

121

PODER JUDICIAL ONTEM E HOJE

Pelo Professor José Mattoso

(Oração de sapiência proferida em Viseu, na abertura do
V Congresso dos Juizes Portugueses)

PODER JUDICIAL ONTEM E HOJE

Pelo Professor José Mattoso

(Oração de sapiência proferida em Viseu, na abertura do
V Congresso dos Juizes Portugueses)

Perdoem-me que comece estas palavras exprimindo os meus sentimentos de dúvida acerca do efectivo interesse de uma intervenção minha neste Congresso para o qual fui tão amavelmente convidado. Não posso deixar de me interrogar sobre o que tenho eu de novo, de original ou de simplesmente sensato para dizer aos Juizes de todo o País, neste congresso solene, que reúne algumas das personalidades mais notáveis no campo da magistratura? Que posso eu, historiador, dizer de pertinente para quem está seriamente preocupado com um presente cheio de dúvidas e de problemas, num momento de profunda transformação e em que ninguém pode prever em que sentido as funções judiciais irão evoluir no futuro? Que sabedoria posso eu invocar aqui, neste acto a que os organizadores do Congresso quiseram dar toda a solenidade, chamando-lhe «oração de sapiência»?

Mas se acabou por prevalecer em mim a vontade de corresponder ao vosso convite, Senhores Juizes, nem por isso me sinto liberto das minhas dúvidas e hesitações acerca do que seria útil e necessário dizer-vos neste momento. Elas resultam, obviamente, da diferença dos campos de saber em que eu e os meus ouvintes nos situamos, mas também, e talvez, até, sobretudo, da situação

actual, inteiramente dominada por enormes preocupações acerca das condições em que hoje se pode exercer a profissão de Juiz. O que seria oportuno dizer prende-se directamente com uma matéria que não domino. Consolame a ideia de que talvez aqueles dos meus ouvintes que têm mais dúvidas sejam justamente os que mais pensam e reflectem acerca da maneira como a sua profissão deve ser vivida e praticada no mundo que está para vir. A nossa época assiste às mais profundas mudanças no campo da definição do lugar próprio do poder judicial perante os outros poderes públicos e perante a sociedade, no campo da resolução de questões de organização e de eficácia da magistratura num mundo cheio de contradições e de alterações difíceis de acompanhar. Por isso, a atitude da certeza, da segurança e das soluções fáceis parece, de facto, insensata ou pelo menos inadequada. Perante as dimensões destes problemas, uma eventual segurança subjectiva acerca das soluções possíveis, ainda que sectorialmente e em proporções limitadas, parece só poder resultar de alguma inconsciência ou de uma efectiva incapacidade para medir a enorme complexidade da situação actual. Os participantes deste congresso estão aqui justamente para reflectir sobre estes graves problemas

e para debaterem livremente as suas opiniões e propostas. A partilha de ideias e de conhecimentos pode trazer alguma luz, tornar evidentes alguns princípios e mostrar as direcções possíveis na busca de soluções futuras, ainda que provisórias ou experimentais.

A minha função só pode, portanto, ser prévia e genérica. Só posso exercer o papel de quem tenta encontrar uma perspectiva distanciada dos problemas específicos da classe, uma vez que me falta o necessário conhecimento teórico e a indispensável experiência vivida. E todavia terei também de evitar questões de tal modo arredadas do concreto que a sua formulação e a sua discussão acabassem por perder todo e qualquer vínculo com a realidade. Tentarei, portanto, colocar-me do ponto de vista de quem, observando historicamente a relação do poder judicial com os outros grandes poderes públicos, ou seja, colocando-as no concreto, no tempo e no espaço, procura daí deduzir o que há de permanente, de intemporal, e, portanto, de ainda válido para os dias de hoje, e possivelmente também para os de amanhã. Ou seja, observando as variáveis do efémero, tentar descobrir o que através delas permanece essencial. Não para repetir aqui as lições que outrora vos foram ministradas sobre a História do Direito ou a História dos sistemas judiciais, mas para tentar daí deduzir conclusões que possam contribuir em alguma coisa para os debates e reflexões deste Congresso.

- I -

Quería começar por recordar aqui uma passagem do Evangelho de S. Lucas

18.1-8 «Havia em certa cidade um juiz que não temia a Deus nem respeitava pessoa alguma. Na mesma cidade vivia também uma viúva que vinha com frequência à sua presença para lhe dizer: faz-me justiça contra o meu adversário. Ele, porém, durante muito tempo nada fez. Por fim reflectiu consigo: Eu não temo a Deus nem respeito os homens: todavia já que esta viúva me importuna, far-lhe-ei justiça, senão ela não cessará de me molestar».

