

## CAPÍTULO 1

### A ÉPOCA DOS TRIBUNAIS

**O protagonismo dos tribunais e as transformações do Estado**  
É neste contexto que se deve analisar o fenómeno que ficou conhecido como expansão global do poder judiciário<sup>1</sup>, o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito. Por que razão estamos hoje tão centrados na ideia do direito e do sistema judicial como factores decisivos da vida colectiva democrática, do desenvolvimento de uma política forte e densa de acesso ao direito e à justiça, enfim, na ideia de levar a sério o direito e os direitos? Como é que chegámos até aqui? E até onde poderemos ir com os instrumentos que temos? Procurarei, de seguida, responder a estas questões.

Até muito recentemente, poucos de nós saberíamos os nomes dos juízes dos tribunais superiores ou supremos ou dos tribunais constitucionais. Os tribunais eram, como dizia o meu professor da Universidade de Yale, Alexander Bickel, o “*least dangerous branch of government*” – o órgão de soberania menos perigoso ou mais fraco por não ter sequer condições para a executar as suas próprias sentenças. Vivia, pois, na obscuridade de um insuperável *low profile*.

Durante parte do século XX, quando polémicos ou objectos de acesa atenção pública, os tribunais inclinaram-se para o conservadorismo, para o tratamento discriminatório da agenda política ou dos agentes políticos progressistas. Destacavam-se pela incapacidade de acompanhar os passos mais inovadores da transformação social, económica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. Em momentos de transformação social e política particularmente turbulenta, profunda e acelerada, quando era

<sup>1</sup> Ver Tate e Vallinder, 1995.

impossível fugir a algum protagonismo, os tribunais tenderam a tomar partido pelas forças conservadoras. Um dos casos mais dramáticos disto mesmo, foram as decisões do Supremo Tribunal da Alemanha, na República de Weimar, logo depois do fracasso da revolução alemã (1918-21), e os seus critérios duplos na punição da violência política da extrema-esquerda (comunistas e anarquistas) e da violência da extrema-direita (fascistas e nazistas). A diferença das penas para actos violentos semelhantes era chocante, punindo muito mais duramente a extrema-esquerda que a extrema-direita. Isso foi um tema de grande debate público e primeiro prenúncio do que dramaticamente aconteceu, anos mais tarde, com o nazismo<sup>2</sup>.

Também, nos anos de 1930, o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos destacou-se pelo modo como bloqueou sistematicamente as grandes reformas do Presidente Roosevelt, conhecidas por *New Deal*, invocando concepções de direito civil e de propriedade estritamente individualistas que não permitiam fazer avançar as reformas<sup>3</sup>. Também no Chile, no início da década de 1970, num momento de forte transformação política progressista conduzida pelo Presidente Salvador Allende, os tribunais adoptaram uma posição muito conservadora. Por não ter no Congresso uma maioria que garantisse a aprovação de mudanças legislativas, o Presidente Allende tentou implementar o seu plano de governo

<sup>2</sup> Ver Santos *et al*, 1996.

<sup>3</sup> Os EUA, contudo, têm sido o país em que mais se desenvolveu o activismo judicial ao longo do século XX, a ponto de as experiências de protagonismo judicial noutras regiões do mundo poderem ser referidas como um fenómeno de “norte-americanização” da justiça (Santos, 2009: 463). Já nos anos de 1960, podemos identificar uma afirmação de grande progressismo do Supremo Tribunal americano, com o chamado *Warren Court* que foi um baluarte da luta contra o racismo ao atender as reivindicações do movimento negro na luta pelos direitos cívicos. Era uma luta de muitas décadas, até de séculos, a que o sistema judicial de então deu uma resposta progressista. Hoje, nas primeiras décadas do século XXI, volta a falar-se de activismo judicial por parte do tribunal supremo mas desta vez de sinal político contrário, conservador.

através da aplicação de leis promulgadas nos anos de 1930, durante uma brevíssima república socialista, e que os governos seguintes se esqueceram de revogar. Alguns dos melhores advogados do país, solidários com Allende, travaram duras lutas jurídicas para garantir a aplicação de leis que formalmente ainda estavam em vigor. A reacção do sistema judicial foi totalmente negativa, assumindo uma posição extremamente conservadora que inviabilizou muitas das propostas do governo socialista.

Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A construção do Estado latino-americano ocupou-se mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário numa parte do aparato burocrático do Estado – um órgão para o poder político controlar – de facto, uma instituição sem poderes para controlar o Estado e seus mecanismos reguladores<sup>4</sup>.

Nos anos de 1950 e 1960, a política de substituição de importações e o Estado desenvolvimentista não viam os tribunais como parte das estratégias de superação do subdesenvolvimento. Na verdade, para as elites governantes, qualquer interferência na legislação deveria ser inibida para não prejudicar os novos modos de organização da produção. No pólo oposto, e por razões muito diferentes, a esquerda revolucionária tão pouco se ocupava do judiciário como mecanismo importante para a promoção da justiça social. Nos anos de 1970 e 1980, os regimes autoritários, por sua vez, não estavam interessados em fortalecer a instituição judicial ao ponto de ela poder interferir com as suas práticas repressivas.

