia de «natureza das coisas». Porém, enquanto que a ideia de natureza das coisas tinha levado, frequentemente, a propostas conservadoras, aceitando a realidade como um *dado estático*, o uso alternativo do direito vem propor que a solução jurídica seja inspirada por uma análise *dinâmica e crítica* da realidade. Ou seja, que o jurista compreenda a realidade social como algo de ainda imperfeito, percorrido por tensões e interesses conflituais, que importa regular em vista de objectivos politicamente libertadores e progressivos. E que sejam, justamente, estes objectivos, presentes na consciência mais crítica e mais libertadora da época, a dirigir a solução; mais do que os equilíbrios empiricamente observáveis, que, normalmente, tenderão para a conservação do *status quo*.

Noutros países, sobretudo na Alemanha e nos Estados Unidos, a ideia de um uso alternativo do direito e da justiça combinou-se com a de inventar e pôr em prática formas alternativas de direito ou mesmo de criar alternativas ao direito e à justiça oficiais como instrumentos de

⁷ Cf. G. Coturri, *Diritto eguale e società di classi*, Bari, 1978. V. ainda, sobre o tema, do mesmo, *Stato e giuristi*, Bari, De Donato, 1974.

⁸ Cf., para Portugal, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *O estatuto do magistrado e as perspectivas futuras do direito*, Coimbra, Almedina, 1978; boletins *Justiça*, do S.M.M.P., n.ºs 2/3 (1987) e 5 (1988) (neste último, sobretudo, a «Apresentação geral do tema do IV Encontro Internacional de Magistrados», por Mário Torres).

normação social e de resolução de conflitos⁹.

Esta proposta parte da constatação da crise actual do direito e da justiça nos países do primeiro mundo. Crise que é tanto uma crise institucional como uma crise de legitimidade.

A crise institucional traduz-se na progressiva falta de eficácia da lei, como instrumento de normação social, com o consequente aparecimento de zonas cada vez mais extensas que fogem ao controlo do direito oficial. Quer zonas de a-legalidade, em que se prefere a regulação informal, como os acordos de cavalheiros, as formas de arbitragem privada, a negociação política. Quer zonas de ilegalidade, em que se foge ou se recusa a disciplina legal, como os mundos juridicamente submergidos do *racket*, da mafia, da corrupção, do trabalho ilegal, da economia paralela, da fraude fiscal. O fracasso das políticas repressivas de «aplicação da legalidade» (*law enforcement*), baseadas no reforço das medidas policiais (*law and order policies*), mostra até que ponto a crise é profunda e ultrapassa as possibilidades de terapêutica dentro do modelo estabelecido de direito e de justiça.

Também a justiça oficial, baseada na resolução de conflitos por tribunais estaduais clássicos atravessa uma crise profunda, cujo sintoma mais aparente é o da lentidão da máquina judicial. Aparentemente, o aparelho judicial — cujos custos estão já no limite das possibilidades de Estados com constrangimentos financeiros cada vez maiores — foi saturado pelo afluxo de litígios a que a própria política de promoção do acesso à justiça («democratização da justiça») — proposta nos anos 60 e 70 como parte integrante das políticas de democratização de bem estar típicas do Estado Providência — dera lugar.

Mas a crise não é apenas institucional. É também uma crise de confiança, por parte dos cidadãos, nas instituições jurídicas e judiciais (crise de «legitimidade»). Os cidadãos não só ignoram massivamente o direito, como não se reconhecem nele, ou seja, não o reconhecem como meio idóneo de realizar os seus ideais de organização social ou de resolução dos conflitos. As leis e os regulamentos, elaborados por um mundo político cada vez mais fechado sobre si mesmo, envolvidas numa linguagem tecnicista e hermética, constituindo um mundo imenso e impossível de abarcar, aparecem como um universo normativo sem sentido, distante dos problemas reais das pessoas, monopolizado por uma clique de iniciados, suspeito de proteger interesses inconfessáveis.

⁹ Cf. E. Blankenburg, E. Klauss e H. Rottleuthner, *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* (= *Jahrbuchf. Rechtsoziologie und Rechtslehre*), Opladen, 1980; M. Cappelletti (coord.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984; António Manuel Hespanha, «Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma», em António Manuel Hespanha (dir.), *Justiça e litigiosidade. História e prospectiva*, Lisboa, Gulbenkian, 1993, 7-58.

Quanto à justiça, a sua lentidão, o seu preço, a impenetrabilidade da sua linguagem, fizeram com que o recurso aos tribunais se tornasse num jogo, caro, e de resultados aleatórios¹⁰.

A proposta de formas alternativas de direito e de justiça parte justamente destes sintomas de crise e procura outras formas, mais eficazes e mais aceites de estabelecer normas de comportamento e de resolver os conflitos.

No plano do estabelecimento de normas de comportamento, as propostas têm sido várias.

Para uns, a regulamentação do Estado deve dar lugar à concertação privada. Trata-se, tipicamente, da estratégia proposta pelas correntes neo-liberais, integradas numa estratégia de redução do papel de intervenção social do Estado. Note-se, em todo o caso, que a justiça das soluções obtidas por «concertação» supõe que as partes concertantes têm um idêntico poder negociável, que os pontos de vista de uma (v.g., dos consumidores ou dos trabalhadores) não serão «naturalmente» esmagados pelos da outra (v.g., das grandes empresas ou dos patrões). Sem isso, a livre contratação das normas de conduta, no seio da sociedade civil, conduzirá a um férreo domínio dos mais fortes sobre os mais fracos. É por isso que parece muito indesejável que o Estado, como entidade encarregada de compensar as desigualdades da sociedade civil, deixe de regulamentar matérias como as das relações de trabalho, da venda de produtos médico-farmacêuticos, da qualidade do ensino, da segurança dos consumidores, da defesa do ambiente, etc.¹¹.