Em complemento citarei outra passagem do mesmo Evangelho, 12. 58:

«Quando fores com o teu adversário ao magistrado, faz o possível para entrar em paz com ele no caminho, afim de que ele te não arraste ao juiz, e o juiz te entregue ao executor e o executor te ponha na cadeia. Digo-te que não sairás dali até pagares o último centavo».

Quería agora comparar o conceito que Jesus Cristo, através destes exemplos, mostra fazer da justiça humana com um documento do Mosteiro de Pedroso, perto de Vila Nova de Gaia, datado de 1265. Estava-se então a quatro anos da morte do rei Afonso III e tinham já passado outros quatro anos desde a criação oficial do cargo de meirinhomór, ou seja da reforma que pela primeira vez estende a justiça régia a todo o reino. Tratava-se de uma contestação contra a inquirição feita em determinados lugares do domínio monástico, contrariando a vontade dos monges, decerto porque a justiça régia punha em causa a legitimidade da jurisdição que eles aí exerciam. O documento descreve os passos dados pelo procurador do abade do mosteiro e resume o sentido das suas alegações perante a justiça régia nas diversas sessões judiciais em que teve de depôr. Diz, pois, o documento que o abade de Pedroso foi citado a 17 de Agosto pelo juiz da Feira para apresentar o seu protesto perante o rei no prazo de vinte e sete dias. O abade mandou então o seu procurador a Coimbra, onde o rei estava, e ele foi recebido pelo sobrejuiz no dia 13 de Setembro. Durante quinze dias tentou em vão ser ouvido, mas não o conseguiu sob o pretexto de que era necessário consultar o registo dos reguengos da Feira, que não estava

disponível. O pleito foi então adiado por mais nove dias, mas a sentença não foi pronunciada nem nesse prazo nem nos quinze dias seguintes. Depois de o ouvir, o sobrejuiz, em vez de dar a sentença, citou o procurador do mosteiro para se apresentar em Vila Nova de Gaia quando o rei por ali passasse. O procurador seguiu, de facto, a corte régia até aí, e permaneceu junto dela mais quinze dias sem conseguir que o seu caso fosse julgado. Depois disso o rei regressou a Coimbra, para onde o procurador teve de viajar e onde voltou em vão a reclamar a sentença. Esperou outros quinze dias sem ser ouvido nem absolvido, apesar dos seus repetidos protestos. Teve depois disso de procurar o rei em Soure, e aí a sentença foi mais uma vez adiada e remetida para o tribunal régio em Pombal, onde deparou com evasivas semelhantes. Em vários destes cinco lugares diferentes, teve a ocasião de ser ouvido e de apresentar as suas razões, mas sem nenhum resultado aparente. A cena repetiu-se nos mesmos termos em Leiria, onde se perde o rasto dos acontecimentos, porque o documento está incompleto. Não sabemos se o documento terminava com a sentença (que nesse caso seria certamente favorável ao mosteiro, porque de contrário os monges não a teriam conservado) ou se se tratava de um registo das suas alegações, para declararem que não se conformavam com um processo inconclusivo, registo esse que constituía, ao mesmo tempo, uma forma de protesto contra os sucessivos adiamentos injustificados do processo.

Partamos destes testemunhos para algumas reflexões iniciais. Antes de mais os monges de Pedroso mostravam ter aprendido alguma coisa com a parábola evangélica. Qualquer que fosse a sua opinião acerca da equidade ou dos escrúpulos do sobrejuiz, confiavam no método da persistência para conseguirem persuadir o tribunal régio a julgar o caso; confiavam também nos resultados de uma insistente repetição dos seus argumentos para anular os resultados da referida inquirição. Mas nem a viúva do Evangelho nem os monges de Pedroso procedem jamais como se pudessem dispensar o juiz. O problema que se põe não é propriamente o da condenação moral do seu procedimento, mas o da eficácia da Justiça. As próprias palavras de crítica ao juiz na primeira parábola de S. Lucas não põem em causa a competência nem sequer a imparcialidade do juiz. Ao apresentá-lo como quem não temia a Deus nem respeitava pessoa alguma, Jesus quer sobretudo defini-lo como um indivíduo que considerava o seu poder como um poder próprio e absoluto, e ainda como alguém pouco permeável a influências ou pressões. A contestação subjacente tanto a primeira parábola como ao documento de Pedroso põe em causa a forma de aplicar a justiça mas não a sua legitimidade nem a necessidade da existência de um poder judicial. O mesmo se diga da segunda parábola de S. Lucas, que também não manifesta grande confiança nos processos habituais da justiça humana, mas aceita implicitamente a necessidade do poder judicial; o facto de propor uma solução que evite a dureza de um mecanismo desumano destina-se apenas a mostrar que há um caminho intermédio entre a convivência e a resignação. A proposta de negociação remete para as soluções do direito informal que toma a sua aplicação mais barata e mais expeditiva do que a via pesada do tribunal.