Contudo, desde os finais da década de 1980, o sistema judicial adquiriu uma forte proeminência em muitos países, não só latino-americanos, mas também europeus, africanos e asiáticos. Este pro-

<sup>4</sup> Ver Sutil, 2000: 243-249.

tagonismo mais recente dos tribunais não se dirige explicitamente ao favorecimento de agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, assentando antes num entendimento mais amplo do controlo da legalidade e apostando, por vezes, na constitucionalização do direito ordinário como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fracção infinitesimal do trabalho judiciário é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para corresponder a um novo padrão do intervencionismo judiciário.

Ao abandonar o *low profile* institucional, o judiciário assume-se como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo. Esta proeminência e, conseqüentemente, o confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano tem-se manifestado sobretudo em três campos: na garantia de direitos, no controlo da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política. Na década de 1990 do século passado, em Itália, pudemos assistir à prisão, em Milão e Roma, de várias centenas de grandes empresários e políticos no âmbito da grande iniciativa judicial contra a corrupção, a chamada operação mãos limpas (*mani pulite*), que levou à desestruturação do sistema político italiano do pós-guerra. Nos anos mais recentes ficaram conhecidas as tentativas do governo de Berlusconi para tentar domesticar o ministério público e o sistema judiciário em geral, procurando evitar que voltassem a assumir tal notoriedade.

Para este novo protagonismo não é possível identificar uma só razão. Em primeiro lugar, devemos ter em conta a posição do país no sistema mundial e o seu nível de desenvolvimento económico e social. A experiência e a trajectória dos tribunais são diferentes nos países centrais, nos países semiperiféricos, como é o caso de Portugal e do Brasil, e nos países periféricos de África e de outros países da América Latina. E é também diferente consoante as diferentes culturas jurídicas que existem nesses países e os processos

históricos que levaram à construção do Estado. Por exemplo, nos países que estiveram sujeitos ao colonialismo europeu as marcas deixadas por ele são ainda hoje visíveis tanto no sistema jurídico como no sistema judicial. Apesar da diversidade internacional neste domínio, é possível dizer, muito em geral, que o novo protagonismo dos tribunais está relacionado com o desmantelamento do Estado intervencionista, quer do Estado desenvolvimentista de muitos países da periferia e semiperiferia do sistema mundial, quer do Estado-Providência, o Estado de bem-estar relativamente avançado, que tem vigorado em muitos países da Europa, caracterizado por políticas sociais universais com forte conteúdo redistributivo, o Modelo Social Europeu (altos níveis de competitividade combinados com altos níveis de protecção social). Efectivamente, nos últimos trinta anos, com o neoliberalismo, criou-se o mito de que o Modelo Social Europeu não poderia ser exportado e de que, pelo contrário, só o modelo liberal norte-americano era potencialmente universal<sup>5</sup>. A crise financeira e económica que assola o Sul

<sup>5</sup> A sociologia económica e política distingue vários modelos de capitalismo: capitalismo liberal, norte-americano; capitalismo social-democrático, europeu, com várias *nuances*; capitalismo corporativo, asiático, também com algumas variantes; e o capitalismo semiperiférico do sul da Europa. Com o avanço do neoliberalismo, passou a entender-se que o modelo norte-americano era, não só o melhor, como também o único com capacidade de sobrevivência. Como é sabido, este modelo sempre assentou num fraquíssimo Estado social, o que explica, por exemplo, que 49 milhões de cidadãos do país mais rico do mundo não tenham até agora seguro médico por incapacidade financeira para o pagar. Nos últimos anos, assistimos ao duelo entre a administração Obama e a oposição no que toca à reforma do sistema de saúde. A proposta do governo visava o alargamento da cobertura de saúde, passando a incluir 31 milhões de pessoas. Com a vitória de Barack Obama nas eleições de 2012 e depois do o Supremo Tribunal ter julgado improcedente uma acção que questionava a constitucionalidade da reforma, é de prever que o sistema de saúde norte-americano se torne mais inclusivo ainda que isso implique um fortalecimento perigoso das companhias de seguros de saúde. O modelo social europeu tem estado sob ataque nos diferentes países europeus e os outros países do mundo têm sido

da Europa desde 2009 é reveladora da intenção do neoliberalismo imperante em mostrar que nem mesmo na Europa o modelo social europeu é sustentável.

O protagonismo dos tribunais emerge desta mudança política por duas vias: por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contractos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos económicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. Parte da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde, etc.). A Suécia, provavelmente detentora do melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial; a Holanda é, também, um dos países com uma das mais baixas taxas de litigação na Europa. O que significa que a litigação tem a ver, não só com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efectividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação.

Desde o primeiro Governo Lula, o Brasil, sem ter um Estado-providência muito denso, tem vindo a consolidar novas políticas sociais selectivas (sujeitas à prova de rendimentos)<sup>6</sup>. A Constituição

pressionados a não tentarem a sua adopção. Para os sectores conservadores e o capital financeiro a crise financeira que assola hoje a Europa do Sul e amanhã talvez toda a Europa só terá “solução” na medida em que o Estado social for desmantelado.