Para outros, o estabelecimento de normas sociais poderá ganhar muito com a adopção de novas tecnologias da informação e com um uso adequado dos *media*. Nestas propostas — com alguns interessantes aspectos «futuristas» — as novas tecnologias (nomeadamente, a criação de redes de comunicações muito poderosas, as chamadas «auto-estradas da comunicação») permitiria uma direcção eficaz, personalizada, inter-activa, quase «conversacional», das condutas sociais¹². Mas, mais limitadamente, poderia tornar muito mais eficaz a publicitação dos normativos actuais, criando, por exemplo, bases de dados, facilmente consultáveis e permanentemente actualizadas, do direito em vigor.

¹⁰ Quanto a todos estes aspectos, v. o meu texto antes citado e os restantes artigos da colectânea, nomeadamente os de Marc Galanter e R. Auer.

¹¹ Para uma irónica crítica do modelo neo-liberal de direito e de justiça, v. o excelente texto de Earl Johnson Jr. «Comment la justice sera administree demain: quatre scenarios possibles au XXIe. Siècle», em M. Cappelletti (coord.), *Accès à la justice et Était-providence*, Paris, Economica, 1984, 210 ss..

¹² V., sobre isto, A. Toffler, *Powershift*, 1992. Antecipações desta regulamentação «comunicacional» da sociedade são, por exemplo, as «informações» e «conselhos» da rádio sobre a situação do trânsito, as instruções e regras de funcionamento das ATM, os sistemas periciais de auxílio à decisão sobre aplicações financeiras, etc.

Para outros, finalmente, haveria que voltar a avaliar formas não coactivas de direcção de condutas, baseadas, por exemplo, nos laços afectivos, de solidariedade¹³.

No domínio da composição de conflitos, tem-se criticado a absoluta concentração da decisão dos litígios em instituições estaduais e proposto a descentralização destas funções em organismos espontâneos, surgidos da própria sociedade civil, como os centros de justiça comunitária (*community justice centers*) experimentados nos EUA, as *Bürgerinitiativen*, ensaiadas na Alemanha, as comissões de moradores ou outras «organizações populares de base», previstas na Constituição portuguesa de 1976, ou, ainda, as instituições de justiça popular de Cabo Verde, recentemente estudadas por Boaventura Sousa Santos. Instituições deste tipo, surgidas da própria população e em permanente contacto com ela, poderiam realizar, desde que dotadas de meios e assessoradas por juristas e técnicos sociais, poderiam resolver de uma forma mais rápida e socialmente aceitável, uma gama muito vasta de litígios, desde as questões de vizinhança até à pequena criminalidade¹⁴.

A adopção de novas formas de normação e de composição de conflitos não se esgota em inovações de natureza institucional. Na verdade, estas novas instituições de realização do direito implicariam também, não apenas novas formas de argumentar sobre o direito e de atingir a solução jurídica, como a relação do saber jurídico com outros saberes. Quanto ao primeiro aspecto, tem sido realçado que a realização do direito em meios menos rigorosamente profissionalizados e ritualizados do que os tribunais letrados oficiais aproximaria o discurso jurídico da linguagem comum e a discussão judicial da negociação (*bargaining*) corrente¹⁵. Quanto ao segundo aspecto, tem-se verificado que o tratamento de casos jurídicos em instituições comunitárias de justiça (*dispute institutions*) exige uma estreita cooperação entre juristas, sociólogos, psicólogos, assistentes sociais e, até, médicos, pois raro é o conflito cuja resolução não envolva aspectos que nada têm a ver com o direito.

Como destaquei, há cerca de um ano, num artigo publicado nesta mesma revista, encontramos-nos num vórtice de incertezas e perplexidades quanto ao modo de organizar a sociedade e de a controlar. No domínio

¹³ Cf. A. M. Hespanha, «O poder, o direito e a justiça numa era de perplexidades», *Administração*, Macau, 1992.

¹⁴ Sobre estas instituições e as dificuldades da sua implantação em concorrência com a justiça oficial, v. Marc Galanter, «A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais» em A. M. Hespanha (dr.), *Justiça e litigiosidade. História e prospectiva*, Lisboa, Gulbenkian, 1993, 59-117.

¹⁵ Sobre a relação da retórica jurídica com o ambiente institucional de decisão, v. Boaventura Sousa Santos, «O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica», *Estudos em homenagem do Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1980.

do direito, herdámos ideias de uma vinculação do direito e da justiça ao Estado que, não sendo de sempre, tinham sido profundamente enraizadas na consciência cívica depois da Revolução Francesa. Neste momento, também essas ideias estão em crise e os próprios «servidores da lei» se rebelam contra ela, em nome de um direito surgido espontaneamente da consciência comunitária da justiça. Um direito que dispensa o Estado ou, em última análise, se volta contra ele. Um direito que postula uma justiça — mesma a do Ministério Público — liberta de vinculações hierárquicas, liberta para poder impor ao Estado, tanto como aos cidadãos, regras justas de conduta. A transformação é tão grande que muitos não deixam nostalgicamente de pensar que se chegou ao avesso do direito.