Note-se, enfim, que S. Lucas, pela palavra de Jesus, exprimia, evidentemente, a opinião vulgar acerca do comportamento habitual dos magistrados, ou seja a falta de confiança generalizada na adequação da justiça oficial para resolver os problemas correntes de indivíduos com poucos recursos. Ora bem, aquilo a que vou aludindo com estes exemplos parecem ser questões não só do século 1 depois de Cristo, nem só do século XIII, mas questões de sempre. Assim acontece, em primeiro lugar, quanto à

morosidade da justiça oficial, problema colocado pelo documento ducentista do mosteiro de Pedroso. Segundo uma estatística que tive ocasião de consultar, no final da década de 1960 a duração média de um processo civil na Itália, quando tinha de percorrer as três instâncias, era de 6 anos e 5 meses. Na mesma década, em Espanha um processo idêntico demorava quase o mesmo: 5 anos e 3 meses. Para o fim do mesmo período as acções que em França subiam ao nível máximo podiam durar bastante menos, mas só eram despachadas ao fim de quase dois anos. Na Bélgica duravam 2 anos e 4 meses⁽¹⁾. Tratava-se, sem dúvida, de questões que envolviam valores avultados, o que pressupõe que as partes possuíam recursos suficientes para sustentar os encargos inerentes a uma justiça cara. Era essa, evidentemente, o caso que opunha o mosteiro de Pedroso à administração de Afonso III.

Os processos correntes sempre foram, obviamente, despachados mais depressa. mas ninguém negará que os exemplos aqui apresentados reflectem a opinião corrente de que a justiça oficial é cara, pesada, morosa e de eficácia duvidosa. Não era preciso ir buscar a Bíblia nem os documentos medievais para o saber. Foi sempre assim. Estamos, portanto, provavelmente, perante um factor inerente ao próprio sistema judicial. Quer isto dizer que, aparentemente, as tentativas de garantir a sua rapidez e a sua eficácia poderão e deverão conseguir alguns resultados, mas não evitarão nunca uma demora inerente tanto à complexidade das causas como à própria e indispensável formalidade do processo judicial. Resta saber se é razoável exigir o mesmo grau de formalidade para todos os casos. O que vou dizer a seguir tenderá a negá-lo.

- II -

Não vou, obviamente, falar das soluções adequadas para conseguir aumentar a celeridade da Justiça. São problemas que preocupam os Senhores Magistrados aqui presentes. Muitos conhecem as tentativas que noutros países se têm feito para melhorar o sistema judicial, adoptando soluções mais práticas e mais rápidas ao nível do processo, muitos terão mesmo participado na busca oficial ou corporativa de soluções concretas ou terão trabalhado em comissões criadas para melhorar a legislação regulamentar. Estes trabalhos são, evidentemente, indispensáveis e urgentes e é imprescindível que neles se ponha toda a diligência e todo o empenho, dadas as gravíssimas consequências sociais da morosidade da Justiça e o próprio descrédito a que ela se sujeita quando se torna absurdamente ineficaz.

E todavia temos também de admitir que não é possível alterar a natureza das coisas. Isto é, não é possível dispensar as formalidades judiciais, nem a constituição de uma carreira que exige uma longa preparação técnica e específica, nem a complexidade da hierarquia, nem a solenidade externa nos edifícios e no cerimonial judicial, nem o aprofundamento da ciência jurídica. Estes factores não resultam apenas das precauções acumuladas durante séculos para garantir a equidade das sentenças. Resultam também de o sistema judicial implicar um *poder*. Isto é, acumulação de recursos, capacidade coercitiva, reconhecimento social.

São questões conhecidas do campo da filosofia do Direito. Convido os presentes a recordarem o que certamente sabem melhor do que eu neste domínio. Pela minha parte, tentarei reforçar essas noções com dados inspirados da História e da Antropologia.

