

Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa

Secção Autónoma de Direito

**A ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL ENQUANTO
CONDICIONANTE DA REALIZAÇÃO DO DIREITO**

Nuno Miguel P. R. Coelho

Tese submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em “Novas Fronteiras do Direito”

Orientador:

Prof. Doutor Pierre Guibentif

(Julho 2008)

Lombada

**Nuno
Miguel
P. R.
Coelho**

**A ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL ENQUANTO CONDICIONANTE DA
REALIZAÇÃO DO DIREITO**

**Julho
2008**



Resumo:

Através desta investigação procura-se salientar a importância que tem a organização e o *modus operandi* do sistema judicial para a realização do direito e, pela via da investigação, contribuir para a obtenção de um sentido mais enriquecido da noção de jurisdição.

Questionando, em virtude do que resulta da actividade judiciária, se as condições de realização da tarefa jurisdicional, mais precisamente as questões organizativas da justiça, influenciam a forma de ver e pensar a própria jurisdição e, por aí, o sentido da realização jurisdicional do direito.

Procurando delinear, através dessa mesma questão, um quadro de articulação das múltiplas e distintas abordagens sobre a actividade e o desempenho do sistema judicial, sobretudo ao nível das condições práticas de realização jurisdicional do direito.

Colocando a possibilidade de encontrar, a propósito desse tema, um discurso conciliador dessas visões multiformes e multidisciplinares sobre o sistema judicial, e projectando, dessa forma, num quadro unitário e mais consistente, as três dimensões básicas da realidade judiciária.

Uma análise que, por essa via, possibilitará a clarificação do que muito de disperso e por vezes contraditório se tem dito sobre a “reforma da justiça”. Dando conta do estado actual da experiência comparada e das múltiplas abordagens de que tem sido objecto a organização dos sistemas de justiça nestes últimos tempos. Apelando, em conjunto, para a necessidade de novas sínteses sobre a questão da operacionalidade do sistema judicial e do valor essencial que tem, para essa discussão, a tarefa de realização e aplicação do direito.

Palavras-chave: Organização do sistema judicial / Jurisdição / Multidisciplinariedade / Realização do direito

Abstract:

The intention of this research is to ascertain the importance which the organisation and the *modus operandi* of the judicial system have for the adjudication and, by means of research, to contribute to the richer meaning of the concept of jurisdiction.

It is questioned, in virtue of the results of the judicial activity, whether the conditions of fulfilment of the jurisdictional task and, more precisely the organisational issues of justice, influence the way in which jurisdiction itself is viewed and, accordingly, the concept of adjudication.

An outline is sought, through the same issue, of a framework of articulation of the multiple and distinct approaches to the activity and the performance of the judicial system, above all with respect to the practical conditions of jurisdictional fulfilment of the law.

The possibility is raised of finding, in respect of this issue, a conciliatory discourse covering these multi-faceted and multi-disciplinary views of the judicial system, and thereby of setting out, in a unifying and more consistent framework, the three basic dimensions of the judicial reality.

Such an analysis will, by this means, enable the clarification of what has been said, from a wide range of standpoints and sometimes contradictorily, on “justice reform”. Account is given of the current state of compared experience and of the multiple approaches in respect of that which the organisation of the justice systems has been subjected to over recent years. At the same time, there is a call for the need for a set of new syntheses on the question of the operational functioning of the judicial system and the essential value which it has for this discussion and the task of adjudication.

Keywords: Judicial system organisation / Jurisdiction / Multidisciplinary / Adjudication

ÍNDICE

Apresentação	1
Capítulo 1. Introdução	
a. Aproximação ao tema, ao universo conceptual e ao enquadramento disciplinar	5
b. A organização, a decisão e o sistema judicial	
b.1. Organização, sistema e processo de decisão	20
b. 2. Organização	22
b. 3. Decisão	34
b. 4. Sistema	40
c. A jurisdição enquanto estrutura ou organização e a organização judiciária	43
d. Aplicação, criação ou realização do direito	53
e. A realização do direito e a organização	62
Capítulo 2. Os pontos de vista “interno” e “externo” na análise sobre o funcionamento e a organização do sistema judicial	
a. O jurista observador e participante no sistema judicial e na realização do direito	65
b. As várias abordagens sobre o funcionamento e a organização do sistema judicial	
b. 1. Abordagens multidisciplinares	66
b. 2. Direito (teoria do direito, direito constitucional e direito processual)	66
b. 3. Sociologia judiciária e sociologia do direito	68
b. 4. Ciência política e da administração (a administração judiciária)	68
b. 5. A economia da justiça e a análise económica do direito	69
c. O apuramento da questão organizativa no domínio judiciário como possibilidade de convergência dessas abordagens	70
Capítulo 3. As análises respeitantes ao processo de tomada de decisão judicial e às suas teorias explicativas	
a. Explicar e justificar as decisões jurisdicionais	74
b. A experiência norte-americana (as várias perspectivas sobre a previsibilidade do sentido das decisões judiciais)	77
c. A experiência da Europa-continental	83
Capítulo 4. A realização do direito e as suas condicionantes	
a. O carácter multifactorial da dinâmica de tomada da decisão judicial	92
b. A descoberta do valor dos factores organizativos no universo da realização jurisdicional do direito	95
c. Distinguir, classificar e calibrar os factores organizativos	115
d. A organização do sistema judicial enquanto condicionante da realização do direito	123

e. As questões organizativas da justiça e a sua influência na forma de ver e pensar a própria jurisdição -----	134
Capítulo 5. Conclusões. A relevância da jurisdição entendida como organização ou estrutura -----	143
Referências (Bibliográficas e Documentais) -----	151

FIGURAS E QUADROS

Quadro 1 – Enumeração ou tipologia dos factores de índole organizativa dos tribunais -----	52
Quadro 2 – Factores influenciadores das pendências processuais -----	98
Figura 1 – Modelo da decisão complexa no campo jurídico -----	91
Figura 2 – Estrutura social dos tribunais no modelo de Wolf Heidebrand e Carrol Seron -----	98
Figura 3 – Estrutura social da organização do sistema judicial no processo decisório judicial -----	121

ABREVIATURAS

Ac.(s) – Acórdão(s)

AR – Assembleia da República

Art.º(s) – Artigo(s)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CCivil – Código Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344 de 25/11/1966, com todas as suas sucessivas alterações legais, incluindo a última com a aprovação e publicação do Decreto-Lei n.º 324/2007 de 28/9).

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CEPEJ – Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CPC – Código de Processo Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129 de 28/12/1961, com todas as sucessivas alterações legais, incluindo a última com a aprovação e publicação do Decreto-Lei 303/2007 de 24/8).

CPP – Código de Processo Penal (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87 de 17/2, com todas as sucessivas alterações legais, incluindo a última com a aprovação e publicação da Lei n.º 48/2007 de 29/8).

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002 de 22/2, com a alteração resultante do Art.º 1.º da Lei n.º 4-A/2003 de 19/2)

CRP – Constituição da República (aprovada em 2 de Abril de 1976, com as suas sucessivas alterações legislativo-constitucionais, incluindo a última com a aprovação e publicação da Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de Agosto)

CSM – Conselho Superior da Magistratura

CSMP – Conselho Superior do Ministério Público

CSTAF – Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

EUA – Estados Unidos da América

EMJ – Estatuto dos Magistrados Judiciais (aprovado pela Lei n.º 21/85 de 30/7, todas as sucessivas alterações legais, incluindo a última com a aprovação e publicação da Lei n.º 42/2005 de 29/8).

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pela Lei n.º 13/2002 de 19/2, todas as sucessivas alterações legais, incluindo a última com a aprovação e publicação da Lei n.º 107-D/2003 de 31/12).

LOTJ – Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (aprovada pela Lei n.º 3/99 de 13/1, com todas as sucessivas alterações legais, incluindo a última com a aprovação e publicação do Decreto-Lei n.º 303/2007 de 24/8).

OA – Ordem dos Advogados

OPJP – Observatório Permanente da Justiça Portuguesa

pp. – Páginas

RETAF – Regulamentação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 325/2003 de 29/12, com a alteração operada pela aprovação e publicação do Decreto-Lei n.º 182/2007 de 9/5).

RLOTJ – Regulamento da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 186-A/99 de 31/5, todas as sucessivas alterações legais, incluindo a última com a aprovação e publicação do Decreto-Lei n.º 250/2007 de 29/6).

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

Apresentação

“(…) caberá ao direito uma função humana e axiologicamente positiva, ou teremos antes de vê-lo como um instrumento degradado, precário e hipócrita elemento social criado por uma pré-história a superar e pela história futura a abandonar também no lugar que então lhe corresponderá: «o museu de antiguidades, ao lado da roca de fiar e do machado de bronze?»”

Castanheira Neves. 1975

“Senhor, ergo-me do fim

Desta minha condição:

Onde era sim, digo não,

Onde era não, digo sim;

Mas não calo a voz do chão

Que grita dentro de mim.”

Miguel Torga, 1934

“For the rational study of law the blackletter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics”,

Oliver Wendell Holmes, Jr.. 1897

“It was six men of Indostan

To learning much inclined

Who went to see the Elephant

(Though all of them were blind),

That each by observation (...)”

John Godfrey Saxe, 1816-1887

Mediante esta investigação de mestrado visa-se salientar a importância que tem a organização e o *modus operandi* desse sistema judicial para a realização do direito e, pela via da investigação, contribuir para a obtenção de um sentido mais enriquecido para a noção de jurisdição.

Trata-se aqui essencialmente perceber se a organização da justiça e as condições de realização da tarefa jurisdicional influenciam a forma de ver e pensar a própria jurisdição. Concede-se, por essa via, a relevância devida à jurisdição entendida como organização ou estrutura, o que, porventura, ainda não se encontra devidamente clarificado na discussão sobre o sentido da jurisdição.

Parece-nos que é deveras importante, para essa finalidade, a questão de saber quais os factores que influenciam e condicionam a tomada de decisão jurisdicional, não surpreendendo que muitos ou que alguns desses tenham a ver com a organização ou a estruturação dos

tribunais, sobretudo quando nos aproximamos dos ambientes de litigância massificada e complexa que caracterizam a actual realidade judiciária. Bem como nos parece igualmente importante discernir qual o grau de influência que esses factores organizativos podem ter na aplicação jurisdicional do direito e saber, mais ainda, se o peso da estruturação e da organização dos tribunais se encontra em ascensão ou em regressão no que respeita ao exercício da função jurisdicional de aplicação do direito.

A partir desse âmbito, vai-se procurar delinear um quadro inicial de articulação das múltiplas e distintas abordagens sobre a actividade e o desempenho do sistema judicial, sobretudo ao nível das condições práticas de realização jurisdicional do direito. Suscitando, nesse objecto, uma hipótese de harmonização entre o ponto de vista “interno”, aquele que resulta normalmente do “participante” comprometido com o funcionamento das regras e instituições jurídicas, e o ponto de vista “externo”, fornecido por quem analisa o fenómeno jurídico sem o comprometimento e as compreensões próprias do jurista.

Bem como levantar a hipótese de encontrar, a propósito daquele preciso objecto, um discurso conciliador dessas visões multiformes e multidisciplinares que se têm debruçado mais amiúde sobre o sistema judicial (da teoria e da filosofia do direito, do direito processual, da teoria política e constitucional, da sociologia do direito, da análise económica e da ciência política e administrativa), projectando, dessa forma, num quadro que nos parece à partida mais unitário, conciliador e consistente, as dimensões da organização e da gestão do sistema judicial, da realização jurisdicional do direito e do ambiente cultural, social e económico em que se situa esse mesmo sistema e das exigências que lhe são próprias.

Num questionamento sobre até que ponto a autonomia e o debatido fechamento sistémico do direito permite esse encontro de abordagens e a inevitável troca de informação e importação de soluções metodológicas, designadamente nesse âmbito pluridimensional do sistema judiciário. O que passa também por perguntar se tem havido correspondência entre o reforço do papel dos tribunais no seio da sociedade e a criação de uma cultura de responsabilização dos agentes judiciários pelo bom funcionamento da máquina judiciária e com a implementação de um verdadeiro (consistente) poder judicial nos seus aspectos estruturantes e materiais.

Tal desiderato envolveria, se a extensão deste trabalho o permitisse, a análise e a abordagem, com desenvolvimento, das concepções actuais em torno da actividade e do desempenho dos tribunais e ainda sobre o tema da reforma da justiça, com vista a apurar devidamente qual o enquadramento e o acerto das conclusões a retirar, desse modo, sobre as

outras questões centrais colocadas à elucidação. Dando conta do estado actual da experiência comparada e das variadas abordagens de que tem sido objecto a organização dos sistemas de justiça nestes últimos tempos. Atribuindo-se o devido crédito, por via da expressão da racionalidade científica, analítica e institucional possível, à centralidade que vêm assumindo os tribunais no debate político, social e económico. Numa percepção que ao discurso formal e à retórica sobre a independência e a autonomia do poder judicial – no fundo à clássica aproximação legalista a estes temas – deve corresponder a criação e o exercício efectivo das suas condições estruturais, organizativas, financeiras e culturais, vitais que são todos estes condicionalismos para um desempenho qualificado e independente da actividade jurisdicional. Numa merecida e especial atenção aos critérios que o Estado de direito e o sistema judicial devem cumprir para satisfazer as exigências da democracia.

Não se procederá, porém, por razões que se prendem com a extensão deste trabalho investigatório, ao desenvolvimento dessas matérias nem à explanação do trabalho investigatório que, em boa verdade, foi já trilhado. Mas temos como certo que mesmo a análise de cariz mais teórico e geral que aqui se apresenta permitirá decifrar, dentro da natural proliferação desses discursos, e procurando evitar situações de colisão, alguma possível unidade ou identidade nessas leituras sobre os problemas da jurisdição enquanto estrutura ou organização.

Queremos elucidar, neste propósito, a dimensão organizacional da jurisdição e permitir um debate teórico apto a definir uma arquitectura teórica e quanto possível multidisciplinar dessa mesma realidade jurídica e judiciária. Um enquadramento teórico que vai permitir desbravar categorias numa perspectiva mais sistemática e consolidar noções que são essenciais para futuros trabalhos neste território partilhado pelos vários saberes.

Não se trata de compor uma análise global e definitiva sobre este tema, o que seria no mínimo ambicioso, mas sim de propor uma leitura de síntese sobre as múltiplas abordagens que têm sido realizados sobre a questão organizativa da justiça e, dessa forma, contribuir para aquilatar das incidências dessa temática para a realização do direito.

São necessárias, na verdade, novas sínteses sobre a questão da operacionalidade do sistema judicial e do valor essencial que tem, para essa discussão, a tarefa de realização e aplicação do direito. Corrigindo, da forma possível, as recorrentes ausências de sintonia entre a realidade da administração judiciária e os postulados de exercício da actividade jurisdicional.

Matéria privilegiada, quanto a nós, para colocar à prova uma lógica “pós-disciplinar”, que possa lidar com esta temática transversal aos vários domínios sociais e humanos que aqui se cruzam.