<sup>6</sup> O bolsa família, por exemplo, pode ser citado como programa social com um nível de execução bastante elevado. Criado pela Lei nº 10.836/2004, de 9 de Janeiro, é um programa de transferência de renda directa através do qual o Governo Federal brasileiro concede benefícios em dinheiro mensais e variáveis a famílias em situação de extrema pobreza. O programa associa o benefício financeiro ao acesso a direitos sociais básicos: saúde, educação, alimentação e assistência social. Para tanto, a execução do programa é descentralizada e requer o esforço, para além do Governo Federal, de Estados e Municípios. O poder público é responsável pela oferta de serviços educacionais e de saúde, cabendo aos Municípios a inscrição das famílias

de 1988, símbolo da redemocratização brasileira, foi responsável pela ampliação do rol de direitos, não só civis, políticos, económicos, sociais e culturais, como também dos chamados direitos de terceira ou quarta geração: meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor. Mesmo descontando a debilidade crónica dos mecanismos de implementação, a Constituição de 1988 veio aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias, de tal forma que, a execução deficiente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais. Acresce o facto de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado os mecanismos e as instituições a que se pode lançar mão para recorrer aos tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de acções directas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interporem acções em nome dos seus associados<sup>7</sup>, a consagração da autonomia do Ministério Público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça. A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. Sem surpresa, os instrumentos jurídicos que estavam presentes no período autoritário, como a acção popular e acção civil pública, passam a ser largamente utilizados só depois de 1988. Um caso exemplar do recurso à intervenção judiciária para tentar impedir o desmantelamento do Estado desenvolvimentista brasileiro foi o das várias acções judiciais propostas para anular os

pobres no Cadastramento Único. Para continuarem a receber o benefício, as famílias obrigam-se a manter as crianças e adolescentes na escola e a comparecer nos postos de saúde para o acompanhamento de gestantes e crianças menores de sete anos.

<sup>7</sup> No campo das estratégias jurídico-institucionais existentes no Brasil para viabilizar e fomentar a defesa judicial de direitos colectivos, difusos e individuais homogéneos, deve-se citar ainda a Lei de Acção Civil Pública e as importantes alterações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

editais de privatização das empresas estatais, sobretudo, durante o governo Fernando Henrique Cardoso<sup>8</sup>.

Outro exemplo, no domínio das políticas de saúde é o recurso aos tribunais para garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos<sup>9</sup>. Nos noticiários jurídicos brasileiros abunda a publicitação de casos de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos<sup>10</sup>. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, a quem primordialmente compete a efectivação das prestações sociais.

Em Portugal, a forte limitação dos instrumentos processuais na jurisdição administrativa, que se manteve até à reforma do contencioso administrativo de 2004, não permitiu que ao alargamento do

<sup>8</sup> Para uma análise mais detalhada das possibilidades de intervenção judicial contra acções políticas e económicas do Governo no caso brasileiro, ver Arantes, 1997.

<sup>9</sup> Um magistrado brasileiro referiu-me que uma boa parte do seu trabalho era dar medicamentos.

<sup>10</sup> Face à recorrente incidência de processos relacionados com o direito à saúde no Supremo Tribunal Federal (STF), o tema foi objecto de uma audiência pública neste tribunal em 2009. No âmbito do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, o STF ressaltou a obrigação do Estado de assegurar o direito à saúde, não estando comprovadas grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. De acordo com a conclusão do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes: “a ineficiência administrativa, o descaso governamental com os direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste à protecção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República...”. Em Agosto de 2010, foi instalado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. De acordo com os dados preliminares recolhidos pelo Fórum, registam-se mais de 11 mil processos nas justiças estadual e federal relativos a demandas de assistência à saúde. Sobre o tema, ver Nunes, 2010; Ventura *et al*, 2010; Borges e Ugá, 2010.

catálogo de direitos constitucionalmente consagrados e à previsão de normas programáticas provenientes da Constituição de 1976 correspondesse um aumento do recurso aos tribunais no que toca à efectivação de direitos sociais, económicos e culturais. Durante quase 30 anos, a jurisdição administrativa viu-se manietada por constrangimentos processuais, que erigindo a separação de poderes em princípio absoluto, dificultava seriamente a mobilização do sistema judicial contra o executivo. A partir de 2004, os tribunais da jurisdição administrativa passaram a ocupar o palco central de resolução de litígios há muito afastados da cena judicial, fruto, não só da maior consolidação da consciência social dos direitos, nomeadamente dos direitos de terceira geração, mas também da reforma do contencioso administrativo<sup>11</sup>.

Na passagem de regimes autoritários para regimes democráticos, as sociedades periféricas e semiperiféricas passaram pelo que designo de curto-circuito histórico, ou seja, pela consagração no mesmo acto constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí falar-se de várias gerações de direitos). A constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efectivação, e abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controlo da cons-

<sup>11</sup> Veja-se, entre muitos outros exemplos, dois particularmente expressivos. Por um lado, as sentenças proferidas nas acções cautelares propostas com vista à suspensão dos actos de concessão de licença para a co-incineração de resíduos perigosos e não perigosos em Souselas e no Outão, que constituíram uma referência histórica no marco da acção ambientalista. Por outro, a acção proposta pelas organizações não-governamentais *Women on Waves*, *Não te Prives*, *Acção Jovem pela Paz*, *Clube Safo* e *UMAR*, contra o Ministério da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar e o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, que haviam impedido a entrada em águas territoriais nacionais do navio *Borndiep*, que possuía a bordo uma clínica apetrechada para realizar interrupções voluntárias de gravidez. A acção baseou-se no pedido de intimação para protecção de direitos liberdades e garantias, então acabado de criar.