Queria recordar as íntimas relações que sempre uniram o poder judicial ao poder *tout court*, isto é ao poder político. De facto há muitas razões para admitir que o dispositivo judicial é, depois da estrutura do parentesco, o primeiro motor do funcionamento de toda e qualquer ordem social.⁽²⁾ De facto, enquanto regulador dos conflitos, torna-se necessário à preservação da ordem social, quer para evitar a sua eclosão, quer para reparar as suas consequências. Assim a Justiça parece estar na origem da própria organização social e antecede, por isso, a eclosão do sistema político, ou melhor, do Estado, uma vez que é este que, nos termos de uma conhecida definição de Max Weber, coloca nas mãos do detentor da autoridade o monopólio da violência física legítima, isto é aquela violência que a sociedade delega no detentor da autoridade para a exercer em seu nome.⁽³⁾

De facto, em muitas sociedades arcaicas, o poder judicial parece confundir-se com a própria organização política. Nessas sociedades a autoridade civil parece constituir-se a partir de uma extensão das funções judiciais. Por mais elementares que sejam as formas de organização, desde que existem forças contraditórias e ao mesmo tempo equivalentes, é também necessária a emergência de normas implícitas ou explícitas que regulem esses conflitos, e árbitros que vigiem o respeito por elas. De contrário, terá de se admitir que uma das forças em competição acabará por destruir a outra, o que põe em causa a própria subsistência da sociedade. Por isso é que o conceito de justiça tem implícito, em muitas civilizações, o conceito mais ou menos latente de «equilíbrio». Assim, em latim, a palavra *jus* deriva de uma expressão indo-europeia que significa «o estado de regularidade ou de normalidade requerido pelas regras rituais»⁽⁴⁾. *Judex* é, portanto, aquele que verifica essa regularidade, ou seja, qualquer coisa como a ordem estabelecida pelos deuses. Nestas circunstâncias, o juiz não é, na origem, aquele que aplica o Direito, mas o que verifica o respeito pelas normas que regulam o procedimento das partes no decurso do processo e cuja observância permite a reconstituição da ordem. É esta constatação semântica que explica que em latim o juiz possa também ser designado pela palavra *arbiter*, que polarizou o duplo sentido de testemunha e de «aquele que decide entre duas partes em virtude de um poder legal»⁽⁵⁾. Como se sabe, este último sentido permaneceu no português *árbitro*, que veio a adquirir um significado completamente diferente de *juiz*. Sem querer fazer estado de erudição, posso acrescentar que a noção egípcia de justiça se baseia no conceito de *maat*, que significa simultaneamente «equilíbrio», «verdade» e «ordem». Segundo ela, o ideal do bom juiz seria «fazer com que as duas partes saiam do tribunal satisfeitas»⁽⁶⁾. Noutros direitos prevalece ora a noção de dever, cuja observância garante a manutenção da ordem, ora a noção de costumes ou regras de comportamento, variáveis conforme as circunstâncias, cuja observância permite a harmonia social. A noção de dever como garantia da ordem

(2) - José Gil, *Corpo, espaço e poder*, Lisboa, Litoral ed., 1988, p. 283.

(3) - Aplicando a qualquer sociedade politicamente organizada a célebre definição de Estado por Max Weber: «É necessário conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, nos limites de um território determinado ... reivindica com sucesso, para si próprio, o monopólio da violência física legítima» (Cit. por José Gil, o. c., pp. 260-261).

(4) - Émile Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Minuit, 1969, vol. II, p. 113.

(5) - *Ibid.*, p. 119.

(6) - John Gillissen, *Introdução histórica ao Direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1988 (trad. do original francês de 1979), p. 53.

(1) - B. de Sousa Santos, «A sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça», in *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, Porto, Afrontamento, 1994, p. 147.

encontra-se, por exemplo, na Índia e está contida no termo *dharma*, etimologicamente aparentado com o grego *thimé*, isto é, o conjunto dos preceitos divinos, por oposição a *diké*, ou conjunto dos preceitos humanos. A noção de regras variáveis de comportamento encontra-se na China e é expressa pelo termo *li*, ou seja o governo dos homens, largamente desenvolvido pelo Confucianismo ⁽⁷⁾. Como ideia recorrente, encontramos sempre, portanto, a noção de ordem e de harmonia, traduzida por preceitos de origem sagrada, cujo respeito garante a paz; a infracção da ordem definida por Deus traz a perturbação e o caos; mas os preceitos divinos incluem também regras para o restabelecimento da harmonia perdida; o juiz ou o árbitro é aquele que conhece estas regras; por isso é-lhe reconhecida a função de conduzir o processo que permite reconstituir a ordem.