Uma análise que, por outro lado, possibilitará clarificar alguma coisa do que muito de disperso e por vezes contraditório se tem dito sobre a “reforma da justiça”.

Do ponto de vista metodológico centrámos a investigação no estudo de obras e artigos doutrinários e científicos que incidem sobre o objecto em apreço, na inventariação material e comparatística das decisões políticas e administrativas que têm enquadrado e estruturado a organização e a actividade dos vários sistemas judiciais e, ainda, na análise dos vários enunciados de caracterização da realidade dos mesmos sistemas judiciais e que têm sido produzidos por instituições conexas com o judiciário ou a administração da justiça. No pressuposto de que o que se pretende neste projecto é uma abordagem essencialmente teórica e enunciativa do universo da organização do sistema judicial e das suas incidências na tarefa de realização jurisdicional do direito.

Não se descurou, todavia, a recolha de dados documentais (suporte papel e “on line”) que sirvam para ilustrar e sustentar os propósitos da análise a efectuar e as conclusões retiradas, assim como o recurso a metodologias tais como a *observação participante*¹, com vista a dilucidar e a caracterizar a realidade judiciária portuguesa no alinhamento com as questões precípuas, designadamente no que respeita ao tratamento da litigância de massa e complexa e ao impacto das reformas na organização judiciária podem ter e têm tido para a realização jurisdicional.

¹ Sobre estas noções consultem-se Perrin, Jean-François (1997), pp. 99, e Guibentif, Pierre (2002), pp. 311-337. Não é de descurar o facto do aqui proponente ter uma experiência profissional que se coaduna com uma participação efectiva na realidade judiciária em estudo, participando nestes últimos anos em iniciativas que se prendem com a organização e administração dos tribunais, o que constituiu, aliás, o factor primevo do achamento das questões levantadas neste projecto de investigação.

Capítulo 1. Introdução

a. Aproximação ao tema, ao universo conceptual e ao enquadramento disciplinar

Numa abordagem assaz pertinente, *Dan Simon* afirma que a função judicial é uma actividade humana vasta e que pode ser examinada com grande utilidade através de várias abordagens, como a social, a política, a filosófica, a económica, a psicológica e ainda por outros tantos paradigmas teóricos. Nenhuma dessas perspectivas, diz ele, é capaz de capturar a compreensão do julgamento em tribunal. Assim sendo, continua o mesmo autor, em vez competir pela dominância das respectivas teorias, os académicos devem ser encorajados a prosseguir cada uma delas e, bem assim, todos os caminhos habilitados a reforçar o entendimento sobre a complexa e vital actividade de proferimento das decisões judiciais².

Esta assunção é, quanto a nós, imprescindível no auxílio a compreender um terreno árduo³, como aquele que propomos apresentar, pelo menos segundo o olhar próprio daquele que pretende compreender, com outros horizontes, a realidade em que se situa. Um alerta para a necessidade premente de encarar a organização do sistema judicial como um universo mais vasto do que aquele que é sugerido pelos significados correntes do mundo jurídico, em que para além da dimensão *macro* própria das análises institucionais, elas próprias ambiciosas nas suas leituras, se encontram as práticas mais ou menos formais dos vários âmbitos em que se pode repartir a realidade judiciária, incluindo aqui o núcleo jurisdicional mais atomizado onde se exerce a jurisdição: o tribunal, a secção dos processos judiciais, a sala de audiências, o gabinete do juiz, o colectivo de juízes, o juiz singular, etc..

² Cfr. Simon, Dan (1998), pp. 32. Também Richard Posner antevê como possíveis variadas abordagens sobre a decisão judicial: comportamental, estratégica, sociológica, psicológica, económica, organizacional, pragmática, fenomenológica e jurídico-normativa (legalista), sendo que todas matérias têm o seu mérito e alimentam a teoria explicativa da decisão judicial – assim, Posner, Richard (2008), pp. 19. Com o mesmo posicionamento eclético de base, considere-se, ainda, Guthrie, Chris, e George, Tracey E. (2005), pp. 357.

³ A alegoria dos seis cegos e do elefante ilustrada pela poesia de John Godfrey Saxe torna-se, aqui, particularmente rica de sentidos, pois os problemas sócio-jurídicos deste género, bem vistas as coisas, são como os elefantes – assim, Capron, Alexander Morgan (1992), pp. 1-7; e Connolly, Kim Diana (2003), pp. 13.

O que permitirá, de uma certa forma, “rasgar a cortina”⁴ constituída pelas representações mais comuns acerca dos tribunais e dos seus problemas, a maior parte das vezes recolhidas das compreensões próprias dos juristas, no seu modo de olhar o mundo de acordo com a sua arrumação normativa, sistematizadora e conceptual. Colocando a hipótese de revelar uns fragmentos da realidade – dissimulada atrás dessa cortina - que está subjacente ao universo dos tribunais⁵, colocando-nos, a nós e ao direito, na confluência da vida e dos outros saberes.

O tema aqui em causa apresenta alguma complexidade e intensidade - voltamos a reforçar a apreciação inicial - mas presume-se que se enquadra na actualidade da discussão teórica sobre o sentido e os limites do jurídico face às outras dimensões sociais e humanas, em que verdadeiramente a perspectiva sistémica (*System*) se articula, segundo decifrou Habermas, com o “mundo da vida” (*Lebenswelt*), numa síntese reflexiva sobre o dinamismo social⁶.

Trata-se no fundo de aderir aqui à orientação metodológica mais alargada sobre a temática da justiça que convoca muito fortemente a aceção de “poder” que, como tal, na lição de António Manuel Hespanha, se encontra dependente das suas “condições materiais de produção” ou de “comunicação política”⁷. Justiça essa que, justamente como poder, deve ser

⁴ No seu ensaio “A Cortina” Milan Kundera faz alusão a esta imagem do “rasgar a cortina”, como o efeito obtido pela visão antecipatória que têm alguns romancistas ao dar conta da importância de determinados fenómenos ou mutações – v.g. o barulho do trânsito ou a burocracia – que tempos depois se entranham estruturalmente na nossas vidas, mudando mesmo o sentido das concepções sobre a vida privada, sobre a liberdade ou ainda sobre o tempo – assim, Kundera, Milan (2005), pp. 106-122.

⁵ Entre outros fragmentos procura-se iluminar alguns dos aspectos que se encontram conexonados com a realização jurisdicional do direito na sua faceta da decisão judicial condicionada pelos aspectos da organização dos tribunais. Não esquecendo que ligada à decisão judicial, isto é à sentença, ao acórdão ou ao despacho proferidos em determinado processo judicial - o que quer dizer tanto à condenação como à absolvição ou mesmo à constituição de alguma situação jurídica - se encontra sempre ligado o carácter recôndito, secreto, íntimo e sobretudo protegido da preparação e elaboração dessa decisão pelo juiz – cfr. Posner, Richard (2008), pp. 6.

⁶ Como expõe Habermas em “O discurso filosófico da modernidade”, a propósito da sua teoria do agir comunicacional, o saber básico do mundo da vida é submetido a um teste permanente, reagindo tanto relativamente a pretensões de justeza e validade como a pretensões de verdade e eficiência, em que a reprodução simbólica do mesmo mundo da vida corre a par da sua reprodução material, segundo a condicionante de um paradigma sistémico consentâneo com o conteúdo normativo da modernidade - assim, Habermas, Jürgen (1998), pp. 296-297 e 339. “Mundo da vida” esse que se perspectiva como o conjunto de sentidos gramaticalmente pré-determinado que forma o pano de fundo comum a partir do qual os indivíduos socializados reúnem os recursos necessários para compreender, interpretar e agir sobre o mundo” – Habermas, Jürgen (1981 e 1981^a). Na mesma linha, o seu texto “Tendências da Juridicização”, extraído do tomo 2 da sua “Teoria da Acção Comunicativa”, publicado em tradução portuguesa na revista “Sociologia - Problemas e Práticas”, aqui referenciado como Habermas, Jürgen (1987), pp. 185-204. No reconhecimento do direito enquanto parte integrante desse agir comunicativo, consulte-se ainda Habermas em *Droit et Démocratie - Entre faits et normes*, cfr. Habermas, Jürgen (1997).

⁷ Numa abordagem com intuítos históricos mas que parte de pressupostos evidentemente generalizáveis à moldura do presente – assim, em Hespanha, A. Manuel (2003), pp. 27-31, (2004), pp. 23-25.

analisada, na mesma linha de pensamento, com outras tecnologias disciplinares para além dos processos classicamente descritos pelas disciplinas jurídico-institucionais⁸.

Parte-se, pois, de uma noção mais enriquecida de *poder*, na busca das suas condições de exercício⁹, na sua envolvente institucional e pública¹⁰, marcando, dessa forma, o significado da aplicação da justiça para a sociedade no seu todo. Ou melhor, possibilitando as diversas leituras desse campo mais vasto que é a actividade dos tribunais e a aplicação da justiça.

Os tribunais exercem um poder que na sua concepção política é alvo de alguma diversidade, controvérsia e desacordo, dada a sua cambiante complexa e envolvente, a começar, desde logo, na arquitectura político-constitucional do Estado, que os apontamentos da filosofia do Estado e da separação de poderes deixaram sempre bem nítidos. Complexidade que o novo entendimento da cooperação e interdependência política entre os poderes do Estado e a ideia de governação política multifacetada, numa sociedade em que se manifesta uma fragmentação e dispersão das fontes de poder, não deixa de confirmar.

Ao fazer apelo à importância da organização da justiça e das condições de concretização da tarefa jurisdicional para a compreensão da realização jurisdicional do direito não se pretende sequer sugerir que sejam estes os únicos factores envolvidos nesse complexo de factores ou concausal de cariz global da actividade inerente à jurisdição. Não nos propomos fazer uma abordagem de cariz estrutural ou funcional, nem nos parece ser possível estabelecer de forma mais ou menos precisa qual o contributo dos vários factores ou condições da actividade judicial para essa tarefa de realização do direito. Antes se pretende chamar a

⁸ Nessas condições materiais de “produção do poder”, nessa óptica conceptual mais vasta de poder, António Manuel Hespanha inclui: - questões do âmbito do imaginário político e jurídico constitucional (ideias correntes sobre o homem, a sociedade, o governo, a constituição, etc.), da materialidade da comunicação política (próprias da textualidade do discurso político-constitucional), da estrutura da comunicação política (v.g. dimensão e natureza do universo dos actores e dos destinatários da acção política assim como os meios de comunicação disponíveis), do âmbito da “governança” (áreas de acção e objectivos) e dos aspectos logísticos dessa governação (meios humanos, financeiros e comunicacionais) - Hespanha, A. Manuel (2004), pp. 24.

⁹ Salienta-se aqui a distinção aprimorada de John Kenneth Galbraith entre o “poder coactivo”, o “poder compensatório” e o “poder condicionado”, enquanto sustentação para uma anatomia do poder na era a que, este autor, chamou “da organização”, com a identificação das fontes e dos instrumentos do poder e da sua dinâmica de exercício – assim, Galbraith, John Kenneth (2007), pp. 14-25 e 225-231.

¹⁰ Convive-se de muito perto com a noção de “esfera pública” ou “espaço público” utilizada por Hannah Arendt, enquanto meio de comunicação ou espaço de intermediação nos quais o direito e a administração da justiça também funcionam - para esta leitura aplicada sobre o pensamento de Hannah Arendt, consulte-se Hol, Antoine M. (2005), pp. 40-55. Ao falar sobre a fundação da polis na civilização grega, Hannah Arendt, na sua “Condição Humana”, refere que “a organização da polis, fisicamente assegurada pelos muros que rodeavam a cidade, e fisionomicamente garantida por suas leis – para que as gerações futuras não viessem a desfigurá-las inteiramente – é uma espécie de memória organizada”. E, mais à frente, de forma lapidar, conclui que “a rigor, a polis não é a cidade-estado na sua localização física; é a organização da comunidade que resulta do agir e falar em conjunto, e

atenção para a importância destes factores organizativos entre outros, sobretudo em determinadas dimensões, e para o seu especial significado¹¹.

Como veremos, a atenção suscitada sobre a actividade dos tribunais, sobre o processo e o direito naqueles aplicado (ou realizado), com alguma tradição nos países da *common law* mas mais recentemente no seio da *civil law*, fez suplantar a ideia de que eram meras realidades jurídicas *adjectivas*, destituídas de “espessura” para a análise da política e das demais ciências sociais¹². Enquanto aplicação do direito ou na qualidade de sistema de realização do direito, a justiça apresenta-se, assim, com várias dimensões a explorar pluri ou interdisciplinarmente, nos seus atributos políticos, sociais, económicos e procedimentais.

Realidade a lembrar que no campo mais vasto do jurídico, a adopção de uma visão interdisciplinar desse fenómeno implica, como defende François Ost, uma importante ruptura epistemológica com as racionalizações tradicionais do direito, cabendo aqui a tarefa de explicar este último com outras construções ou discursos sociais, sem prejudicar nem mutilar a sua especificidade¹³. Porventura uma teoria do direito interdisciplinar em que as disciplinas e as teorias não-jurídicas são aproveitadas, nessa zona fronteira, “como um enriquecedor *instrumentarium*, com o qual o teórico do direito pode chegar a uma compreensão da realidade jurídica mais profunda do que a que teria se o não tivesse utilizado”¹⁴.

o seu verdadeiro espaço situa-se entre as pessoas que vivem juntas com tal propósito, não importa onde estejam – Arendt, Hannah (2001), pp. 248-249.

¹¹ Servimo-nos aqui do quadro explicativo de Jack Goody ao delinear um dos objectivos do seu estudo sobre a “lógica da escrita e a organização da sociedade”, sobretudo ao pretender traçar os efeitos a longo prazo da escrita na organização da sociedade, promovendo para isso uma investigação da rede factorial ou causal total e querendo afastar o anátema desse estudo vir a ser tomado como uma abordagem de cariz estrutural ou funcional – assim, Goody, Jack (1987), pp. 11-14.

¹² Na expressão rasgada do mesmo António Manuel Hespanha, ainda que para o âmbito transponível da história da justiça. Esta ideia pode ser ainda vincada, no mesmo passo, com outra citação: “No fundo, esta redução (...) dos mecanismos de «aplicação» do direito – tal como a redução (...) dos mecanismos da «burocracia» e dos mecanismos administrativos – decorria do dogma estadualista da unicidade do poder e do carácter instrumental (neutral, dócil, apenas «delegado») das instituições e processos pelos quais as decisões do «centro político» chegavam à periferia e se encarnavam na prática” – assim, Hespanha, António Manuel (1993), pp. 41.