titucionalidade do direito ordinário. Se no caso brasileiro, um bom exemplo desse tipo de intervenção judicial está na protecção jurídica alcançada por casais homoafectivos – ao aplicar o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos casais homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutele seus interesses<sup>12</sup> – em Portugal, o recurso aos tribunais no caso do direito LGBTT ao casamento civil assumiu um carácter conservador, tendo sido alcançado pela via política<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Neste âmbito, vale referir a jurisprudência que, no Brasil, vem sendo construída no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Veja-se, por exemplo, decisão do Recurso Especial nº 395.904/RS em que foram reconhecidos direitos previdenciários a casais homossexuais (Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, sexta turma). Em Abril de 2010, o STJ, em forma inédita e histórica, decidiu pela consagração do direito de adopção independente da orientação sexual. Em 2009, na Acção de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178, a Procuradora-Geral da República pediu que se declare a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição de união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros de união estável estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Sobre o tema ver Rios, 2002; Dias, 2000 e Kotlinski *et al* (orgs.), 2007.

<sup>13</sup> Mais recentemente, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre esta questão por duas vezes. A primeira, antes da aprovação da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, na qual aquele tribunal entendeu que “saber se as normas impugnadas [referentes ao casamento civil] violam o princípio da igualdade é uma questão cuja resposta se encontra na concepção do casamento adoptada”, que cabe apenas ao legislador ordinário, não existindo qualquer imposição constitucional na previsão de um casamento entre pessoas do mesmo sexo. Decidiu o tribunal que “improcede, assim, a alegada violação do direito a contrair casamento e, ainda, a dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sendo certo que é manifestamente deslocada a invocada violação da garantia de constituição e tutela de família, resultante do artigo 36º, nº 1, conjugado com o artigo 67º da Constituição, já que nada obsta a que as recorrentes, mesmo sem a celebração jurídica do casamento, pudessem ou possam constituir “família” (Acórdão nº 359/2009, ver <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>, acedido em 30 de Abril de 2011). A segunda vez foi para se pronunciar, a título preventivo, por solicitação do Presidente da República,

Uma outra razão para o protagonismo dos tribunais é o combate à corrupção<sup>14</sup>. Esta foi sempre uma questão tratada em duas perspectivas nos estudos sociojurídicos: a da luta jurídica e judiciária contra a corrupção; e a da luta contra a corrupção dentro do judiciário. Particularmente nos países periféricos do sistema mundial, assume especial urgência a luta contra a corrupção do judiciário

sobre o decreto da Assembleia da República que viria a dar origem ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Neste segundo acórdão (Acórdão nº 121/2010), o Tribunal Constitucional decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas aí contidas, argumentando que, da mesma forma que a Constituição não impõe a existência de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, também não o proíbe (ver <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>, acessado em 30 de Abril de 2011).

<sup>14</sup> No caso brasileiro, o protagonismo que o julgamento dos casos de corrupção traz para o judiciário vê-se muito claramente no destaque dado à actuação dos tribunais federais com a criação das varas de lavagem de dinheiro. Neste caso, é importante salientar a acção conjunta da justiça federal, Polícia Federal e Ministério Público Federal. Sobre a corrupção no Brasil, ver Avritzer *et al* (orgs.), 2008. Em 2012, o julgamento pelo STF do caso do “mensalão” (caso de corrupção em que estiveram envolvidos altos dirigentes do Partido dos Trabalhadores) transformou-se num caso exemplar de “justiça dramática” (ver adiante). Em Portugal, as medidas de combate à corrupção, muitas em cumprimento de decisões quadro do Conselho Europeu, têm-se prendido, essencialmente, com o alargamento da responsabilização penal e dos instrumentos de combate à corrupção ao sector privado e à participação económica em negócio, bem como com o alargamento das necessidades de comunicação da prática de actos por entidades privadas. Veja-se, a título de exemplo, a Lei nº 19/2008, de 21 de Abril, a Lei 20/2008, de 21 de Abril e o Decreto-Lei nº 317/2009, de 30 de Outubro. A alteração da organização judiciária, com a criação de tribunais especializados, com competência para processos de corrupção ou criminalidade económico-financeira, medida nunca adoptada em Portugal, tem, no entanto, vindo a ser reclamada pelo Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO) e pela Transparência e Integridade, Associação Cívica. Sobre a corrupção em Portugal, ver Sousa e Triães (2008) e o relatório de Portugal *Timed Out: how statutes of limitation affect the prosecution of corruptions in UE member states*, disponível em <http://www.transparencia.pt/httpdocs/wp-content/blogs.dir/2/files/2011/01/Relatorio-SoL-Nov-2010-PT.pdf>, acessado em 29 de Abril de 2011.

como condição prévia à luta do judiciário contra a corrupção. Na América Latina, até há alguns anos atrás, quando se falava de corrupção e de judiciário, tinha-se menos em mente o combate judicial contra a corrupção do que o combate à corrupção judicial<sup>15</sup>. Grande parte dos investimentos que se fizeram na América Latina na área da justiça visaram baixar os níveis de corrupção dentro do judiciário, alterando, por exemplo, o padrão de remuneração de magistrados e funcionários, criando medidas no sentido da maior independência com controlo interno e externo e outras formas de reorganização do poder judicial.