Ao evocar estas ideias parece, talvez, que estou a remeter os ouvintes para um tempo quase mítico e que, por isso, nada teria que ver com os problemas de hoje. Creio que é exactamente o contrário: o estudo das origens ajuda a descobrir a natureza íntima das coisas. Não é preciso irmos muito longe para o verificar. Assim, por exemplo, nos costumes municipais em vigor nos concelhos de Riba Cõa na primeira metade do século XIII, e talvez ainda durante quase todo o século seguinte (ou seja bem mais perto de nós do que o tempo dos Faraós ou da sociedade grega), o sistema jurídico estabelecido fazia do juiz não propriamente aquele que conhecia as regras do Direito (do Direito consuetudinário - já não falo do Direito Romano, próprio do tribunal régio), mas aquele que era eleito anualmente para arbitrar as questões graves que surgiam entre os bandos de cavaleiros vilãos, bandos esses que provavelmente se constituíam a partir dos grupos de parentes por consanguinidade ou por afinidade. O seu papel não consistia em ditar de que lado dos grupos em presença estava o Direito, nem em aplicar sanções ao infractor, mas em velar para que se cumprissem as regras a que se deviam submeter as partes, até se tornar evidente de que lado estava a razão. A reposição da ordem fazia-se por meio de uma composição ou multa pecuniária a pagar à vítima, ou então, quando as partes não chegavam a acordo, por meio de uma ordália sob a forma de combate.

O mais interessante é que, nestes e na maior parte dos concelhos portugueses e castelhanos, o juiz ou o grupo dos juizes eram a *única* autoridade no interior do concelho. Ou seja, havia uma sobreposição entre o poder judicial e o poder político local. É evidente, porém, que o poder civil do juiz derivava da sua autoridade como magistrado, a não o contrário. No caso, mais arcaico, dos foros de Riba-Cõa, apesar de o juiz ser o detentor do poder supremo no interior do concelho, exercia as funções judiciais como um simples árbitro encarregado de verificar o respeito pelas normas do processo. Quer isto dizer que nem o poder judicial nem o poder político se tinha aí tornado monopólio da autoridade pública. O juiz tinha de respeitar o poder dos próprios bandos de parentes. Poderia exprimir os conceitos subjacentes e este tipo de concepção do Direito dizendo que o poder judicial estava mais próximo da sociedade civil do que do poder político, ou seja do Estado.

Não importa agora ver que relações se estabelecem em comunidades mais evoluídas entre a justiça e autoridade política municipais e o poder régio. Importa apenas referir que, ao contrário do que supunham até há pouco tempo os historiadores do Direito, as instituições municipais não resultam de uma emanação do poder régio, como se este fosse a única fonte de legitimação, mas da capacidade das comunidades locais para resolverem autonomamente os seus próprios problemas. Ou seja, o poder judicial continuou

a entender-se como uma emanação da sociedade civil e não do Estado. Os concelhos do interior do País constituíram-se à margem de qualquer poder político superior e foi, depois, por acordo bilateral com autoridade régia, que surgiram as cartas de foral nas quais se define como se devem articular entre si o poder régio e o poder local. O processo de apropriação do poder judicial por parte da monarquia foi irreversível, mas extremamente lento. Foi preciso esperar o fim do século XIX para ver desaparecerem os últimos vestígios de um poder judicial que não resultava de uma emanação do Estado. De facto, em 1886 ainda havia juizes ordinários *eleitos* para julgarem questões no nível mais baixo da pirâmide judicial. Por outro lado, temos também de reconhecer que a própria centralização do poder régio se fez em grande parte por intermédio da progressiva monopolização da Justiça.

- III -

O interesse destas observações não é meramente erudito. Elas mostram que vários séculos depois de ter começado a expandir-se um sistema judicial *grosso modo* semelhante ao nosso, isto é o sistema erudito inspirado no Direito Romano, as comunidades locais isoladas da autoridade política que o sustentava, recuperaram espontaneamente formas de organização comparáveis às que Malinowski, por exemplo, tinha encontrado no princípio deste século em certas tribos da longínqua Melanésia. Nestes fenómenos evidencia-se, portanto, alguma coisa que procede da própria estrutura da sociedade. O que observámos confirma o princípio de que sistema jurídico precede a organização política e que nas sociedades arcaicas se pode confundir com ela. E todavia, basta passarmos a sociedades mais complexas, para verificarmos imediatamente a tendência para a separação entre o poder político e o poder judicial. Mesmo antes da separação explícita consagrada depois da Revolução Francesa, o sistema judicial já gozava de uma certa autonomia, como se torna particularmente evidente com o *Parlement*, quando ele entra em concorrência com a própria autoridade régia na França do século XVII ⁽⁸⁾.