¹³ Cfr. Ost, François (1999), pp. 241-242. Neste mesmo ponto François Ost distingue entre a “pluridisciplinaridade”, a “transdisciplinariedade” e a “interdisciplinariedade” com os seguintes enunciados: - a pluridisciplinaridade consiste no método de análise em que a propósito de um objecto de estudo uma série de disciplinas diferentes desenvolvem os seus pontos de vista específicos de maneira justaposta; - a transdisciplinaridade procura abandonar os pontos de vista particulares de cada disciplina para produzir um saber autónomo de onde resultem novos objectos e novos métodos; e - a interdisciplinaridade opera-se a partir do campo teórico de uma das disciplinas presentes, a qual desenvolve algumas problemáticas e hipóteses que se entrecruzam parcialmente com aquelas que elabora por seu turno a outra disciplina. Na opinião do mesmo autor – Ost, François, (1999), pp. pp. 248-250 – a pluridisciplinariedade e a transdisciplinariedade mais parecem ainda utopias científicas, sendo que a interdisciplinariedade ressalta como a posição mais centrada e que permitiria uma abordagem dos jogos de linguagem da dogmática e das ciências sociais.

¹⁴ Nas palavras de Castanheira Neves na sua “Teoria do Direito” – assim, Castanheira Neves, A. (1998b), pp. 27 -, para caracterizar uma das linhas orientadoras da actual teoria do direito, da qual ele se afasta, já que, no seu dizer, “quaisquer que sejam os seus factores objectivos pressupostamente relevantes, antropológicos, sociais,

Conscientes, também, que as crescentes especializações e divisões disciplinares do direito correspondem a um princípio mais geral de especialização que estrutura a racionalidade social e económica da contemporaneidade¹⁵. Mas sem esquecer que esta racionalidade se encontra, ela própria, a ser questionada face à sua inadequação para a resolução dos problemas que a nova realidade social e económica tem suscitado a cada passo¹⁶.

O que motiva, desde logo, o estudo da multiplicidade das delimitações e territórios jurídicos, para daí isolar uma compreensão de conjunto e poder analisar o muito ou o pouco que, no fundo, é o direito, como condensado de limites abstractos e ficções, como racionalidade técnica capaz de diversas acomodações mas que se inscreve sempre, necessariamente, num princípio fundamental de razão, num sentido antropológico que lhe está ínsito¹⁷ e que lhe possibilita a sua função de uma “garantia sem falhas”¹⁸, no fundo a ordenação normativa da sociedade e que se enquadra como condição de realização da vida humana nesse conjunto social.

Esta abordagem originária ou genealógica do direito, também enquanto instrumento ou forma de *saber*, no entendimento de Michel Foucault, mais precisamente o lugar, por excelência, onde as práticas sociais e as estratégias de *poder* se constituem em discurso científico; o direito marca, assim, o ponto preciso onde a genealogia dos poderes se articula

estruturais, analíticos e funcionais – aqueles que a teoria do direito estuda – o direito nunca deixa de referir uma normatividade própria, que aqueles factores sem dúvida condicionam, mas não determinam, nem em si nem no seu sentido último” (ob. cit., pp. 28).

¹⁵ Segundo o sólido argumento weberiano pelo qual se explica o modo com que a organização burocrática da sociedade ganha a sua forma específica, isto é, debaixo da influência da divisão social do trabalho e sempre marcada por um alto grau de especialização e por considerações centradas na eficiência – cfr. Weber, Max (1978^a), pp. 956-1005.

¹⁶ Têm sido evidenciados os limites e a adequação desta via de especialização jurídica para acompanhar aquela progressiva diferenciação social e económica da realidade, pelo seu relativo artificialismo, pela sua relatividade e também por via da descoordenação sistémica que têm demonstrado essas soluções disciplinares para tratar dos problemas fracturantes e transversais que se têm suscitado na actualidade social, económica e cultural.

¹⁷ E a que corresponderá, na acepção de Pierre Legendre, a um “princípio institucional de organização”, ligado desde sempre à vida humana, sendo esse sentido antropológico entendido como “antropologia dogmática”, enquanto análise mais erudita da genealogia das categorias jurídicas ocidentais, carregadas que estão de uma determinada simbologia do inacessível, do irrepresentável e do “vazio”, enquanto potenciais criativos da vida, seus pontos de partida (nascimento) e de chegada, sempre a preencher por conteúdos de cariz transcendental e mitológico. Sentido onde se inscreve, afinal, o próprio poder de julgar – assim, Legendre, Pierre (1992), pp. 11 e 289-411, e Sinapi, Michèle (2000), pp. 3-5.

¹⁸ Garantia que é concedida, bem vistas as coisas, pela autoridade que ganha a resolução do caso que é julgado pelos tribunais logo que a decisão em causa não é passível de recurso e se torna indiscutível enquanto assunto decidido (“decidiu está decidido”), após se encontrarem esgotados todos os tempos e passos da argumentação e inscritos que sejam os fundamentos bastantes da sentença (autoridade do caso julgado), no sentido da fórmula romana *res judicata pro veritate habetur* (a coisa julgada é colocada no lugar da verdade, sendo tomada enquanto verdade). Sobre este significado antropológico e mais abrangente do caso julgado, também na sua função de assunção da verdade (normativa e factual) e de cruzamento do jurídico com os vários saberes científicos – cfr. Latour, Bruno (2002), pp. 250-259.

com a arqueologia dos saberes¹⁹. O que nos permite iluminar o debate e a percepção do tema apresentado em torno das ideias polarizadoras do “poder” e do “saber”.

Quanto à primeira ideia – a do “poder” - temos que a justiça se realiza através de uma organização, não obstante o carácter atomizado e singular da realização da função jurisdicional.

E a justiça enquanto *poder* organiza-se sempre de uma certa forma²⁰, que pode variar na história e no seu contexto local, mas que concede sempre uma estrutura ao poder que aplica ou realiza o direito, em torno de uma unidade de sentido e validade. Um poder judicante que interpreta e decifra factos e normas jurídicas no sentido de um determinado contexto de vida, numa decisão apta a resolver o problema que subjaz a um caso concreto.

Chegamos com isso à segunda ideia, pois esta realização do direito perfaz-se segundo um certo *saber* historicamente fundado e legitimado. Daí, quanto a nós, o peso histórico que ganhou o perfil de um juiz letrado, tecnicamente apetrechado para o desempenho de uma função jurisdicional, na devida conjugação de outras qualidades e competências²¹ que se podem adivinhar das exigências que nos são contemporâneas²², isto é, das exigências que são próprias ao actual estágio da nossa tradição ocidental²³, que tem subjacente uma certa visão do mundo, do direito e da justiça.

Enquanto fruto desse *saber*, concebe-se que o direito se realize sempre numa estrutura comunicativa e enquanto sistema organizado. Uma estrutura de comunicação entre –

¹⁹ O direito que resulta deste relacionamento entre o saber e o poder, enquanto forma de “saber-poder” que se desdobra em várias formas – “formas jurídicas” -, como se constata na análise de Foucault sobre a prova, o inquérito e o exame enquanto modos de percepção e estabelecimento da verdade, enquanto processos de pesquisa da verdade e que se radicam nas práticas judiciais remotas da Grécia Antiga ou da Idade Média. Uma forma de saber que é também uma maneira determinada de exercício do poder. Assim, Foucault, Michel (1994), pp. 423-476. Sobre a designada arqueologia dos saberes enquanto uma nova metodologia aplicável à história das ideias e às ciências humanas, consulte-se Foucault, Michel (2005), pp. 381-422.

²⁰ Salientam-se, aqui, as tipologias de Mirjan Damaška acerca da organização do poder (organização hierárquica e paritária do poder) que vão ter incidência nos tipos de justiça e de processo encontráveis numa análise de cariz comparatístico – assim, Damaška, Mirjan (2003), pp. 301-391.

²¹ Noutras épocas designadas de *virtudes* ou *fortalezas*, incluídas num estatuto de um “juiz perfeito” ou de um “bom juiz”, cultor de um valorado perfil moral e de um estatuto ético-jurídico definido – assim, Homem, António Pedro Barbas (2003), pp. 595-607. Para um enunciado destas virtudes do juiz à luz da reflexão de vários filósofos – vd. Garapon, Antoine; Allard, Julie; e Gros, Frédéric (2008).

²² Dando corpo à indispensabilidade da formação jurídica académica (licenciatura e/ou grau de mestre ou doutoramento, a para da valorização da experiência profissional) para o ingresso na magistratura, tanto judicial como do Ministério Público, a Lei 2/2008, de 14/1, com algumas inovações, nos seus Art.ºs 5.º e 111.º, veio confirmar tal requisito, na linha da tradição dos diplomas legais anteriores (Lei 16/98 de 8/4 e DL 374-A/79 de 10/9).

²³ Sobre a tradição judiciária europeia numa perspectiva de história comparada, dando corpo a algumas conclusões sobre um conjunto de artigos sobre as perspectivas históricas dos vários sistemas judiciais nacionais europeus e os seus traços comuns, também com análise do fenómeno jurídico da União Europeia, veja-se Jacob, Robert (1996).

justamente - *saber e poder* - entendimento inspirado no aludido pensamento foucaultiano sobre o direito e as formas jurídicas - , a qual é sujeita a condições de cariz diverso, e também de muita instrumentalidade, tanto no plano normativo como no plano fáctico, que é importante decifrar: formas processuais e regimentais; rede de tribunais; organização, administração e gestão de tribunais; estatutos profissionais; redes de comunicação e informação; recursos humanos, etc. etc...

Daí lançar-se a hipótese dessa estrutura comunicativa ser, no domínio da realização jurisdicional do direito, muito influenciada pela dinâmica do correspondente processo decisional, dos procedimentos consagrados pela prática ou disciplinados pela lei aplicável e pela actuação conjugada de outros factores organizativos próprios do tribunal e da actividade jurisdicional.

A ponderação desta estrutura comunicativa concede, ela própria, aos juristas, um sentido agudo do que afinal importa concluir do raciocínio jurídico e disponibiliza aos não juristas uma visão prática e operacional do recurso ao direito. Uma visão prática e operante do direito, enquanto realidade viva²⁴, pragmática e contextualizada, que se opõe à representação do direito mais tradicional nos sistemas como o nosso, em que se perspectivam as relações sociais ainda muito fora da órbita das bases em que se funda o direito. Situação que se tem traduzido numa distância entre a prática institucional do direito e as restantes actividades sociais, não beneficiando aquela de outro tipo de análises que não as jurídico-normativas e mantendo-se afastado o direito das outras ciências do homem e da sociedade²⁵.

Esta acepção reconstituída do direito enquadra-se, no fundo, neste esforço de o encarar como uma actividade, um fenómeno ou uma *instância* diferenciada, em cruzamento ou interferência com outras actividades ou instâncias, em que, no dizer de Pierre Guibentif, o discurso jurídico se enuncia, “mais concretamente, em contextos específicos, estruturados não

²⁴ É conhecida a contraposição entre um “direito teórico” e o “direito vivido ou praticado”, assente na distinção de Eugene Ehrlich, presente nos seus *Princípios de Sociologia do Direito*, apud Pizzorusso, Alessandro (1988), pp. 9. Consulte-se, também, Hespânia, António Manuel (2007), pp. 439-440. Uma distinção que marca, na linha dos modelos sociológicos emergentes, o desenvolvimento da “sociological jurisprudence” e se aparenta, no apelo à imagem da vida do direito, com a “law in books” v. “law in action”, a qual ganhou um valor proverbial nos meios académicos e forenses a partir do artigo de Roscoe Pound “*Law in Books and Law in Action*”, publicado em 1910 na *American Law Review*, 44, pp. 12-34.

²⁵ Ao invés da evolução que se registou nos países anglo-saxónicos e particularmente nos EUA em que um número assinalável de académicos adoptaram um modelo de investigação do direito e de estudos jurídicos, num olhar sobre a realidade jurídica que, no dizer de Richard Posner, se perspectiva do “lado de fora”, isto é através das perspectivas desenhadas pela economia, teoria política, filosofia, ética, literatura, sociologia, teoria marxista, teoria feminista, estudos culturais e estruturais, dando azo a novas abordagens interdisciplinares como a law and economics, a law and society, a law and literature, a critical legal studies, a critical race theory, a feminist jurisprudence, a gay law, a law and political theory e mesmo a law and biology e a law and cognitive science – cfr. Posner, Richard (2002), pp. 1316-1317.

apenas pela «lógica jurídica», mas também por lógicas económicas, pedagógicas, etc., que criam as condições materiais de possibilidade desta enunciação”²⁶.

Neste ponto, o direito pode ser visto, “como um instrumento de iniciativas de actores individuais e colectivos que procuram interpretá-lo, modificá-lo ou preservá-lo no interesse próprio. Trata-se, assim, de desenvolver uma teoria da relação entre regras e acção fundada numa visão do funcionamento do direito como mecanismo social, situando a observação socioeconómica no coração das disposições jurídicas”²⁷.

Ao decifrar a questão da *condição humana* Hanna Arendt apresenta, de forma mais geral, o enunciado dos problemas aqui em destaque, num deslinde sempre difícil de realizar, já que também a questão das condições de realização do direito se não confundirá, pelo menos de forma radical, com a sua própria natureza²⁸.

Apesar de não quereremos entrar aqui nesse debate, não podemos deixar de considerar interessante perceber que as questões aqui levantadas em torno do modo de actuação do sistema judicial e da realização jurisdicional do direito podem ter sempre como vector de interrogação saber se existe algum grau de permeabilidade natural entre o factual e o jurídico, de trânsito entre o factual e o normativo. Isto é, perceber se existe algum grau de determinação do direito, para além do condicionamento que aqui se releva, pelos factores antropológicos, sociais, estruturais, analíticos e funcionais²⁹ que o rodeiam.

Um debate que perpassa pelas várias concepções da jurisdição, é certo, mas que aqui pretendemos revelar na vertente explicativa e pragmática das condições da realização do direito, que não deixam de ser também as condições próprias de quem vive e pretende saber algo da “vida” do direito nas suas estruturas condicionantes.

²⁶ Cfr. Guibentif, Pierre (2006), a pp. 18. Neste texto faz, este autor, alusão, essencialmente, a instituições e profissões ligadas à administração da justiça, ao ensino do direito, etc.. Isto é, ao conjunto complexo de organizações que perfazem aquilo que são, no universo dos juristas, os “sistemas jurídicos nacionais”. Veja-se à frente no mesmo texto, para uma conceptualização deste termo “instância”, a sua contraposição com os conceitos de “sistema” e “organização”.

²⁷ Assim, Gonçalves, Maria Eduarda (2004).

²⁸ “A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual entram em contacto torna-se imediatamente uma condição da sua existência – assim, Arendt, Hannah (2001), pp. 21-22.

²⁹ Castanheira Neves fala aqui de um caso particular de “falácia naturalística”, expondo que “a normatividade do direito é função constitutiva do sentido do próprio direito – daquele sentido que a poiésis reflexiva assume compreendendo-o e constituindo-o através desse mesmo sentido como direito” – cfr. Castanheira Neves, António (1998b), pp. 28. Veremos mais à frente como esta natural distinção – facto / valor -, tomada como essencial, não deixa de ser recorrentemente questionada.