Sempre que levou a cabo o combate à corrupção, o judiciário foi posto perante uma situação quase dilemática: se, por um lado, esse combate contribuiu para a maior legitimidade social dos tribunais, por outro, aumentou exponencialmente a controvérsia política à volta deles. É que o perfil histórico dos tribunais da era moderna centrou-se muito mais em julgar “os de baixo” do que em julgar “os de cima”. As classes populares, durante muito tempo, só tiveram contacto com o sistema judicial pela via repressiva, como seus utilizadores forçados. Raramente o utilizaram como mobilizadores activos. A questão da impunidade dos poderosos está inscrita na própria matriz do Estado liberal que, como se sabe, não é um Estado democrático na sua origem. A igualdade formal de todos perante a lei não impede que as classes que estão no poder, sobretudo na cúpula do poder, não tenham direitos especiais, imunidades e prerrogativas que, nos casos mais caricaturais, configuram um autêntico direito à impunidade.

<sup>15</sup> No caso do Brasil, o combate à corrupção dentro do judiciário tem dado destaque à actuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especialmente da Corregedoria Nacional de Justiça. O CNJ tem promovido o afastamento de diversos magistrados de primeiro e segundo grau bem como concedido aposentadorias compulsórias a juízes envolvidos em casos de corrupção, veja-se a Revisão Disciplinar 00003255320102000000, o Processo Administrativo Disciplinar 200910000007880; e as Sindicâncias 200910000016959 e 200910000016832.

Ora, no momento em que os tribunais começam a julgar “para cima”, em que começam a incriminar e a julgar grandes empresários ou membros da classe política, a situação muda. Neste campo, estamos no domínio do que designo justiça dramática, aqueles casos que levam a tribunal pessoas conhecidas da comunicação social, políticos ou agentes económicos de alto perfil na sociedade. Esta justiça dramática judicializa a política e politiza os tribunais. O combate à corrupção que, em regra, surge devido a uma certa conjuntura política, leva a que muitos dos conflitos políticos acabem por ser resolvidos em tribunal. É esse o momento em que se verifica uma das faces da judicialização da política<sup>16</sup>. Defendo que há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política. Tal pode ocorrer por duas vias principais: uma, de baixa intensidade, quando membros isolados da classe política são investigados e eventualmente julgados por actividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição social destacada lhes confere; e outra, de alta intensidade, quando parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais de distribuição de recursos do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente.

A judicialização da política verifica-se ainda face a um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso

<sup>16</sup> Ver Santos, *et al*, 1996: 15-56.

aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua efectivação. Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. Para além do impacto no sistema político, a judicialização da política afecta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário. Esta torna-o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo.

Nas situações de maior protagonismo dos tribunais, como se vê em casos graves de corrupção, de um lado, assiste-se à exposição dos processos judiciais e seus actores na ribalta mediática, gerando uma tensão entre a lógica de acção mediática e a lógica de acção judicial, conforme desenvolvo mais abaixo<sup>17</sup>. De outro lado, a complexidade dos casos pode fragilizar os tribunais não souberam gerir as debilidades do seu desempenho. Como identificámos no estudo de monitorização da reforma penal de 2007<sup>18</sup>, a condução de “mega-processos” torna-se impossível de gerir, fazendo arrastar indefinidamente a fase de inquérito, que procura dar resposta a todos os tipos de crimes que os factos sumariamente indiciam, diluindo a prova e fragilizando a sua sustentação em fase de julgamento.

Neste contexto – diferente de país para país, mas convergente no seu sentido geral –, temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário. Esta transferência da legitimidade é um processo gradual, nalguns Estados a ocorrer mais rapidamente do que noutros. Esse movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema

<sup>17</sup> Ver mais adiante, o tópico sobre os tribunais e os media.

<sup>18</sup> Santos e Gomes (orgs.), 2009a.

judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Acontece que a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades de o judiciário ser uma solução é, ela própria, uma fonte de problemas. Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa<sup>19</sup> e, rapidamente, de solução passa a problema. Acresce que, se as expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração. Tudo isto ocorre num contexto de maior visibilidade social do sistema judicial, o qual, entretanto, se tornou alvo e, por vezes, refém dos meios de comunicação social<sup>20</sup>. Esta visibilidade alterou, profundamente, o lugar do sistema judicial dentro da sociedade.

Na actualidade, a expansão do judiciário e o primado do direito foram também incorporados no vocabulário do consenso hegemónico neoliberal. O modelo de desenvolvimento neoliberal, dada a sua maior dependência dos mercados e do sector privado, exige um marco jurídico para o desenvolvimento que fomente o comércio estabilizando as expectativas das transacções, dos investimentos e dos lucros. Nos termos do consenso neoliberal sobre o Estado de direito e a reforma judicial<sup>21</sup>, a tarefa fundamental do sistema judicial é garantir a certeza e a previsibilidade das relações jurídicas, clarificar e proteger os direitos de propriedade, exigir o cumprimento das obrigações contratuais, etc. O sistema judicial é responsável por prestar um serviço equitativo, ágil e transparente. A reforma judicial passa a ser um componente essencial do novo

<sup>19</sup> Tenho chamado atenção para os limites da capacidade operativa do judiciário para atender às expectativas que lhe são depositadas neste novo contexto. Sempre que o protagonismo judicial ocorre se levantam a respeito dos tribunais três questões: a questão da legitimidade, a questão da capacidade e a questão da independência. Ver Santos *et al.*, 1996.