Não é sequer preciso dar outros exemplos. Talvez seja mais importante observar que os fenómenos de promiscuidade entre os dois poderes se mantiveram com tina enorme persistência até à constituição do Estado Moderno, que se iniciou sobretudo, como se sabe, a partir das soluções políticas adoptadas desde a Revolução Francesa de 1789. Foi o Estado liberal que afirmou o princípio da separação dos poderes, como garantia da independência dos magistrados, a quem era conferida, teoricamente, a capacidade para julgar o próprio poder político, e que criou mecanismos destinados a dar uma expressão efectiva a esses princípios. A paradoxal verdade, porém, é que a concentração de todos os poderes no Estado torna a separação menos efectiva do que se afirma ao nível da teoria. Nas sociedades contemporâneas, o poder judicial está efectivamente subordinado ao poder legislativo, uma vez que só pode julgar com base na lei, e ao poder executivo, na medida em que depende dos recursos humanos e materiais que este lhe proporciona. De resto é o poder político que garante o respeito pela ordem social, da qual dependem as condições em que a Justiça pode efectivamente exercer as suas próprias funções. O poder político e o poder judicial continuam, por isso, inseparavelmente unidos e interdependentes.

(7) - *Ibid*, pp. 103,110.

(8) - Jacques Ellul, *Histoire des Institutions*. Tome II. *Institutions françaises*, Paris, 1956, pp. 342-347.

E todavia o princípio da separação dos poderes permanece como um dos pilares fundamentais da democracia. Um sociólogo que desde há anos vem consagrando a sua investigação aos problemas jurídicos da sociedade contemporânea, o Prof. Boaventura de Sousa Santos, afirma, numa fórmula concisa e categórica, que

«nas sociedades democráticas o funcionamento independente, acessível e eficaz dos tribunais constitui, hoje em dia, uma das cações mais robustas da legitimidade do sistema político»⁽⁹⁾. O ideal da separação dos poderes deve permanecer, portanto, como intocável e como o padrão para o qual devem efectivamente tender as soluções práticas adoptadas para o tornar uma realidade o mais efectiva possível.

A verdade é que o Estado moderno, ao apresentar-se a si próprio como a última instância de exercício do poder legítimo reivindica também para si o carácter de fonte de legitimidade de todo e qualquer poder. Segundo os princípios daí decorrentes só é legítimo o sistema judicial emanado do Estado. Ora esta concepção acaba por subverter o princípio do qual surge a própria instituição judicial, que é a de restabelecer os equilíbrios sociais rompidos ou ameaçados, sem todavia se apropriar do poder para além da própria situação que determina a sua intervenção. Nesse sentido, segundo o filósofo e antropólogo Prof. José Gil, a instituição judiciária, sendo *protopolítica*, na medida em que antecede e suscita a emergência do político, é ao mesmo tempo *contrapolítica*; isto é, põe em causa o aparecimento de um poder cuja natureza é a de eliminar toda e qualquer concorrência⁽¹⁰⁾.

Neste sentido, o poder judicial, numa perspectiva de oposição entre Estado e sociedade civil, como foi a que prevaleceu na época contemporânea, deveria estar mais do lado da sociedade civil do que do Estado. Foi o que vimos, de resto, nos exemplos históricos aqui apresentados. E essa uma das razões pelas quais o Prof. Boaventura de Sousa Santos critica o próprio princípio da distinção entre Estado e sociedade civil. Para ele, esta distinção, além de ilusória, por ocultar efectivas dependências do Estado para com outros poderes, nomeadamente para com os poderes económicos, é também uma distinção perversa porque acaba por reforçar poderes dos quais devia ser independente, como é justamente o caso do poder económico⁽¹¹⁾.

Nesse sentido, o mesmo Autor propõe uma teoria segundo a qual, ultrapassando o binómio Estado/sociedade civil, se deveriam conceber diversos espaços estruturais da sociedade, nos quais se exerceriam diversos poderes, um dos quais seria o espaço da cidadania, exercido no âmbito do território nacional e cujo sujeito seria o indivíduo. Mas poderiam e deveriam conceber-se também outros espaços, como por exemplo o doméstico, o da produção ou o espaço mundial, nos quais os poderes próprios não deveriam ser concebidos como emanações do Estado. Cada um deles deveria ser regido por formas próprias do Direito, como o Direito doméstico, o Direito da produção e o Direito sistémico das organizações internacionais⁽¹²⁾. Não irei, é claro pronunciar-me sobre esta teoria. Quero apenas fazer notar que, se se opõe o Estado à sociedade civil, então será preciso conceber o Direito não tanto como uma emanação

do Estado, como preconizam as teorias políticas modernas, mas antes como uma emanação da sociedade civil. Ou seja, não convém fazer do princípio da vinculação do poder judicial ao Estado um dogma intocável e inalterável.