Como alertava Eduardo J. Couture³⁰, o manuseamento dos componentes jurídicos, em especial das leis, é uma arte, não sendo possível “intervir na vida a golpes de leis, a golpes de regulamentos ou a golpes de decretos”. “Ao invés do que se costuma crer, o direito não supera a vida social nem a determina, antes resulta, afinal de contas, transcendido e determinado por ela”³¹. Numa outra acepção, que se pretendia distanciada tanto quanto ao “idealismo normológico” como ao “empirismo sociológico”, o filósofo do direito português António José Brandão, referia, em 1947, a propósito da fenomenologia da sentença, que “*o direito não está nas normas; está nas conexões intersubjectivas da vida humana, onde se denuncia como realidade concreta e facto de experiência*”³². A lembrar vivamente, embora contrariando a visão desse filósofo, a célebre expressão de Oliver Wendell Holmes, datada de 1880, “(...) *a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência*”³³, emblemática para o pragmatismo jurídico norte-americano.

São apontadas basicamente duas perspectivas acerca da análise e caracterização dos sistemas jurídico e judicial. Assim, de um ponto de vista “interno”, próprio de participantes comprometidos com a aplicação normativa e com o funcionamento das instituições jurídicas, esses sistemas são enquadrados como objecto das assunções, do vocabulário, dos métodos e da argumentação próprios dos juristas. Ao invés, segundo um posicionamento “externo”, os mesmos sistemas jurídico e judicial merecem a atenção dos estudiosos não juristas, das análises que apelam a conceitos, a metodologias, a compreensões e a um estilo argumentativo próprio de outros saberes sociais, técnicos ou científicos que se distinguem do direito com amplitudes diferenciadas.

É conhecida a origem desta distinção. No prefácio ao seu “O Conceito de Direito” Herbert L. A. Hart explicitava que “um dos temas centrais do livro é o de que nem o direito, nem qualquer outra forma de estrutura social podem ser compreendidos, sem uma apreciação de certas distinções cruciais entre duas espécies diferentes de afirmação (...)” a que designou de «interna» e «externa» “(...) e que podem ambas ser feitas, sempre que são observadas

³⁰ Ínsigne jurista uruguaio, neste ponto citado a propósito do direito, da arte deste e da sua ligação com a vida e com a cultura, justamente nas suas meditações sobre a arte do direito – cfr. Couture, Eduardo J. (1998), pp. 243-244.

³¹ Idem.

³² Assim, Brandão, António José (2001), pp. 303. Adoptando este autor, nesta referência, o “condutivismo de base estimativa” de Carlos Cossio, vendo a realidade jurídica no conjunto das condutas humanas de interferência intersubjectiva e perspectivando no tópico da sentença a importância capital da figura do juiz para a vida social e humana.

³³ Expressão que marca a introdução do livro *Common Law* – “The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience” – cfr. Holmes, Oliver Wendell (1991), pp. 1.

regras sociais”³⁴. A distinção ganhou importância, desde logo, no debate estabelecido com Ronald Dworkin, discípulo do próprio Hart, a propósito da qualidade de uma teoria descritiva do direito, e em que este outro autor assume que o ponto de vista interno deve ser julgado internamente pelas suas próprias pautas ou categorias e não pode ser julgado segundo pautas ou categorias externas à sua prática³⁵.

Esta classificação alcançou subsequentemente um conteúdo explicativo assaz profícuo, muito para além dos seus intuítos iniciais³⁶, fazendo alusão à diferença de abordagens e de posicionamentos que podemos encontrar sobre o direito e a actividade jurídica. Não deixaremos de ter em conta tal distinção no que se refere à temática da jurisdição aqui entendida enquanto organização ou estrutura.

Niklas Luhmann distinguia, em moldes idênticos, a propósito da delimitação do objecto da sociologia do direito, um instrumento dual de análise entre “auto-observação” e a “observação alheia ou heterónoma do direito”, com vista a esclarecer as condições estruturais que derivam da diferenciação funcional dos sistemas jurídico e científico nas sociedades modernas, a utilidade da sociologia do direito e as virtualidades do desenvolvimento dessa teoria sociológica para a investigação interdisciplinar³⁷.

Também aqui se nos oferece o desafio de cuidar da relevância que assume a jurisdição entendida como organização ou estrutura e suscitando, a partir desse objecto, uma hipótese de harmonização, justamente, entre o ponto de vista “interno” – aquele que resulta normalmente do “participante” comprometido com o funcionamento das regras e instituições jurídicas – e o

³⁴ Cfr. Hart, Herbert L. A. (1986), pp. 1. No seu *Postscript*, o mesmo pensador, volta a chamar a atenção para a distinção entre enunciados internos e externos de direito e para uma “teoria prática das normas”, partindo da explicação em torno de um grupo social e das suas práticas em torno de regras e da sua aceitabilidade, salientando que “o ponto de vista externo para as regras sociais é o de um observador dessas práticas e o ponto de vista interno é o de um participante nessas práticas que aceita as regras como guias de conduta e como pautas de crítica” – assim, Hart, Herbert L. A. (2000), pp. 32.

³⁵ “Precisamos de uma teoria social do direito, mas exactamente por essa razão ela deve fazer parte da doutrina jurídica.” “(...)Sendo perversas as teorias que em nome de questões supostamente mais amplas de história ou sociedade, ignorarem a estrutura do argumento jurídico.” “(...) Este livro adopta o ponto de vista interno, aquele do participante, tentando apreender a natureza argumentativa da nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e ao debruçar-se sobre as questões de certeza e de verdade com as quais os participantes se deparam” – assim, Dworkin, Ronald (1998), pp. 13-14.

³⁶ Em que de um apelo inicial a estes dois tipos de reconhecimento normativo diferenciados – reconhecimento de aplicação ou adjudicativo e reconhecimento cognoscitivo ou epistémico [cfr. Dahlman, Christian (2004), pp. 229-231] – se chega a outras dimensões igualmente importantes. Brian Z. Tamanaha faz alusão à utilização plúrima desta distinção, dos pontos de vista externo / interno, em diversos contextos: sobre a natureza e o estudo das regras, o papel da teoria do direito, a susceptibilidade de análises sociais ou exteriores ao universo dos juristas no que respeita às práticas do direito, nomeadamente no que concerne o que separa os estudos críticos do direito (*Critical Legal Studies*) dos estudos mais centrais do direito, e, ainda, à conexão que unifica ou distingue a sociologia jurídica – cfr. Tamanaha, Brian Z. (1997), pp. 151-195.

³⁷ Cfr. Luhmann, Niklas (1993), pp. 73 e ss..

ponto de vista “externo” – fornecido por quem analisa o fenómeno jurídico sem o comprometimento e as compreensões próprias do jurista.

Trata-se de admitir que o fenómeno jurídico, a natureza do acto de julgar e a realidade judiciária têm vindo a ser elucidados e compreendidos por várias categorias de pensamento e que o entendimento sobre os correspondentes elementos culturais, políticos, sociais e económicos só pode beneficiar com um reexame eclético sobre as várias teorias desenvolvidas e sobre os vários instrumentos desenvolvidos para o conhecimento destas realidades³⁸.

Se é certo que os assuntos ligados com o judiciário foram estudados tradicionalmente de dentro do mundo dos juristas e, dessa forma, de um ponto de vista eminentemente legalístico ou normativo, também não é menos verdade que entrámos definitivamente num período em que várias correntes de análise da justiça se fundam numa base multidisciplinar, em que a abordagem do judiciário se realiza em múltiplas dimensões. O centro de atenção dessas análises é direccionado não apenas nas configurações normativas da justiça, resolvendo-se assim o problema de “superficialidade epistémica” de que fala Richard Posner³⁹, mas também na actividade efectiva da mesma, enquanto questão problemática, designadamente nos seus aspectos operacionais e nas suas considerações políticas, económicas e sociais.

A pouca familiaridade dos juristas com as metodologias empíricas talvez tenha podido explicar, até recentemente, o afastamento da generalidade dos juristas deste tipo de abordagens multidisciplinares, o que tem vindo a ser superado pelo crescente aparecimento de vertentes do ensino académico do direito que convocam, com maior ou menor incidência programática, a pesquisa e a investigação empíricas⁴⁰. A questão da metodologia e dos

³⁸ Ponderação eclética que Aharon Barak, jurista internacionalmente reconhecido e ex-presidente do Supremo Tribunal de Israel, advoga para a compreensão do papel do judiciário na sociedade e na política – assim, Barak, Aharon (2006), pp. xi da Introdução.

³⁹ Richard Posner descreve esta “superficialidade epistémica” como uma das características menos saudáveis dos estudos produzidos pelos professores de direito em confronto com outros cultores dos estudos do direito que provêm de outras áreas do saber, com maior recurso às evidências empíricas, ou mesmo de outras profissões jurídicas de cariz mais prático – cfr. Posner, Richard (1995), pp. 87-88. Sobre este problema epistemológico do direito, Danièle Bourcier avança com novos modelos de procedimentos para as representações e procedimentos jurídicos e advinha uma faceta interdisciplinar da “nova ciência do direito”, referindo, de forma interessante, que “os sistemas de auxílio à decisão jurídica terão de ultrapassar as oposições tradicionais entre regra e decisão, entre norma e facto: a regra é um elemento da decisão e a decisão é a simulação dinâmica de um conjunto combinado de regras de origens diferenciadas” – cfr. Bourcier, Danièle (2007), pp. 74.

⁴⁰ Assim, Miles, Thomas J.; e Sunstein, Cass R. (2007), pp. 3-4, dando conta da escola norte-americana dos “empirical legal studies”, reflexo de um novo realismo jurídico (*new legal realism*), enquanto esforço de reconsideração do “antigo” realismo, testando outras hipóteses sobre o papel do direito e da política nas decisões judiciais, com referência a um conjunto alargado de análises estatísticas.

métodos seguidos pelos juristas coloca-se, desta forma, como uma questão central, aferindo-se das virtualidades ou das deficiências da assunção de novos métodos e de novas perspectivas de abordagem sobre o jurídico e do seu papel na sociedade.

Mas este ponto de partida problemático que se encontra na base de um ponto de partida interdisciplinar⁴¹, que faz relevar os problemas reais às categorias das disciplinas académicas, não pode fazer esquecer que nem todas as ferramentas metodológicas podem ser acolhidas entre as várias disciplinas e que muitos dos estudos de cariz mais positivo ou empírico, ao abordarem as instituições jurídicas e o papel dos tribunais, não ultrapassam os seus próprios limites disciplinares para cuidar da especificidades da própria realização do direito e, aqui em particular, do fenómeno judiciário.

Como expõe Barry Friedman, o valor destes estudos empíricos ou de cariz mais positivo (político-social) não se encontra, em definitivo, nos debates que são próprios a cada disciplina, mas sim no impacto prático dessas análises e resultados para a compreensão significativa dos tribunais, no que essas análises nos podem dizer sobre o comportamento dos juízes e das instituições jurídicas e como estes interagem com as outras instituições políticas de governo e com a própria sociedade⁴². Trata-se, mesmo, de uma das condições fundamentais para o crescimento dos estudos interdisciplinares do direito, em que a evolução das disciplinas “externas” ao mundo jurídico tem de passar pela aferição clara do seu potencial para a compreensão e a melhoria do direito⁴³.

Estes objectivos não podem ser alcançados com uma permanente assunção céptica sobre a própria compreensão do direito, mas sim através da obtenção de melhor informação e de análises qualificadas sobre o conhecimento do direito enquanto tal, nas suas práticas e dinâmicas, isto é, na sua metodologia, na sua substância normativa e no seu processo. Neste ponto é preciso notar que a recolha de dados sobre o sistema de aplicação do direito e sobre o universo judiciário é extremamente difícil, moroso e com algum dispêndio, não se podendo cair na tentação de insistir na informação já disponível, correndo-se o risco de apresentar uma

⁴¹ O questionamento problemático é encarado como uma ferramenta conceptual indispensável neste domínio, em que se procura avançar em diversas áreas, sobretudo naquelas mais adversas ou menos compatíveis com o estudo unidisciplinar, através de uma orientação problemática, interdisciplinar, prática e colaborativa, com especial incidência no estudo académico com inclusão do direito. É conhecida a observação de Karl Popper, “We are not students of some subject matter, but students of problems. And problems may cut right across the borders of any subject matter or discipline” – Popper, Karl (1963), pp. 88. Sobre este ponto, para o ensino interdisciplinar nas escolas do direito, Connolly, Kim Diana (2003), pp. 13-17.

⁴² Assim, Friedman, Barry (2006), pp. 262-272. Também Michael Heise adverte para as limitações dos estudos empíricos e para a necessidade das metodologias empíricas não poderem deixar de ser vistas como ferramentas e complementos, sempre preciosos (*new empiricism*), dos estudos jurídicos e judiciais – assim, Heise, Michael (2002), pp. 849-850.

visão incompleta e ideossincrática – isto é não descomprometida, preconceituosa e não isenta - do funcionamento do sistema jurídico⁴⁴.

É bom esclarecer que os analistas sociais, políticos e económicos da justiça se encontram actualmente numa situação privilegiada, pois sustentam o seu trabalho de análise em questões que são de extrema importância para decifrar o efectivo papel desempenhado pelos tribunais na sociedade, na economia e também enquanto instituições de cariz político.

Estamos a falar nas preditas abordagens disciplinares que se têm debruçado mais amiúde sobre o sistema judicial e que estabelecemos como sendo a teoria e a filosofia do direito, o direito processual, a teoria política e constitucional, a sociologia do direito, a análise económica do direito e da justiça e a ciência política e administrativa⁴⁵.

Neste ponto não se descarta que a análise sistémica, designadamente com a alusão ao seu desenvolvimento teórico, se enquadra como a mais adequada a proceder a esta tentativa de harmonização ou conciliação entre essa pluralidade de abordagens e também a assimilar devidamente o universo pluridimensional da justiça, a desdobrar desde logo nos estratos da organização e da gestão do sistema judicial, da realização jurisdicional do direito e do ambiente cultural, social e económico em que se situa o sistema judicial e das exigências que lhe são próprias.

Trata-se de uma abordagem que convive com aspectos da análise sistémica e com os pressupostos da teoria dos sistemas, mas também, na linha do atrás exposto quanto à relação comunicativa de matriz foucaultiana entre o saber e o poder, com a análise da decisão judiciária, isto é com a inovação e conhecimento que se pode tirar da teoria decisional e da teoria das organizações e como tudo isso pode satisfazer a necessidade de racionalidade das leis processuais e procedimentais e a garantia de uma decisão juridicamente vinculada⁴⁶. A

⁴³ Cfr. Posner, Richard (2002), pp. 1317-1318.

⁴⁴ De novo, Friedman, Barry (2006), pp. 270-272, na afirmação da relevância que assume, neste campo, a recolha e a selecção dos dados empíricos, mas também os particularismos assumidos por quem é responsável pelo processo de apuramento e também pela análise da informação recolhida, que pode resultar em generalizações não consentâneas com a complexidade e a heterogeneidade do universo dos tribunais.