<sup>20</sup> Ver mais adiante, o tópico sobre os tribunais e a comunicação social.

<sup>21</sup> Sobre as diferentes dimensões do consenso hegemónico global, ver Santos, 2009: 454-505.

modelo de desenvolvimento e a base de uma boa administração. Não à toa, as agências de ajuda internacional passaram a dar prioridade aos programas de reforma judicial e de construção do Estado de direito em muitos países em desenvolvimento<sup>22</sup>. Nunca como hoje tanto dinheiro foi investido no sistema judicial, tradicionalmente uma das áreas de cooperação internacional que não tinha expressão financeira. Calcula-se que se tenham gasto 300 bilhões de dólares em projectos de reforma e o mais dispendioso terá sido o do sistema jurídico e judicial da Rússia, depois do colapso do sistema soviético<sup>23</sup>.

Tendo como ponto de partida a ideia de que as sociedades assentam no primado do direito e não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente, o novo padrão de intervenção judiciária reconhece que é preciso fazer grandes investimentos para que isso ocorra, seja na dignificação das profissões jurídicas e judiciárias, na criação de modelos organizativos que tornem o sistema judiciário mais eficiente e acessível, seja nas reformas processuais e na formação de magistrados e funcionários. O alcance e o sentido de uma refundação democrática do judiciário irão, contudo, depender da orientação das reformas judiciais em cada país e da intensidade da influência exercida pela globalização hegemónica do direito e da justiça<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Ver Burgos, 2009.

<sup>23</sup> Sobre a globalização das reformas do sistema judiciário e do direito, ver Santos, 2002 e 2003; sobre o caso específico da Colômbia, ver Santos, 2001: 151-184.

<sup>24</sup> Defendo que a imposição do consenso judicial pelos actores da globalização hegemónica (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, grandes agências multilaterais e nacionais) assume em cada país diferentes intensidades de acordo com o tipo de convergência institucional entre os protagonistas da agenda política local e as instituições e países hegemónicos globais. Ver Santos, 2009: 454-505.

## As políticas do judiciário e a politização do direito

Tenho defendido que uma das características mais centrais do nosso tempo, talvez a que melhor define o seu carácter transicional, é a discrepância entre perguntas fortes e respostas fracas. As perguntas fortes dirigem-se não só às nossas opções de vida individual e colectiva, mas sobretudo às fundações que criam o horizonte de possibilidades entre as quais é possível escolher. São, portanto, questões que provocam um tipo particular de perplexidade. As respostas são fracas quando não põem em causa o horizonte hegemónico e consensual de possibilidades, imaginando que ele contém todas as respostas possíveis ou legítimas. No que toca ao papel do direito e da justiça nas sociedades contemporâneas, impõe-se a seguinte pergunta forte: Se o direito tem desempenhado uma função crucial na regulação das sociedades, qual a sua contribuição para a construção de uma sociedade mais justa? A resposta fraca consiste em reduzir esta discussão ao âmbito do consenso global acerca da importância do Estado de direito e das instituições jurídicas para assegurar o desenvolvimento económico. A busca por uma resposta forte exige que se ponha em causa este consenso hegemónico, indagando quais as condições para a construção de um novo senso comum jurídico e o seu papel para a emancipação social.

Penso que vivemos um momento em que se está a ensaiar uma nova fase. O neoliberalismo revelou as suas debilidades. Não garantiu o crescimento, aumentou tremendamente as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza na vida das classes populares, para além de fomentar uma cultura de indiferença à degradação ecológica. Nesta nova fase, podemos identificar, em relação ao judiciário, dois grandes campos.

O primeiro é um campo hegemónico. É o campo dos negócios, dos interesses económicos, que reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, que permita a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de pro-

priedade. Os protagonistas do campo hegemónico são o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e as grandes agências multilaterais e nacionais de ajuda ao desenvolvimento, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento, a USAID, etc. É neste campo que se concentra a grande parte das reformas do sistema judiciário por todo o mundo. Há vários anos que analiso as reformas que tiveram lugar em vários países, sobretudo, na Europa, na América Latina e em África<sup>25</sup>. Com diferentes níveis de intensidade, o sistema judicial desses países está a ser orientado para atender às expectativas deste campo hegemónico, o que significa que as reformas se centram, muito selectivamente, nos sectores que melhor servem aos interesses económicos, deixando de fora todos os outros<sup>26</sup>. As reformas são orientadas, quase exclusivamente, pela ideia de rapidez, isto é, pela necessidade de se construir um sistema de justiça célere. Há áreas do judiciário e formas de actuação que são consideradas importantes e outras não. A formação dos magistrados, por exemplo, é orientada, fundamentalmente, para as necessidades da economia.

Há, contudo, um outro campo. Designo-o por campo contra-hegemónico. É o campo dos cidadãos que tomaram consciência

<sup>25</sup> Ver Santos *et al*, 1996; Santos e García-Villegas (orgs.), 2001; Santos e Trindade (orgs.), 2003 e Santos e Van Dúnem (coords.), 2010.