O mesmo Autor, cujo inquérito sociológico sobre o funcionamento dos tribunais portugueses, publicado no ano passado, mereceu uma justificada atenção por parte do público, tem, de resto, outros trabalhos teóricos em que chama a atenção para a necessidade de combater algumas distorções do sistema jurídico actual, não só em Portugal, mas também em outros países. Referirei apenas um aspecto directamente relacionado com o problema da relação entre poderes. Diz ele: «Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-económico parificável, 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 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»⁽¹³⁾. O autor refere-se aqui a formas espontâneas, não oficiais, de resolução de litígios, tais como aquelas que ele próprio estudou nas favelas do Rio de Janeiro, mas a que se poderia equiparar a actuação da maioria dos magistrados concelhios em Portugal até à efectiva difusão sistemática dos conhecimentos do Direito Romano, no século XVIII. Como se sabe, esses magistrados concelhios continuavam a aplicar princípios do direito consuetudinário ou o simples bom senso no julgamento de casos de âmbito local. Estes juizes não letrados, foram ainda mantidos com o nome de «juizes ordinários eleitos» na reforma de 1832 e apesar das sucessivas restrições a que a sua actuação foi sujeita só foram suprimidos em 1886⁽¹⁴⁾. Mas a criação de alternativas que visem flexibilizar a justiça legalizando mecanismos de resolução mais baratos existentes de facto na sociedade, como os centros de justiça de bairro nos EUA, os *conciliateurs* em França, ou então a incentivação da conciliação entre as partes sob controle do juiz, são outras tantos exemplos de que uma solução tão antiga como a própria organização da sociedade e que talvez tenha ainda a sua aplicação nos nossos tempos. E por isso que ainda merece a pena recordar a parábola evangélica da viúva. Essa solução vem, afinal, recuperar a forma mais antiga, e creio que eterna, da Justiça, que é a simples arbitragem. E essa, de resto, parece, a natureza das coisas, se considerarmos o poder judicial como um poder delegado pela sociedade civil e não, ou não apenas, pelo Estado.

O carácter protopolítico ou mesmo contrapolítico da Justiça, para usar os conceitos do Prof. José Gil, vem, de alguma maneira, ao encontro de um fenómeno extremamente actual e que tem já originado as maiores interrogações sobre o problema da relação entre os poderes político e judicial. Refiro-me, como é evidente, ao protagonismo social e político dos tribunais que teve as suas manifestações mais espectaculares na Itália com a operação «Mãos limpas», e na Espanha com o julgamento de vários dos ministros do PSOE acusados de corrupção ou de convivência com as violências praticadas pelas autoridades policiais. Como é evidente, este fenómeno que tem também manifestações menos concentradas ou menos espectaculares em vários outros países, sobretudo nos mais desenvolvidos, mostra que a relativa dependência do poder judicial para com o Estado, por intermédio da sujeição ao poder legislativo e pela necessária submissão aos recursos

(9) - B. de Sousa Santos, M. M. Leitão Marques, J. Pedroso e P. Lopes Ferreira, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*, Porto, Afrontamento, 1996, p. 54.

(10) - José Gil, *Corpo, espaço e poder*, Lisboa, Litoral, 1988, pp. 284-285.

(11) - B. de Sousa Santos, «O Estado e os modos de produção do poder social», in *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, Porto, Afrontamento, 1994, pp. 105-109.

(12) - *Ibid.*, pp. 110-113.

(13) - *Id.*, «A sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça», *ibid.*, pp. 156-157.

(14) - A. M. Hespanha, in J. Gilissen, *o.c.*, pp. 504-505.

que lhe são atribuídos pelo poder político, como lembrámos mais acima, não impediu os tribunais de julgar o próprio Estado. Este facto vem reforçar a já citada afirmação do Prof. Sousa Santos de que o funcionamento independente, acessível e eficaz dos tribunais constitui uma das mais efectivas cauções da legitimidade do sistema político. Ele lembra porém, que o exercício desta função está longe de ser automático. Em sociedades periféricas ou semi-periféricas, como a nossa, há muitos factores que a prejudicam. Não irei lembrá-los aqui.