⁴⁵ Num artigo de 1967, Ángel del Burgo y Marchán, agora juiz jubilado do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo espanhol, encarou, de forma verdadeiramente perscrutadora, a justiça enquanto questão organizativa e administrativa, suscitando a importância vital das questões da organização e administração judiciárias para a prossecução e subsistência da função jurisdicional. O que acarretava implicações para a formação do juiz, com as suas capacitações, e o apelo a um “Direito Judicial Orgânico”, que pudesse contemplar as preocupações híbridas, assim adivinhadas, pelos vários saberes indispensáveis (o saber jurídico e os outros saberes sociais) e confluentes na área do judiciário – assim, Burgo y Marchán, Ángel Martín (2001), pp. 150-179.

⁴⁶ Em texto recente, Gomes Canotilho relembra uma obra de Rüdiger Lautmann, em que este “jurista-sociólogo” apelava para a necessidade de mais inovação e conhecimento na análise da decisão judiciária. Neste mesmo artigo, aquele constitucionalista português parte da sua experiência nas decisões de juízes universitários para

teoria das organizações e da decisão tem trazido, na verdade, uma contribuição importante à compreensão do fenómeno judiciário e ao enquadramento da actividade dos tribunais, nos seus pressupostos organizativos e essencialmente decisoriais, a par das outras decisões de conteúdo normativo-jurídico, isto é, em paralelo com as outras fontes de produção do direito ou, noutra descrição, com os outros modos de realização do direito, que são o legislativo e o administrativo.

Se encetarmos uma consulta ao muito do que se tem escrito e dito sobre a actividade dos tribunais enquanto “estrutura *in action*”⁴⁷, facilmente descobriremos alguma dispersão de análises, ainda prevalente, num terreno em que cada um dos investigadores se encontra envolvido pela sua óptica disciplinar de base⁴⁸.

A questão judiciária e a administração dos tribunais é, quanto a nós, um dos domínios por excelência da interdisciplinaridade e de abordagens sócio-políticas de decifração institucional, de clarificação da estrutura de realização do Estado de direito e de acentuação permanente da separação e da interdependência dos poderes soberanos.

Onde o “império do direito e do jurídico” se dilui cada vez mais para dar lugar a uma “federação” de influências disciplinares e sistémicas, e por vezes a debates defensivos ou expansivos (tomados como “corporativos” ou “intrusivos”) entre os vários sectores quando as lógicas “dominiais” respectivas vêm ao de cima, mistura de cambiantes de cariz simbólico, de prestígio social e de poder social centrado nas formas próprias ou diferenciada de compreender e ver o mundo⁴⁹.

O direito, a economia, a sociologia, a política, a teoria decisional e das organizações dão lugar às subjectividades próprias (incluindo aqui o discurso, a imagem, a ideologia, etc...) do jurista (e aqui nos perfiz clássicos do constitucionalista, do privatista, do publicista, do processualista e do criminalista), do economista, do sociólogo, do cientista político e das

traçar um impressionante roteiro do paradoxo decisional e considerar as questões que suscita a indispensável racionalidade na *praxis* da decisão, pensando sobretudo na estrutura dos comportamentos decisoriais nas organizações e também na legitimação e justificação obtida pela lógica procedimental e processual – cfr. Canotilho, Gomes (2007), pp. 13-18.

⁴⁷ A expressão é de J. M. Aroso Linhares (2002), pp.164.

⁴⁸ Não obstante as inúmeras experiências fundadas de criação de teorias sobre a actividade jurisdicional que conjugam, de facto, várias cambiantes de abordagem, como acontece com a “political jurisprudence”, com a “empirical legal studies”, o “new legal realism”, e, mormente, com a “court administration” - a disciplina da “administração judiciária” ou da “administração dos tribunais” -, melhor referenciadas noutros passos do texto.

⁴⁹ Relembrem-se as noções de “capital simbólico”, de “campo” e de “habitus” em Pierre Bourdieu, designadamente no âmbito do direito e do mundo dos juristas. Realce-se que o habitus jurídico tem a sua origem no modo como o campo jurídico está organizado e, ao mesmo tempo, estrutura as mentalidades dos juristas (e o seu imaginário) e, mais genericamente, as mentalidades sociais. O direito, na acepção de Bourdieu, institui, do

organizações, do filósofo, do psicólogo social, etc... E quando tratamos de uma esfera do poder ou da autoridade como uma parcela distintiva ou diferenciada do Estado, como é a justiça, não nos podemos esquecer que nos situamos no "culminar de um processo de processo de concentração das diferentes espécies de capital – capital de força física ou de instrumentos de coacção (...), capital económico, capital cultural ou, melhor, informacional, capital simbólico (...)" e que a construção desse Estado "caminha a par da construção do *campo do poder*, entendido como o espaço no interior do qual os detentores de capital (de diferentes espécies) lutam *nomeadamente* pelo poder sobre o Estado, quer dizer, sobre o capital estatal conferindo poder sobre as diferentes espécies de capital"⁵⁰.

Por outro lado, tem sido defendido, sem alguma dose de verdade, que a análise de temas como este que têm um cariz interdisciplinar é sempre limitada por factores adentro da própria disciplina jurídica – intradisciplinariedade -, mormente a artificialidade da estrutura do ensino jurídico nos três pilares tradicionais (direitos público, privado e criminal) que tem impedido a pesquisa em temas cruciais que esbatem essas fronteiras (v.g. o direito comum da organização e da regulação; a unidade do direito sancionatório e a superação das divisões jurisdicionais e dos regimes processuais)⁵¹.

Certo que o entendimento mútuo pretendido necessita, tal como defende Hans-Georg Gadamer, do compartilhamento de um espaço comum, antecipação de uma experiência comum que potencie, ela própria, uma "fusão de horizontes". Uma fusão dos horizontes cognitivos, quer dizer daqueles cenários que se delineiam e expandem à medida que a experiência vital se vai acumulando num entendimento recíproco⁵². E esta inserção num espaço comum não se pode obter com a edificação de espaços vedados ou interditos, numa sobrevalorização das fronteiras e num acentuar consequente das diferenças⁵³.

ponto de vista da sua eficácia externa, um conjunto de modos de agir, de se comportar, de avaliar, de falar, de raciocinar, de provar e tirar conclusões - cfr. Bourdieu, Pierre (1986), (1986^a) e 1989.

⁵⁰ Assim, Bourdieu, Pierre (1997), pp. 75.

⁵¹ Cfr. Leibfried, Stephan; Möllers, Christoph; Schmied, Christoph, e Zumbansen, Peer (2006), pp. 665-677.

⁵² Na questão central da investigação de Gadamer na Verdade e Método, que se prende com a natureza hermenêutica do entendimento ou compreensão recíprocos, enquanto "chegada a um entendimento com alguém" que é sempre possibilitada por um meio, mormente a linguagem, ou por um "lugar" onde esse entendimento ou consenso foi estabelecido - Gadamer, Hans-Georg (1995), pp. 438-491.

⁵³ Zigmunt Bauman fala do espaço das cidades como o mais pródigo para traçar e alterar as fronteiras entre as pessoas, em que o quotidiano mais obsessivo, frenético e apertado desse mundo urbano vai criando estratos diferenciados de cidadania e uma profusão de sentimentos de confiança e medo - cfr. Bauman, Zygmunt (2005), pp. 46-47 e 74. Não é aqui de descurar a ideia de que o direito e o sistema judicial podem funcionar, também eles, em espaços ou campos protegidos e potenciadores de diferenças e de delimitação de fronteiras, caso não sejam considerados espaços mais alargados de concretização e de operacionalidade.

b. A organização, a decisão e o sistema judicial

b.1. Organização, sistema e processo de decisão

Os tópicos da organização, da decisão e do sistema marcam, como temos vindo a evidenciar, as mais relevantes e actuais discussões a propósito da actividade judicial e da realidade dos tribunais.

Não é de estranhar esta relevância, pois a consideração destes temas atravessa o debate sobre a própria natureza e função do direito, na percepção de que a análise das teorias sobre a função do direito muito têm a ver com as categorias de “decisão” e com acervo teórico que acompanha esse paradigma, mas também com a ideia de “sistema” e com a teoria que consagra essa perspectiva nas análises sobre o jurídico e o judicial⁵⁴.

Enquanto actividade organizada a justiça consistirá na representação, no debate e na conciliação de interesses divergentes num quadro institucional apropriado. Em vista desta constatação, o sistema judiciário organiza o desenrolar de determinados procedimentos segundo normas previamente estabelecidas – ordem formal e processual -, quanto ao tempo e ao modo de prática dos actos correspondentes, e também quanto à conformação do debate judiciário estabelecido entre as partes e entre estas e o tribunal. Oferecendo as garantias necessárias quanto à forma pelas quais as causas são instruídas, julgadas e decididas e obtendo, através delas, a indispensável aceitação e legitimação da sua actividade⁵⁵.

Parece-nos que esta linha de análise não contende nem desmente a consagração do direito processual enquanto instituidor de um acervo de normas de cariz instrumental, voltadas essencialmente para a realização de outras finalidades substantivas (v.g. tutela do direito substantivo, justa composição do litígio ou reafirmação da ordem jurídica violada), estipulador de uma sequência de actos devidamente ordenados em fases sucessivas e visando

⁵⁴ Disso dá conta Castanheira Neves ao continuar a analisar criticamente o assim designado “funcionalismo jurídico”, desenvolvendo dessa forma as suas lições sobre Teoria do Direito, numa abordagem dirigida à crescente importância que têm assumido, para o contexto actual do jurídico, o pensamento sistémico e o confronto entre o discurso jurídico e os outros discursos sociais – assim, Castanheira Neves, António (2006/2007), pp. 24-26, 28-31 e 66-69. Ver, no que respeita às suas lições sobre Teoria do Direito, e para o que este autor designa de “funcionalismo tecnológico-social” (englobando a precursora “sociological jurisprudence”, a “social engineering” e a “law and economics”) e de “funcionalismo sistémico”, a referência Castanheira Neves, António (1998c), pp. 3-71.

⁵⁵ Neste sentido, expondo uma notável síntese sobre o enquadramento da questão organizativa e processual, ambas essenciais para a compreensão do fenómeno judiciário e para a sua legitimação procedimental – cfr. Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit (1993), pp. 71. Reconhecendo os procedimentos judiciais, na linha de Niklas Luhmann, “como sistemas ordenados de acção, analisáveis empiricamente, que são regulados por regras jurídicas mas também qualificados pela utilização social e institucionalizada que deles se faça e, também, pelas expectativas comportamentais que se vão criando em cada caso particular. O que permite uma apreciação de

(tendo por função) a obtenção de uma decisão final de resolução do litígio, diferendo ou causa judiciais⁵⁶.

Aliás, esta abordagem condiz com a consagração do tendencial monopólio pelo Estado da solução dos conflitos por órgãos do Estado ou dotados de legitimação pública, da proibição da autodefesa e das exigências de paz e segurança jurídicas⁵⁷. Que se consubstancia, também assim, na ideia de jurisdição enquanto manifestação imediata da soberania juridificada dos órgãos do Estado aos quais compete essa função – os tribunais – e enquanto actividade pela qual se exerce e administra a justiça⁵⁸.

Na perspectiva do direito processual a jurisdição, nos moldes assinalados, aparece como o primeiro requisito lógico e ontológico do processo. O direito processual aparece, assim, como o regulador do modo de exercício da actividade jurisdicional e esta, por natureza, na linha dos desenvolvimentos subsequentes, exige órgãos com características precisas – os tribunais – que exercem e desenvolvem a sua função jurisdicional através do processo.

Isso não implica, contudo, o fechamento da realidade processual dos tribunais aos temas da organização, da decisão e do sistema, pois ela própria os suscita enquanto implicações fundamentais de análise no universo social e sistémico mais vasto aqui convocado.

Os modelos dos processos organizacionais da tomada de decisão tornam explicável porque é que no seio das organizações de cariz formal em que cada uma das decisões é tomada ou assumida (decisões políticas ou específicas) esta pode ser frequentemente explicada por referência à particular estrutura organizativa de onde emergiu e às regras procedimentais correspondentes.

conjunto sobre as funções que cumprem tais procedimentos, sobre os problemas que aí devem ser resolvidos, assim como os mecanismos que aí entram em jogo” – assim, Luhmann, Niklas (2001), pp. 50.

⁵⁶ Como refere Teixeira de Sousa “o procedimento jurisdicional engloba as formalidades necessárias para o proferimento de uma decisão pelo tribunal. Essas formalidades constituem uma estrutura algo complexa, porque importa evitar um défice procedimental e uma crise de legitimação do processo, ambos resultantes de um insuficiente diálogo processual entre o tribunal e as partes e entre estas mesmas partes. Na verdade, tal complexidade é inerente a qualquer procedimento jurisdicional, que deve cumprir determinadas funções, nomeadamente enquadrar a conflitualidade entre as partes, permitir a formação de consensos entre elas e garantir a legitimação da decisão do tribunal” – assim, Teixeira de Sousa, Miguel (1993), pp. 13. Confronte-se, bem assim, Lebre de Freitas, José (1996), pp. 7-9, na linha de desenvolvimento do conceito de processo em Castro Mendes que parte dos elementos fundamentais integrantes desse conceito: estrutura, função, objecto e sujeitos – Mendes, Castro (1980), pp. 35-140.

⁵⁷ Assim, Canotilho, Gomes, e Moreira, Vital (2007), pp. 409.

⁵⁸ A estes vários sentidos da jurisdição vamos voltar mais à frente no texto a propósito da elucidação da sua dimensão enquanto estrutura ou organização.

O que até torna naturais as abordagens ao jurídico segundo um modo que, ao olhar do jurista, se caracterizará como instrumental ou funcional. Pois o jurista, como está bom de ver, é sempre um observador entranhado no fenómeno jurídico e particularmente desperto para atitudes defensivas relativamente à essência do seu domínio específico, além de avesso a uma relação de fins e meios e a uma racionalidade de eficácia de eficiência, ou, mais ainda, pouco desperto, pelo menos tradicionalmente, à pragmática utilitarista da decisão, mormente na determinação concreta das “condições de aplicação” dos elementos normativo-legais e, bem assim, dos efeitos ou das consequências dessa mesma decisão.

b.2. Organização

Certo é que no desenvolvimento da actividade de aplicação do direito e da realização da justiça e bem assim no incremento das outras actividades complementares, prévias ou sucessivas que sustentam aquelas funções principais, os tribunais têm de ser estruturados e organizados. São cada vez mais recorrentes nos estudos sobre os tribunais - mais há algum tempo nos Estados Unidos e mais recentemente na Europa - as abordagens de cariz organizacional na compreensão dos processos decisoriais no funcionamento daqueles mesmos tribunais e das demais instituições judiciárias, sempre com grande destaque na especificidade que é própria aos fenómenos judiciários.

Neste domínio judiciário têm sido salientadas, justamente, as especificidades próprias da administração da justiça como fenómeno organizacional, uma discussão que tem acompanhado a própria evolução da teoria das organizações⁵⁹. Esta análise contrasta com a visão interna dos tribunais, própria de quem se encontra inserido na sua actividade, em que aqueles mesmos tribunais são vistos como organizações de cariz unitário⁶⁰, centrados na figura do juiz decisor e confluyente, apenas e tão só, nessa função jurisdicional e, nessa medida, unilateralmente dependentes do jurídico.