<sup>26</sup> Basta verificar a assimilação entre direito e desenvolvimento económico defendida no âmbito da estratégia de governação do Banco Mundial: "...os países da América Latina e das Caraíbas melhoram a governação, expandem o papel do sector privado, e avançam para ambientes políticos e económicos mais estáveis e a reforma judicial será um complemento essencial. A reforma judicial beneficia todos os utentes. Beneficia o sector privado tornando as transacções comerciais mais previsíveis, e beneficia o sector público estabelecendo uma melhor regulação e responsabilização. Finalmente, beneficia as pessoas aumentando o acesso a programas e serviços de assistência jurídica. O primado do direito estabelece o princípio básico para uma economia sã. Em particular, a reforma judicial direccionada para a implementação efectiva da lei é de importância central na reforma do papel do Estado e na implementação de estratégias de desenvolvimento" (Burki, 1995: 11-12).

de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos e que, por isso, vêem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social. Instala-se um certo inconformismo em relação à discrepância entre os direitos consagrados e os direitos aplicados. O que os cidadãos vêem todos os dias é a exclusão social, a precarização do trabalho e dos rendimentos, o colapso das expectativas causado pela insegurança jurídica que caracteriza os “seus direitos”, a violência que lhes entra pela porta ou os surpreende na rua, nos bares ou nas escolas. O que eles vêem é aquilo que eu chamo fascismo social<sup>27</sup>. É um fascismo que não é criado directamente pelo Estado. É criado por um sistema social muito injusto e muito iníquo que deixa os cidadãos mais vulneráveis, pretensamente autónomos, à mercê de violências, extremismos e arbitrariedades por parte de agentes económicos e sociais muito poderosos. Mas, esses cidadãos têm progressivamente mais consciência de que têm direitos e de que esses direitos devem ser respeitados. Nos últimos trinta anos, muitos desses cidadãos organizaram-se em movimentos sociais, em associações, criando um novo contexto para a reivindicação dos seus direitos<sup>28</sup>.

Este contexto, que corresponde tanto a uma utilização renovada do direito, que passa a integrar o repertório da acção colectiva dos movimentos sociais, quanto a uma renovação da constituição epistemológica dos movimentos sociais, que passa a incorporar novas identidades subalternas, tem como denominador comum a utilização dos instrumentos jurídicos como ferramentas contra-hegemónicas.

<sup>27</sup> Sobre o conceito de fascismo social, ver Santos, 2006a: 309.

<sup>28</sup> Sobre a emergência e protagonismo dos novos sujeitos colectivos de direito, ver Sousa Júnior, 2008 e Wolkmer, 2006.

É curioso ver que a actuação dos movimentos sociais, numa fase inicial, assentava numa leitura céptica<sup>29</sup> acerca do potencial emancipatório do direito e não acreditavam na luta jurídica<sup>30</sup>. O raciocínio, na esteira teórica dos *Critical Legal Studies*, era algo como: “o direito é um instrumento da burguesia e das classes oligárquicas, e sempre funcionou a favor delas; se o direito só nos vê como réus e para nos punir, para quê utilizar o direito?”. O Movimento dos Trabalhadores sem Terra (MST), por exemplo, inicialmente muito céptico a respeito da mobilização do direito, mudou de atitude<sup>31</sup> a partir de determinada altura, uma mudança que analiso em detalhe em alguns dos meus trabalhos<sup>32</sup>. A criminalização dos seus integrantes e o envolvimento dos tribunais nos conflitos de terra, através sobretudo das acções de reintegração de posse, foram a porta de entrada para a qualificação jurídica do movimento que, em contrapartida, passou a se valer das funções<sup>33</sup> instrumentais, políticas e simbólicas do direito e dos tribunais também a seu favor. Começaram a surgir processos judiciais em que o MST saiu vencedor e o próprio movimento passou a resignificar a sua luta a partir do vocabulário do campo jurídico, propugnando uma hermenêutica crítica e contra-hegemónica dos institutos jurídicos, apropriando-se de conceitos como o de função social

<sup>29</sup> Ver Duarte, 2011.

<sup>30</sup> O maior ou menor recurso ao direito e aos tribunais varia de acordo com a constituição e características de cada movimento social. Ao analisar a relação entre os tribunais e os movimentos sociais em Portugal, Duarte (2011) aponta, por exemplo, diferenças entre as acções de movimentos populares de base, mais permeáveis a acção directa, e o movimento ambientalista, mais permeável a acção institucional.

<sup>31</sup> Esta mudança ganha força a partir de 1995, com o início da articulação da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP), ver mais abaixo tópico sobre a advocacia popular.

<sup>32</sup> Ver Santos e Rodriguez-Garavito, 2005, Santos e Carlet, 2010 e, ainda, Uprimny e García-Villegas, 2003 e Houtzager, 2007.

<sup>33</sup> Sobre as funções dos tribunais nas sociedades contemporâneas, ver Santos *et al*, 1996.

da propriedade ou denunciando as violações de direitos humanos subjacentes aos conflitos fundiários<sup>34</sup>. É este o contexto em que se verifica a emergência do que denomino legalidade cosmopolita ou subalterna. No âmbito da legalidade cosmopolita, uma coisa é utilizar um instrumento hegemónico, outra coisa é utilizá-lo de maneira hegemónica. Sobressaem-se, aqui, duas ideias interligadas: é possível utilizar instrumentos hegemónicos para fins não hegemónicos sempre e quando a ambiguidade conceptual que é própria de tais instrumentos seja mobilizada por grupos sociais para dar credibilidade a concepções alternativas que aproveitem as brechas e as contradições do sistema jurídico e judiciário<sup>35</sup>.