- IV -

Queria terminar regressando aos exemplos iniciais para acentuar um outro aspecto que diz respeito não tanto à independência dos tribunais, mas à sua acessibilidade e à sua eficácia. De facto, o que Jesus Cristo critica implicitamente nas duas parábolas que citei é a frequente incapacidade da justiça oficial para atingir estes dois objectivos. As reflexões que mais acima tentei fazer acerca da relação primordial do poder judicial com o poder político mostram desde logo que o Estado, ao assumir-se como fonte de emanção do Direito e da Justiça, alterou necessariamente a sua própria aplicação. Passando para o lado do poder político, a Justiça deixou de se poder exercer como uma forma de simples arbitragem de conflitos para o restabelecimento da ordem que resultava do equilíbrio das forças existentes na sociedade; tornou-se ela própria uma forma de inapelável concentração do poder. O juiz deixou de ser um intérprete das regras ditadas por Deus para garantir a harmonia do mundo criado ou para a restabelecer quando afectada, para se tornar alguém que se arroga o papel de representante do próprio Deus na aplicação de absolvições ou de sanções e até no direito de dispor da vida e da morte. Tal como aconteceu na esfera política, a justiça deu lugar ao abuso do poder e à arbitrariedade. Tornou-se possível aquilo que Jesus critica na sua parábola: o juiz que não temia a Deus nem respeitava pessoa alguma exercia o poder judicial como um poder próprio e incontestável. É isso o que o Juiz não pode nunca esquecer: o poder que exerce não vem dele próprio, mas de outrem.

A consciência, porém, de uma ordem divina equitativa, na qual tinham lugar não só as forças suficientemente poderosas para serem capazes de se combaterem umas às outras, não só os ricos e os detentores das armas, mas também os fracos e os pobres, permaneceu para sempre como o ideal cuja busca legítima tanto o próprio poder político como o poder judicial. Uma das sociedades em que é mais aguda a consciência do direito dos fracos é a europeia. Não, evidentemente, por acaso, mas por ser herdeira da tradição judaico-cristã em que Deus foi sempre concebido como o defensor dos pobres e desprotegidos. Sem dúvida, porque uma sociedade frágil, de pastores como foi inicialmente a judaica, estava constantemente ameaçada pelos Estados mais fortes que de todos os lados a rodeavam. De facto, apesar de todo o progresso que

representou, para a evolução da sociedade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e apesar de as sociedades europeias anteriores à Revolução Francesa terem uma prática, por assim dizer, paternalista da defesa dos direitos dos pobres, a tradição judaica atribuiu sempre um lugar fundamental ao contra-poder que era constituído pela voz dos profetas, e estes, por sua vez, nunca deixaram de criticar não só as infracções aos preceitos religiosos, mas também os abusos de poder praticados pelos detentores da realza e das forças económicas. Ao registar por escrito os discursos dos profetas e ao dar-lhes o carácter sagrado de toda a palavra inspirada por Deus, a Sinagoga reconhecia a necessidade da crítica social e da crítica política. Jesus Cristo inscreve-se directamente, como se sabe, nessa tradição religiosa e social. Tal como os profetas que o antecederam, não vem propôr reformas nem contestar as estruturas da sociedade. Vem lembrar verdades de sempre. Vem lembrar que existe uma ordem própria das coisas e que o poder legítimo, seja sob que forma for, política, jurídica ou económica, não pode ser usado para agravar os desequilíbrios e a violência que constantemente surgem no mundo. Vem lembrar que há valores e capacidades que não dependem da força nem do poder, e que nenhuma sociedade pode atingir o equilíbrio nem o progresso espiritual, nem garantir a renovação e a preservação da vida se não protege os fracos e tudo aquilo que, por estar no começo, é ainda frágil e indefeso. Daí a necessidade de reclamar não só uma justiça erudita, solene e poderosa, mas também uma justiça próxima, acessível, simples e eficaz na defesa dos mais fracos.

Aquilo de que falo aqui, ou seja da acessibilidade e da eficácia da justiça - uma acessibilidade e uma eficácia da qual não possam gozar apenas os que tiverem capacidade económica para isso - constitui evidentemente o problema mais grave da Justiça de todos os tempos, mas tornou-se hoje particularmente difícil de resolver devido à conflituosidade da sociedade contemporânea em que se debatem poderes desconhecidos de sociedades anteriores e enormes disparidades no seu uso. Conseguir que o sistema judicial continue a ser, na medida do possível, o garante da sociedade democrática é aquilo que certamente desejava todos os presentes.

- - -

Senhores congressistas: o sistema judicial português tem vícios e defeitos que são bem conhecidos de todos. Estes vícios impedem-no de ser a melhor garantia de um sistema político efectivamente democrático. A maior parte dos juizes portugueses sabem isto. Os que estão aqui propõem-se estudar e discutir os problemas que lhes dão origem e procurar soluções para eles. E para isso que estão reunidos neste Congresso. A sociedade civil, e creio que também o próprio poder político, só podem desejar que ele represente um passo importante na resolução desses problemas. Pela minha parte desejo sinceramente os melhores resultados para os vossos trabalhos.