Embora se depreenda que o presente trabalho pretende elucidar a realização do direito no questionamento organizativo dos tribunais, a verdade é que esse mesmo questionamento deve partir também de uma percepção integrada do sistema judicial e das suas múltiplas implicações institucionais.

⁵⁹ Sobre esta temática da evolução da teoria das organizações (ciência e sociologia), em geral, consulte-se Bastard, Benoît (1993); Le Moigne, Jean-Louis (1993); Giddens, Anthony (2004), pp. 350-373; Jensen, Michael C. (2001); Rosenbloom, David H.; e Kravchuk, Robert S. (2002), pp. 148-208; e Fukuyama, Francis (2005), pp. 75-141, estes dois últimos com o destaque evolutivo da teoria das organizações no seio da administração pública. Para uma análise do relacionamento entre o direito e a sociologia das organizações, veja-se Simoulin, Vincent (2007).

⁶⁰ Na crítica dessa concepção legalista do tribunal, veja-se Seron, Carrolll (1990), pp. 452-453.

A ordem formal e procedimental acima salientada, própria da realidade judiciária, é garantida por sujeitos que se profissionalizaram nas competências institucionais que lhes são próprias, dentro da arrumação especializada do sistema judicial⁶¹, submetendo-se, os mesmos actores, aos estatutos que fazem parte dessa mesma ordenação normativa.

Cada uma dessas funções judiciárias assim especializadas, que pretendem assegurar as finalidades de funcionamento do sistema, são objecto de uma definição jurídica e de prescrições legais quanto ao modo como as mesmas deverão ser preenchidas, se bem que existam diferenças entre essa definição, nomeadamente entre os sistemas *civil* e *common law*. Nos sistemas de *civil law* essas actividades são objecto de codificações legais, tanto por via das regras da organização judiciária e do processo como pelas disposições legais específicas dos diversos grupos profissionais que intervêm no exercício da justiça. O que pode incluir mesmo, nessa previsão e regulamentação, o plano de relacionamento, interacção e comunicação entre as pessoas e os corpos profissionais.

Esse espaço jurídico e normativo, contudo, é, por si próprio, um terreno simultaneamente interpretativo e de realização prática, em que a dinâmica jurisdicional, devidamente enquadrada com o sistema judicial e o seu ambiente, supera amplamente a aludida constrictão legal e normativa. Depois, não será surpresa para ninguém que o funcionamento da justiça, como acontece em todos os outros sistemas complexos, não se realiza sem a intervenção de arranjos e adaptações sobre o relacionamento entre os participantes no processo judiciário, a fim de que a confrontação dos interesses conflituais em presença se possa efectuar em condições satisfatórias. Como referem Werner Ackermann e Benoit Bastard, “o edifício judiciário, por mais solene e formalista que ele seja, não é habitável sem que nele seja incluído uma parte informal – os entendimentos tácitos e os acordos negociados estabelecidos com vista a resolver as eventuais divergências e a assegurar, na prática, o bom desenrolar da actividade judiciária”⁶².

Daí que se tenha vindo a entender que os tribunais podem e devem ser analisados de acordo com os conceitos e os modelos da teoria organizacional, sendo basicamente encarados como organizações que, na sua complexidade, partilham determinadas características com outras organizações de procedimentos e de tarefas de complexidade, mas que se distinguem pelo seu diverso papel político-social e também pela sua singularidade estrutural e funcional.

⁶¹ Magistrados, advogados, funcionários judiciais, peritos e outras profissões auxiliares da justiça.

⁶² Cfr. Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit (1993), pp. 71

Os tribunais e os demais órgãos que confluem no universo da justiça, enquanto organizações de cariz público e formal, são, de facto, organizações, enquanto conjunto de pessoas, papéis, formas e procedimentos, mais ou menos especializados, que interagem com vista à prossecução de determinados objectivos. Esta acepção que se encontra assente sobre a sua função pode, no entanto, ser complementada, de acordo com outros horizontes menos funcionalistas, perspectivando os tribunais enquanto organizações que se integram num sistema comunicativo e, dessa forma, asseguram um equilíbrio na dinâmica criada entre sistema e ambiente por via de ajustamentos contínuos e preservando a sua identidade ou diferenciação.

Este conceito de organização é também utilizado em várias disciplinas⁶³. É desse mesmo conceito polissémico – de “organização”⁶⁴ – que se podem retirar os seus sentidos mais comuns, para depois passarmos a precisar esses sentidos de acordo com a definição de cada objecto em causa. Tanto por via da referência a um “super-conceito” abrangente de instituições, instâncias ou unidades organizatórias de qualquer espécie, a um conceito de cariz mais procedimental, contemplando a forma e os procedimentos da actividade organizativa ou mesmo, por último, a um conceito de cambiante conformativo-interno, que descreve a ordenação e a conformação internas das unidades organizativas. Deste último sentido se

⁶³ Nos meios judiciais e na tradição processualista do direito o enunciado “organização judiciária”, associado à organização dos tribunais, passou a adquirir um significado operativo e normativo distinto, mas sempre marcado, nas suas origens, pela utilização que os cultores sociais do final do século XIX e do início do século XX faziam das metáforas naturalistas. Veremos mais à frente a confirmação desta ideia nos processualistas clássicos portugueses. Através dessas utilizações semânticas, desenvolvimentos do étimo grego “órgão”, foram sendo vincados muitos dos conceitos aqui utilizados, tais como “organização”, “sistema”, “estrutura” e “função”, compreendendo os factos sociais a partir das analogias do universo natural e animal – assim, Prigogine, I.; e Stengers, I. (1993), pp. 114-117, e Juan, Salvador (2006), pp. 1, este com alusão a Jean-Baptiste Lamarck, Saint-Hilaire, Saint-Simon, Auguste Comte e Herbert Spencer. Esta influência fez-se mesmo sentir em autores tão (aparentemente) improváveis como Fernando Pessoa, que, num texto de cariz técnico (economia industrial e comércio) de 1926, influenciado por Herbert Spencer, definia “organizar” desta forma: “A palavra «organizar» deriva-se do termo «órgão», e é aparentada com o termo «organismo». Organizar é, pois, fazer de qualquer coisa uma entidade que se assemelhe a um organismo, e como ele *funcione*. Temos, pois, que definir, primeiro, em que consiste um organismo. O termo é biológico, e aplica-se àqueles entes vivos em que se dá determinada complexidade de estrutura e uma *concomitante* complexidade de funções. Um organismo vital complexo formou-se, no decurso do que se chama «evolução», por o que os biologistas denominam «diferenciação», isto é, a formação – lenta e confusa no tempo, definida nos seus resultados últimos – de órgãos especiais, cada um para uma função especial, e concorrendo todos, cada um adentro da sua função, para a *manutenção* da vida do organismo em seu *conjunto*” – cfr. Pessoa, Fernando (2007), pp. 67-68.

⁶⁴ Na verdade, o termo “organização” é objecto de múltiplas definições e contém várias acepções que se podem distinguir. P. Davous e J. Melese, numa tentativa de clarificação, propõem as seguintes distinções quanto ao termo organização: a) organização ou organizações como termo genérico para designar empresas, associações, serviços públicos, etc., ou, também assim, para uma referência ao âmbito de conhecimento que sobre elas é produzido (v.g. teoria das organizações); b) organização como propriedade atribuída por um observador a um sistema físico, vivo ou humano, para explicar a sua génese, estrutura, comportamento e evolução; c) organização enquanto estado ou situação que remete para a estrutura e funcionamento da um entidade; e d) organização enquanto acção organizadora que remete para os processos de mudança, de adaptação e de evolução que geram e transformam os estados da organização – assim, Davours, P.; e Melese, J. (1986).

poderá retirar, então, após desenvolvimento, a acepção central desta tese que pretende retirar uma implicação significativa da organização do sistema judicial para a realização jurisdicional do direito, sem descurar os outros elementos que conformam a questão judiciária na sua globalidade e voltam a recolocar a tarefa jurisdicional no seu contexto mais lato e, por aí também, no todo social que a fundamenta enquanto função.

Segundo o padrão clássico do pensamento organizacional, retirado dos trabalhos de Max Weber sobre tal noção, as organizações são vistas como instrumentos conscientemente criados e configurados para a prossecução de certos objectivos com a máxima economia de recursos e através dos meios mais apropriados⁶⁵. É conhecida a análise weberiana sobre o capitalismo moderno e as conexões que ele estabelece, não obstante a sua visão pessimista sobre a sustentabilidade desse modelo, sobre a racionalidade, a ciência, a tecnologia e eficiência económica. De acordo com tal concepção, o capitalismo assume-se como a corporização da racionalidade instrumental, onde a burocratização representará o tipo fundamental de organização racional, sendo esta uma decorrência formal e regular da aplicação do conhecimento profissional especializado⁶⁶. Depois, “o carácter sociológico da estrutura de cada caso particular de dominação é determinado pelo tipo de relacionamento entre os dirigentes ou dirigentes e o aparelho, pelo tipo de relacionamento de ambos com as regras, e, ainda pela correspondente estrutura organizativa, isto é, a sua específica forma de distribuir os poderes de comando”⁶⁷.

Neste pensamento weberiano a burocracia é ainda identificada com um comportamento regido por regras, que regula também o próprio funcionário. A sua mentalidade burocrática, enquanto pensamento conforme a regras, é equiparada à mentalidade jurídica, podendo a autoridade burocrática ser descrita como uma autoridade jurídico-racional⁶⁸. A organização burocrática é a forma de organização do Estado moderno em que o poder se concentra nas mãos de profissionais do serviço público (administradores, legisladores e julgadores) e cujo sistema de trabalho se baseia em ter um emprego com salário, pensão e carreira, mas também na preparação profissional e na divisão do trabalho em

⁶⁵ Cfr. Weber, Max (1978^a), pp. 48-50. Weber fala, mais precisamente, de determinadas “relações sociais relativamente fechadas aos seus elementos exteriores ou com determinadas limitações à entrada destes, e em que a sua regulação é executada por indivíduos específicos, designadamente um chefe ou de um quadro de pessoal administrativo que normalmente se encontram munidos de poderes representativos” – idem, pp. 48.

⁶⁶ Assim, Weber, Max (1978^a), pp. 941-1005.

⁶⁷ Cfr. Weber, Max, op. cit., pp. 953.

⁶⁸ Idem, pp. 956-958 e 993-998. Esta autoridade jurídico-racional implica, para os responsáveis, a obrigação de adoptarem decisões racionais, pondo ênfase na lógica objectiva, impessoal e não emocional. Tendo como pressupostos, por um lado a ideia da economia neo-clássica da maximização dos ganhos, e, pelo outro, o percurso linear e lógico das decisões.

competências determinadas, no formalismo documental e, ainda, na subordinação e superioridade hierárquica.

Este paradigma burocrático⁶⁹ e racional veio a ser posto em causa pelo pensamento organizacional subsequente, que deu ênfase a muitos dos aspectos disfuncionais e das patologias ligadas ao fenómeno burocrático⁷⁰, mas também e sobretudo, questionou a concepção de racionalidade que se encontrava na base da conformação de cada tipo de organização. Sendo então argumentado que a racionalização técnico-social era um elemento central da modernidade, mas não o único, sendo que a racionalidade técnica não se encontra sózinha na explicação da racionalidade organizacional⁷¹.

A teoria das organizações encetou, assim, um caminho de exploração dos usos e dos limites da racionalidade, concebendo-se, então, a ideia da racionalidade limitada com vista a dar resposta aos problemas levantados pelo paradigma funcionalista. Isto é, a racionalidade que resulta das capacidades cognitivas dos seres humanos, elas próprias limitadas, e das incertezas que rodeiam os processos de tomada de decisão nas organizações⁷². De acordo com esse pensamento, o homem administrativo, rigorosamente, não procede à maximização como advogaria a teoria económica, mas olha, ao invés, para o curso da acção que se entende como satisfatória.

As críticas ao modelo racional burocrático, que se têm estendido nestas últimas décadas, têm passado por vários tipos de soluções, umas tentando sínteses de cariz conciliatório, outras mais fracturantes e realistas, designadamente pondo a ênfase no papel que

⁶⁹ Segundo a opinião corrente na ciência política e na sociologia contemporânea, a burocracia tem os seguintes traços característicos: a) as actividades burocráticas estão distribuídas sob a forma de funções oficiais e a autoridade necessária para dar as ordens que a execução destas funções exige está estavelmente constituída; b) a hierarquia das funções implica um sistema ordenado de domínio e subordinação; c) a organização burocrática baseia-se na adopção e conservação de documentos escritos e ficheiros; d) a organização burocrática implica uma separação radical entre a actividade oficial e a esfera da vida privada; e) a administração burocrática ocupa os funcionários a tempo inteiro; f) a função administrativa pressupõe uma elevada competência e especialização profissionais que é obtida pela aprendizagem de regras genéricas que guiam a actividade burocrática; e g) os funcionários recebem ordenados fixos, independentemente do seu rendimento; a maior parte deles tem direito a uma pensão – assim, no esquema adoptado por Zakrsewska, Janina (1999), pp. 542-543.

⁷⁰ Para uma análise das várias escolas da teoria da organização e da passagem do paradigma do funcionalismo ao paradigma crítico, consulte-se a síntese introdutória de Francine Séguin-Bernard e Jean-François Chanlat, em Séguin-Bernard, Francine; e Chanlat, Jean-François (1983), bem como a síntese de Vincent Simoulin, em Simoulin, Vincent (2007). Também no imaginário social a burocracia se transformou em sinónimo de ineficiência, desumanização, corrupção ou mesmo de irracionalidade organizativa.

⁷¹ Sendo que a racionalidade foi entendida como menos grandiosa do que aquela defendida pelos economistas, sendo as limitações resultantes de constrangimentos tanto humanos como organizacionais – cfr. Simon, Herbert A. (1983), pp. 202-226, e March, James G. (1978).

⁷² Assim, March, James G. (1997), pp. 11-12, na atenção às limitações organizativas no processamento e retenção da informação.

se deve dar ao poder, tanto ao poder legitimado no seu uso como por via da escolha de outras formas de influência (ou de poder), tanto negociadas como ocultas⁷³.

Michel Crozier veio salientar, por exemplo, as dinâmicas que conduzem à divergência entre o poder formal e o poder real, designadamente dando conta, tal como usualmente ocorre nas organizações burocráticas, que quem se encontra na base da hierarquia tem um poder real consideravelmente maior do que indicam os esquemas organizativos formais⁷⁴. Assim, para os autores que se situam nesta análise estratégica, o processo de tomada de decisão nas organizações pode ser estudado de forma mais precisa enquanto jogo de poder em que os grupos de interesse competem e manobram para obter posições numa hierarquia mediadas por processos sistemáticos de negociação e numa lógica de controlo dos recursos escassos⁷⁵.