Esta ideia, de que o direito é contraditório e pode ser utilizado pelas classes subalternas, vai de par com outra, a de que as possibilidades não jurídico-judiciais de transformação social estão por agora bloqueadas. Não está na agenda política a revolução. Tão pouco parece estar na agenda política o socialismo. O reformismo, por sua vez, ao dirigir-se para a reforma do Estado, que sempre foi entendido como sujeito das reformas e não seu objecto, tenta remediar a sua própria crise. Em face disto, o que resta é levar o direito e os direitos a sério. E as classes populares que se tinham habituado a que a única maneira de fazer vingar os seus interesses era estar à margem do marco jurídico demoliberal, começaram a ver que, organizadamente, poderiam obter alguns resultados pela apropriação, tradução, resignificação e utilização estratégica desta legalidade. É, a partir daí, que os movimentos começam a utilizar o direito e os tribunais como uma arma. Eu aprendi isto em 1980, quando estudava as ocupações no Recife, e pude constatar que o D. Hélder Câmara contratava os melhores jovens advogados do Recife para poder apoiar a luta pela legalização das ocupações de

<sup>34</sup> Ver, nesse sentido, os relatórios periódicos da Comissão Pastoral da Terra “Conflitos no Campo Brasil”.

<sup>35</sup> Ver Santos, 2003.

terras à luz de preceitos constitucionais, que ainda não eram os da Constituição de 1988, e organizava à volta da acção judicial uma forte mobilização política<sup>36</sup>.

Mas, os movimentos sociais trouxeram, ainda, uma outra ideia muito importante. Mostraram que esta procura efectiva de direitos é a ponta do icebergue. Para além dela, há outra procura que eu designo de *procura suprimida*. Há uma demanda ou procura efectiva dos tribunais, que é a que se conhece, uma demanda ou procura potencial, que é aquela que se pode conquistar pelas reformas processuais. Mas, há também uma outra área, que é a da procura suprimida. É a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados. Não é a filantropia, nem a caridade das organizações não-governamentais que procuram; apenas reivindicam os seus direitos. Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias, etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura invisibilizada. Para reconhecer a sua presença, precisamos daquilo que noutros trabalhos tenho designado por uma sociologia das ausências<sup>37</sup>. A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo activamente construído como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares é *procura suprimida*. É essa procura que está, hoje, em discussão. E se ela for considerada, vai levar a uma grande transformação do sistema judiciário e do sistema jurídico no seu todo, tão grande que fará sentido falar da revolução democrática da justiça.

<sup>36</sup> Ver Santos, 1983.

<sup>37</sup> Ver Santos, 2006a: 87-125.

É essencial termos a noção da exigência que está pela frente. Para satisfazer a procura suprimida são necessárias profundas transformações do sistema judiciário. Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária. Outras faculdades de direito. Uma outra formação de magistrados. A exigência é enorme e requer, por isso, uma vontade política muito forte. Não faz sentido assacar a culpa toda ao sistema judiciário no caso de as reformas ficarem aquém desta exigência. Em grande medida, o sentido e o resultado das reformas vai depender de uma certa estrutura de oportunidades. Qual é o sentido da opinião pública a esse respeito? Qual a vontade política do poder legislativo e do poder executivo? Que tipo de mobilização política pode ser feita para sustentar uma mobilização jurídica de aprofundamento democrático? Que fracturas existem no seio dos corpos judiciários (juízes, membros do ministério público, advogados, defensores públicos, etc.)? Qual o nível de corporativismo defensivo das profissões jurídicas? Eu penso que estas são as questões centrais a que será necessário dar alguma atenção<sup>38</sup> e vou procurar responder a algumas delas.

Admitindo que seja possível, uma revolução democrática da justiça será certamente uma tarefa extremamente exigente. Faz sentido que se tome como ponto de partida uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário, na concepção que proponho, o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, que é preciso analisar. Identifico, de forma breve, os vectores principais dessa transformação: profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no

<sup>38</sup> Uma reflexão recente e muito lúcida dos desafios postos ao judiciário brasileiro pode ler-se em Falcão, 2007. Sobre Portugal, ver Santos (2005d) e Rodrigues (2009).

acesso ao direito e à justiça; o novo e o velho pluralismo jurídico; organização e gestão judiciárias socialmente responsáveis; revolução na formação jurídica, desde as faculdades de direito até à formação profissional; novas concepções de independência judicial; uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e os media, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; uma cultura jurídica democrática e não corporativa.

Se analisarmos cada uma destas transformações, verificamos que todas elas são necessárias e que só em conjunto poderão dar origem a um novo paradigma jurídico e judiciário. É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças sociais. Mas tem que assumir a sua quota-parte de responsabilidade na resolução. O sistema judicial está, hoje, colocado perante um dilema. Se não assumir a sua quota-parte de responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social como politicamente. Deixará de ter aliados na sociedade e isolar-se-á cada vez mais. Se, pelo contrário, assumir a sua quota de responsabilidade, politizar-se-á e, com isso, aumentará o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instâncias de poder. Verdadeiramente, a um sistema judicial democrático não resta outra alternativa senão a segunda. Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que o possam ajudar a assumir a sua relevância política.

Passo agora a identificar algumas das grandes transformações desta tarefa exigente a que chamo a revolução democrática da justiça.