Mas a teoria das organizações descobriu, também assim, a “desordem” como um importante elemento da vida organizacional e propôs mesmo o assim denominado modelo do “cesto-dos-papéis”⁷⁶ para explicar a lógica subjacente àquilo que se aparenta como um estado de anarquia. Mais recentemente, o pensamento sobre as organizações tem vindo a concentrar-se na identificação e no estudo de outros factores sociais que contribuem para o funcionamento das organizações, mas que não podem ser reduzidas à racionalidade e à eficiência⁷⁷. A cultura é um dos factores tidos como responsáveis para as diferenças de desempenho verificadas nas organizações, enquanto a cultura organizativa se estabeleceu, ela própria, como objecto de programas de investigação centrados nos aspectos simbólicos,

⁷³ Dando conta das contingências estratégicas, dos jogos de poder, da importância dos bastidores e das “não-decisões” ou, até, dos mecanismos de supressão da consciência dos interesses ou da capacidade reflexiva sobre os seus próprios interesses. Sobre as teorias críticas da racionalidade, consulte-se Sfez, Lucien (1990), pp. 235-286.

⁷⁴ Cfr. Crozier, Michel (1974), pp. 145-174.

⁷⁵ Nesse enquadramento os tópicos para a decisão moldam os interesses e a forma como os jogos se processam, enquanto as posições de poder são formadas e transformadas consoante a agenda, tudo gerado num espaço e ambiente partilhado, nas quais se vão criando situações, relacionamentos e estratégias várias – para uma abordagem do fenómeno judiciário com a utilização da metáfora do jogo, Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit (1992).

⁷⁶ O modelo “garbage can” que M. Cohen, T. March e J. Olsen encontraram, mais frequentemente, nas “anarquias organizadas”, ou seja, em organizações complexas onde os processos internos não são claros, mesmo para as pessoas que nelas trabalham. Sabendo que nesse tipo de organizações os meios e os fins não são necessariamente articulados enquanto continuidade e as iniciativas passam a conduzir a resultados inesperados – assim, Cohen, M.; March, T. e Olsen, J. (1972). Um modelo considerado precursor no interesse pelo caos e a complexidade.

⁷⁷ Desse modo, com uma descrição da abordagem da contingência, da análise estratégica, das teorias sociológica e económica da regulação e da análise cultural, Amblard, Henri; Bernoux, Philippe; Herreros, Gilles; e Livian, Yves-Frédéric (2005), pp. 11-71.

qualitativos e sensitivos dos relacionamentos humanos, que passam a ganhar um lugar central nas análises sobre a actividade das organizações⁷⁸.

Enquadrando as organizações no universo mais vasto das “instâncias”, isto é das realidades sociais compostas por âmbitos de natureza diversa onde se processam actividades ou operações, também de cariz diverso⁷⁹, sabemos que as organizações (ou mesmo os sistemas) serão sempre delimitadas, identificadas e estruturadas por disposições explícitas.

A relação suscitada entre organização e decisão é ela também central relativamente à abordagem do problema da racionalidade organizacional, sendo que esta última é transformada, pelo pensamento sistemático, numa conexão apropriada entre decisões. As organizações podem ser vistas, nessa óptica, enquanto sistemas sociais compostos de decisões os quais, mais do que prosseguir determinados objectivos, visam ligar e coordenar decisões⁸⁰.

O tempo surge aqui como um elemento importante a ter em conta na gestão do relacionamento entre decisões, pois a mesma dimensão temporal vai colocar limites claros aos esforços para racionalizar a actuação das organizações. Consequentemente a racionalidade organizacional assume precedência sobre a racionalidade da decisão singular e dos seus objectivos mais imediatos, tal como a eficiência⁸¹.

As organizações unem as decisões entre si numa rede que se encontra num ambiente de maior complexidade, a qual podem reduzir devido ao seu carácter selectivo. Mas no interior do sistema organizativo a complexidade constitui-se como relação entre decisões: decidiu-se porque se decidiu e porque se decidirá. Como em todos os casos de construção sistémica, a complexidade não é um obstáculo para que o sistema chegue a formar-se, senão precisamente a condição da sua possibilidade⁸².

⁷⁸ Assim, Gomes, Duarte (2000), com alusão à metáfora cultural das organizações em oposição à metáfora mecanicista e orgânica, e ao paradigma comunicacional (transparente e estratégico).

⁷⁹ Apelando aqui para a definição de Pierre Guibentif, presente na Lição já atrás mencionada no texto – Guibentif, Pierre (2006), pp. 10.

⁸⁰ A opção tomada por Niklas Luhmann consiste em definir a organização como um sistema cujos elementos componentes são as decisões, devendo estas últimas, então, distinguir-se das acções. Enquanto as acções consistem num evento ou num sucesso imputável a um sistema, as decisões, por seu turno, como veremos melhor no ponto seguinte, encontram a sua identidade na escolha entre alternativas, o que expõe a sua própria natureza contingente aos contextos – assim, Luhmann, Niklas (1997), pp. 8-15.

⁸¹ Também assim, Luhmann, Niklas (1997), pp. 14-18.

⁸² Cfr. Luhmann, Niklas (1997), pp. 14-22.

As organizações emergem enquanto sistemas sociais⁸³ quando as decisões são adoptadas e sistematizadas na forma de relações selectivas entre ambiente e sistema em situações de livre escolha. Essas situações são determinadas pela busca de decisões preliminares que vão limitar, dessa forma, a margem das decisões organizativas. Assim, a organização é encorajada a assumir, à partida, as decisões no seu meio-ambiente, mesmo antes de poder clarificar devidamente os seus objectivos. O que é o mesmo que dizer que as organizações concebem o seu relacionamento com o ambiente enquanto decisão, desde que aquelas consigam obter uma interpretação sobre o modo como as decisões ocorrem no seu ambiente, segundo a medida da sua capacidade dessas organizações ou da capacidade que ela entende que é razoavelmente a sua.

Tendo em conta este relacionamento entre decisão e organização, temos que para enquadrar a dinâmica organizacional se terão de perspectivar os seguintes componentes⁸⁴:

- o componente institucional, entendendo este como o conjunto de metas ou objectivos prosseguidos pela organização;

- o componente metodológico ou tecnológico, encarado nas suas operações típicas e também no conhecimento, nas metodologias e nos instrumentos técnicos utilizados para desempenhar cada uma das operações; e

- o componente estrutural, que se reflecte na coordenação e no controlo das tarefas e nas pessoas que participam na organização.

Cada uma destas dimensões, pode-se dizer assim, requer a sua forma de racionalidade. O problema central de uma organização, todavia, prende-se com os nexos e os mecanismos de coordenação existentes entre essas várias dimensões, podendo-se falar num sentido de racionalidade global. Particularizando, a acção estrutural (ou a acção organizacional no sentido estrito) realizada numa organização é instrumental relativamente aos nexos estabelecidos entre a acção institucional e a tecnologia, o que vai possibilitar o enunciado de diferenças entre organizações nas variáveis estruturais e no grau de autonomia ou dependência das metas organizacionais face ao sistema institucional da sociedade no seu todo⁸⁵.

⁸³ Organizações essas que, no pensamento mais tardio de Luhmann (reflectido na sua obra *Organisation und Entscheidung* de 1991) sobre este tema, se perspectivam como sistemas mais precários na sua definição comunicacional mas que ganham consistência no seu enraizamento pessoal e local – segue-se, aqui, a leitura de Pierre Guibentif – cfr. Guibentif, Pierre (2005), pp. 245.

⁸⁴ Assim, Maggi, Bruno (1984), pp. 289.

⁸⁵ Cfr. Maggi, Bruno, op. cit., pp. 290.

A coordenação e o controlo assumem diferentes formas em diferentes organizações, dependendo das metas institucionais prosseguidas pelas organizações e das tecnologias empregues por estas. O que é muito resultado desses mecanismos de coordenação e controlo possuírem uma lógica intrínseca, mas também pela necessidade de ajustar esses mecanismos à lógica da acção institucional e tecnológica com vista a criar uma estrutura válida e coerente. Daí que a interpretação das semelhanças e das diferenças da acção organizacional através dos diferentes campos sociais depende sobretudo das análises das relações entre a lógica da acção organizacional e a lógica da acção institucional e tecnológica⁸⁶.

O que suscita a questão de saber qual o tipo de organizações que são, afinal, os tribunais?

Nem todas as relações de cariz organizacional são burocráticas e a caracterização dos tribunais enquanto organizações desse tipo burocrático é fruto de alguma discussão, à qual não se encontra imune a complexidade com que a sua estrutura e a dinâmica de actuação se apresentam. E, aqui, o elemento distintivo da burocracia, relativamente às outras relações organizacionais, não pode deixar de ser a hierarquia que se encontra presente nas relações de cariz vertical. Todavia, sempre se poderá afirmar que na própria estrutura do Estado de direito moderno seria impensável um outro funcionamento do sistema judicial que não assente nas bases da racionalidade, normatividade e divisão especializada das funções que são próprias de um aparato burocrático e administrativo do Estado.

Falam determinados autores dos tribunais como organizações de cariz profissional ou “burocracias profissionais”⁸⁷, em que a componente burocrática é mais ou menos saliente, segundo se trata da análise, respectivamente, de um sistema judicial inserido na tradição *civil law* ou na tradição *common law*⁸⁸. Assim, a organização judicial pode ser caracterizada como uma organização burocrático-profissional todas as vezes que os tribunais se estruturarem em conformidade com as características próprias das organizações burocráticas, como é a conformação hierárquica dos seus postos e funções, a divisão especializada do trabalho e o profissionalismo dos seus membros. Tais características integrarão normativamente o estatuto profissional dos juízes, o qual se converte num estatuto organizacional cada vez que este estabelece um conjunto de direitos, obrigações e procedimentos que regulam o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e a conduta dos julgadores que os integram. Por outro lado, o

⁸⁶ Idem, pp. 294.

⁸⁷ Cfr. Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit (1993), pp. 32.

⁸⁸ Assim, Fix-Fierro, Héctor (2003), pp. 146-157.

trabalho dos tribunais é organizado em torno da competência profissional atestada aos juízes, enquanto membros dessas organizações⁸⁹.

Outros autores⁹⁰ falam, por outro lado, de organizações de cariz complexo em que os tribunais funcionam, na prática, numa espécie de “anarquia organizada” ou “*adocracia*”⁹¹, em que a configuração organizacional deveria supor, em face disso, uma mutação para uma verdadeira “burocracia profissional”, com a existência definida de duas estruturas: uma constituída por profissionais e outra por burocratas, sendo o topo organizacional ocupado por um profissional, mas com poderes limitados o que o afasta das organizações weberianas⁹².

Também Wolf Heydebrand e Carrol Seron qualificam os tribunais enquanto organizações complexas, com conteúdo profissional e/ou burocrático, sendo que a interpenetração de ambas as características, se pode resumir na síntese “administração tecnocrática”, em que a dicotomia inicial pode ser superada pela assunção do todo sistemático⁹³.

Nesta linha da complexidade, merece referência, do mesmo modo, um outro entendimento que vê os tribunais enquanto organizações inseridas numa rede de organizações e enquanto ápices desses núcleos inter-organizacionais e intra-organizacionais. No fundo, este pensamento insere os tribunais num sistema organizacional mais vasto, dando ênfase ao papel integrador dos tribunais nessa rede mais complexa enquanto facilitadores das direcções convergentes das organizações⁹⁴. Mas essa ideia da rede pode implicar, mais ainda, a consideração das características específicas dos tribunais enquanto organizações, dando a

⁸⁹ Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit, op. e loc. cit.

⁹⁰ É o caso de J. A. Oliveira Rocha, citando autores como Cohen, March e Olsen e também Mintzberg, referindo que “os tribunais são organizações complexas que se podem caracterizar como anarquias organizadas, orientadas para um fim – a decisão judicial”. Afirmando, depois, que “Mintzberg (...) fala de «adocracia» em que os resultados emergem sequencialmente, mas em que não existem mecanismos de controlo e coordenação. Todavia, esta configuração organizacional é adequada para fazer face a situações inovadoras e criativas e não ao tipo de trabalho que é, em parte, constituído por rotinas. E, por isso, se torna urgente e necessário reconfigurar os tribunais, adoptando um novo modelo organizacional que classificamos de burocracia profissional” – assim, Rocha, J. A. Oliveira (2005).

⁹¹ Funcionamento ad-hoc, próprio de uma “adocracia”, no entendimento das configurações estruturais de Henri Mintzberg. Segundo este autor os elementos respeitantes aos mecanismos de coordenação, aos parâmetros de concepção e aos factores de contingência se podem configurar estruturalmente nos seguintes modelos: (1) estrutura simples, (2) burocracia mecanicista, (3) burocracia profissional, (4) forma divisional e (5) adocracia – assim, Mintzberg, Henri (1994).

⁹² Cfr. Mintzberg, Henri (1983). Também assim, Rocha, J. A. Oliveira (2005), que, continuando a citar Mintzberg, afirma que neste tipo de organizações (“burocracias profissionais”) os profissionais procuram grande independência no próprio trabalho, necessitando contudo de apoio logístico considerável. Quanto aos burocratas compete-lhes a execução das tarefas de rotina, importante para o funcionamento da organização.

⁹³ Assim, Heydebrand, Wolf; e Seron, Carrol (1990), pp. 38-39.

⁹⁴ Nesta acepção Martin, John A.; e Maron, Nancy C. (1991).

conhecer as reais conexões entre os vários actores em presença e o modo como estes últimos actuam em tribunal⁹⁵.

Numa outra acepção, ainda, os tribunais são vistos como organizações caracterizadas por relações de cariz colegial e coordenado, numa distinção que Mirjan Damaška retira da análise da organização da justiça criminal no modelo continental e no modelo anglo-americano⁹⁶.

Mais recentemente, os tribunais também têm sido enquadrados enquanto “organizações de aprendizagem” já que se coadunam com estratégias de liderança, de adaptação e de desenvolvimento pessoal e institucional⁹⁷.

Pelo que se constatou, as definições que se apresentaram assumem os diversos aspectos e níveis em que os tribunais podem ser vistos. Na verdade, a distinção de níveis é importante, em face da impressionante complexidade de funcionamento do sistema judicial, em que a independência jurisdicional faz gerar dificuldades acrescidas na detecção e definição das cadeias de autoridade e de hierarquia funcional, bem como no apuramento dos fluxos comunicacionais. Por outro lado, o sistema judicial deve ser visto enquanto conjunto de unidades organizativas que, não obstante a sua uniformidade funcional, apresentam amiúde, sobretudo em experiências que ainda não padronizaram a sua administração e gestão dos tribunais, uma grande diversidade de modalidades da realização do trabalho quotidiano. Pois a repartição das tarefas, o grau de especialização das pessoas e das estruturas de direcção e de consenso variam consideravelmente⁹⁸.

Assim, ao falarmos dos tribunais enquanto organizações e de tribunais enquanto integrados num conjunto que perfaz o sistema judicial, podemos referir-nos, na linha de Héctor Fix-Fierro⁹⁹, às seguintes unidades de referência: - o sistema judicial constituído pelo conjunto dos tribunais e outras instituições da justiça; - o tribunal e o sistema judicial enquanto interlocutores com outras organizações ou instituições; - o tribunal de *per se*; - o

⁹⁵ Assim, em Hartley, Roger; e Shomade, Salmon (2008); e Katz, Martin Daniel; e Stafford, Derek K. (2008).

⁹⁶ Cfr. Damaška, Mirjan (1975), pp. 483-522. Adoptam esta acepção, Cover, R. M. (1981), pp. 639-682, e Fiss, Owen (2007), pp. 99-100.

⁹⁷ A adopção de medidas de protecção e fortalecimento da transparência e da integridade do judiciário, insere-se num processo de desenvolvimento organizacional. Para uma definição de “organização de aprendizagem” (*learning organizations*), consulte-se, por todos, Senge, Peter (1990), e para a sua utilização no universo judiciário, consulte-se Fabri, Marco; e Langbroek, Philip M. (2007^a).

⁹⁸ Neste sentido, partindo da ilustração da diversidade e a transformação da gestão nos tribunais de grande instância franceses, Ackerman, Werner; e Bastard, Benoit (1993), pp. 15.

⁹⁹ Cfr. Fix-Fierro, Héctor (2003), pp. 157-159.

grupo de trabalho no tribunal (unidade operativa ou funcional da justiça); e - o juiz ou o colectivo de juízes enquanto centro autónomo e independente de decisão jurisdicional.

A caracterização do tipo de organização ou organizações que aqui se podem destacar, varia em conformidade com os diferentes níveis em destaque ou em observação, sendo óbvio que no nível do relacionamento meramente administrativo e de gestão iremos encontrar um tipo de funcionamento burocrático. Assim acontece quando se procede à análise dos relacionamentos estabelecidos entre a equipa de funcionários judiciais e as suas chefias e entre estas e o juiz que assume a coordenação ou a supervisão do trabalho judicial (juiz que preside ao tribunal ou mesmo o que decide ou despacha nos processos), mas também nas relações estabelecidas entre o juiz e a equipa de colaboradores (funcionários ou assessorias) que trabalham junto dele enquanto seu gabinete ou secretaria (secção) adstrita à sua função jurisdicional.

Certo é que no núcleo essencial da função jurisdicional, na actuação do juiz enquanto decisor, atentas as características de garantia da sua autonomia e independência, essenciais à definição da sua tarefa jurisdicional e naturais à definição do poder judicial, se devem definir as características próprias de uma organização profissional que pode irradiar em maior ou menor grau as suas incidências de autonomia e independência técnica e organizativa.

A função judicial apresenta-se, neste enquadramento, dominada por critérios profissionais, entre outras ponderações burocráticas ou hierárquicas, em que a figura do juiz e o elemento decisional se destacam como as referências fundamentais.

Por outro lado, a complexificação das tarefas a cargo, o aumento das pendências e o acréscimo do número dos juízes e dos funcionários cria a necessidade, por si própria, de implementar estruturas organizacionais complexas (redes de informação, especialização das tarefas e dos métodos de trabalho e racionalização dos meios) e tecnocráticas (com a criação de redes de trabalho e de tarefas especializadas e repartidas segundo razões de cariz técnico e económico), as quais, de maneira inevitável, não deixarão de influir no modo pelo qual o direito é interpretado e aplicado¹⁰⁰.

A responsabilidade resulta, assim, repartida por uma grande quantidade de pessoas e por tantas outras forças impessoais ou mecanismos inanimados que são apanágio das organizações complexas, esbatendo os nexos de imputação das responsabilidades.

¹⁰⁰ Assim, Fiss, Owen (2007), pp. 116. Resta saber com que intensidade e com que forma, procedendo-se nos capítulos seguintes (isto é, no decurso deste trabalho) ao delineamento e à configuração possíveis desses constrangimentos.

Mas se os tribunais podem e devem ser encarados como organizações complexas que partilham determinadas características com outras organizações de procedimentos e de tarefas de complexidade, a verdade é que os tribunais se destacam pela sua especificidade e distintividade. Esta distinção deve ser buscada naquilo que se entende como sendo o seu papel e também dos conceitos e teorias que formam a base do nosso entendimento sobre a realidade institucional e política dos tribunais¹⁰¹.

b.3. Decisão

A decisão judiciária é sempre, enquanto decisão, um acto individualizado, mais ou menos complexo, o qual, assente em determinada vontade, pretende a obtenção de determinadas finalidades ou objectivos, mediante a aposta numa opção materialmente obtida num cenário com outras alternativas possíveis.

Trata-se, no fundo, de uma escolha finalística entre diversas possibilidades de acção, constituindo-se, então, a decisão, como um evento contingente cuja avaliação é conexas, muito estreitamente, com um determinado contexto particular. Em que o decisor se depara com a sua autonomia, com os planos de programação ou planificação finalística e com os critérios que subjazem à escolha, construção e formulação decisórias.

Tomando como ponto de partida um modo de racionalidade estratégica, sabe-se que a decisão se traduzirá na justificação da escolha entre diversas possíveis acções em vista de certos critérios ou regras determinadas por um princípio de *optimização* na realização de um certo objectivo. “Definida a situação, e uma vez que, como vimos já, a decisão se traduz na «escolha de alternativas na situação relevante em atenção aos fins» (...), há que considerar um quadro de *coordenadas* (da decisão) e estas implicam a mobilização de um conjunto de *factors* (para a decisão), que será, por sua vez, a base do enunciado de *regras* ou *máximas* (de decisão). Com efeito, há que discriminar em qualquer comportamento decisório as «variáveis quanto aos fins» [o que se quer], os «parâmetros da acção» ou as alternativas [o que se pode fazer] e as «variáveis relativas ao meio» [os efeitos de cada alternativa e a reacção que possa sofrer a decisão que opte por cada uma delas]”¹⁰².

¹⁰¹ Dando ênfase a esta distintividade judicial dos tribunais na teoria das organizações, Millar, Perry S.; e Baar, Carl (1981^a), pp. 21-42.

¹⁰² Assim, Castanheira Neves, António (1993), pp. 41, no alinhamento do princípio regulativo das “teorias racionais da decisão” ou teorias empírico-analíticas da decisão prática segundo uma “racionalidade estratégica”. Que se traduzirá, no seguimento da lição de B. Schlink e T. W. Wälde, na justificação da escolha entre diversas possíveis acções por certos critérios ou regras determinadas por um *princípio de optimização* na realização de um certo objectivo – cfr. Castanheira Neves, António, op. cit., pp. 39.

Para a teoria económica a tomada de decisão obedece sempre, pelo menos na sua simplicidade mais explicativa¹⁰³, a uma escolha racional entre alternativas, com referência aos seus critérios de preferência e aos constrangimentos sentidos, na percepção de que toda a acção humana poderá ser explicada, em princípio, na base de um jogo entre as preferências (sistema estável de preferências), os condicionalismos (os constrangimentos prevalentes) e a hipótese da maximização das utilidades.

Certo que a decisão, encarada enquanto uma escolha de cariz racional¹⁰⁴, não pode deixar de ser apreciada nas suas próprias limitações que decorrem de considerações que são próprias a um certo entendimento da “racionalidade limitada”. A incerteza, a ambiguidade e o risco nas preferências que são naturais ao contexto decisional, têm vindo a ser recepcionadas como características do processo decisional pela grande parte das teorias da tomada de decisão nas organizações¹⁰⁵.

Na base de toda a decisão de cariz racional¹⁰⁶ (como é a decisão jurídica e, em princípio, todas as acções de cariz voluntário) existem, todavia, duas operações de escolha. Existe a escolha da transformação que aparece como racionalmente exigida, isto é, de escolha da solução julgada como a mais racional para o problema a resolver. Mas esta escolha não seria ela própria possível sem estar apoiada numa prévia operação de selecção que assenta no modo de perceber o contexto em relação ao qual se irá definir o problema a resolver e

¹⁰³ Cfr. Becker, Gary (1976), pp. 14, e Mantzavinos, Chrysostomos (2007), pp. 17-18. Sabendo-se que nem sempre a opção de explicação racional se demonstra como a mais credível, pois o comportamento humano não se pode compartimentar. Merecendo por vezes motivações que têm a ver com a maximização das utilidades, mas outras nem tanto, com alguma instabilidade nas preferências e numa indeterminação da informação disponibilizada e acumulada. Mormente quando falamos da complexa actividade judicial, apenas integrável pelo quadro institucional das ciências sociais e do direito – assim, Mantzavinos, Chrysostomos (2007), pp. 17-28.

¹⁰⁴ Sabendo-se que as teorias racionais da decisão são baseadas num conhecimento das alternativas, num conhecimento das consequências, numa ordem consistente de preferências e em regras que disciplinam os decisores nas suas opções ou escolhas, e que vieram a conviver com as aproximações aos limites da racionalidade e ao peso dos constrangimentos individuais e organizacionais – March, James G. (1997), pp. 10-20.

¹⁰⁵ Assim, Shapira, Zur (1997), pp. 4-5, na caracterização das especificidades das decisões organizacionais relativamente às decisões de cariz individual: - ambiguidade informativa; - longitude do contexto; - relevância dos incentivos; - rotinização das decisões; e - conflitualidade e estratégia nos comportamentos. A crítica da decisão realizada por Lucien Sfez tem por fundamento, na busca de uma crítica da linearidade, da racionalidade e da liberdade, as diferentes concepções sobre o homem no decurso das sociedades dos períodos liberal (clássico e moderno) e contemporâneo, correspondentes ao “homem certo”, ao “homem provável” e ao “homem aleatório” – cfr. Sfez, Lucien (1990) e (2003). “A decisão contemporânea é uma narrativa em todas as ocasiões interpretável, multi-racional, dominada pela multi-finalidade, marcada pelo reconhecimento de variados objectivos possíveis, simultâneos, em ruptura” – assim, Sfez, Lucien (2003), pp. 347.

¹⁰⁶ Cfr. Ortega, Manuel Segura (1995), pp. 160-161.

determinar a utilização que os actores encarregues da aplicação farão das soluções por eles encaradas como possíveis¹⁰⁷.

O exercício da tomada de decisão jurídica funda-se sempre numa argumentação de cariz racional e numa análise crítica da experiência do julgador, tanto na valoração da prova como na fundamentação das decisões em que se desdobra o processo decisional que culminará numa decisão final¹⁰⁸. E com especial incidência na elaboração e redacção destas mesmas decisões, o que inclui o tratamento da matéria de facto, dos procedimentos de recolha e produção de prova e da estruturação lógica e jurídica dessas decisões.

Esta tomada de decisão jurídica pode fundamentar-se em teorias de cariz normativo, de pendor descritivo ou então de natureza mista. Conforme o seu objecto e metodologia de análise, farão apelo a pressupostos de índole valorativa ou normativa (enquanto padrão da aferição da justeza, da boa fundamentação ou da correcção procedimental da decisão em caus), ou, pelo contrário, assentam na descoberta da prática efectiva das decisões¹⁰⁹. Certo é que não se pretende aqui escolher, pelo menos nos limites contidos no objecto deste trabalho, se o que determina o proferimento da decisão é a sua justeza, verdade ou validade, ou, por seu turno, a obtenção de uma decisão otimizada pelas suas condições¹¹⁰.

Mas no domínio do judiciário encontramos vários tipos de decisão para além da decisão jurisdicional atinente e aqui objecto de preocupação. Assim, no plano mais vasto do ordenamento e da política do sistema judicial no seu todo podemos encontrar a decisão político-legislativa enquadrada pelos órgãos constitucionais legiferantes, tanto os Parlamentos como os Governos. Depois, no que respeita à pura administração e gestão do sistema judicial temos áreas decisoriais objecto de uma partilha de competências, por parte das administrações judiciárias de cariz executivo e também dos Conselhos Judiciários, que produzem actos administrativos e de gestão de cariz diverso. Num plano ainda mais reduzido, verifica-se que a administração e gestão dos tribunais se encontra entregue a determinados órgãos de cariz mais

¹⁰⁷ Processos indissociáveis de escolha que, atenta a sua natureza, terão de ser necessariamente articulados – cfr. Lenoble, Jacques (2007), pp. 56-57.

¹⁰⁸ “A actividade judicial pode caracterizar-se como um processo em que o sujeito chamado a decidir selecciona diversas opções que se referem a normas, factos e valores. Este processo pressupõe a adopção de um número considerável de decisões que têm um carácter prévio e que condicionam a decisão final. Antes de adoptar a decisão definitiva o juiz vai tomando decisões parciais que se referem às normas, aos critérios de interpretação das mesmas, à selecção e qualificação dos factos, etc., de modo que todas elas determinam a resolução final” – Ortega, Manuel Segura (1995), pp. 160.

¹⁰⁹ Assim, relativamente à enumeração das teorias de índole normativa, descritiva e interpretativa que se debruçam sobre a decisão jurídica, consulte-se Schneider, Jochen; e Schroth, Ulrich (2002), pp. 530-545.

¹¹⁰ Num ponto de reflexão de Castanheira Neves sobre a categoria da decisão no debate das teorias racionais da decisão ou das teorias empírico-analíticas da decisão prática, no domínio do direito enquanto função e tecnologia – assim, Castanheira Neves, António (1993), pp. 41-42, e (2006/2007), pp. 25-29.

ou menos executivo, que terão também de definir um plano de gestão e administração e produzir as decisões coincidentes, tanto da égide dos presidentes dos tribunais, entenda-se juízes presidentes, como dos vários juízes nas suas unidades jurisdicionais, ou ainda, por fim, dos funcionários judiciais encarregues de cargos de chefia e administração das suas unidades judiciais.

Tudo isso com vista à boa prossecução da tarefa jurisdicional que no seu âmago também se projecta em decisões jurisdicionais que visam aplicar ou realizar o direito aos casos concretos trazidos a tribunal.

A teoria da decisão é marcada pelos estudos de cariz sociológico, político, económico e também jurídico, e tem por vocação, no universo judiciário aqui visado, o enunciado das concepções do decisor judicial, das acepções relativas ao conceito de decisão judiciária, da sua contextualização no campo de uma actividade pública e, por último, no delineamento das condições subjectivas e objectivas de tomada da decisão jurisdicional. Neste último ponto, para além do desenho dos perfis psicológicos e comportamentais do decisor jurisdicional, preocupa-se, esta vertente analítica da decisão, por enquadrar a competência, os vínculos procedimentais, as relações de liderança, a composição profissional ou burocrática do órgão decisional e, ainda, o poder dos grupos de interesse que confluem nesse universo judiciário.

Como se referiu atrás, como um dos elementos centrais da teoria das organizações, a racionalidade das organizações e a crítica dessa racionalidade, sempre andou a par com o relacionamento essencial estabelecido entre as organizações e as decisões. E a controvérsia estabelecida ao nível da teoria das organizações a propósito dessa racionalidade transmite-se ao universo jurisdicional, não de uma forma muito evidente e clara. Não só porque ao nível do sistema judicial se geram diversos níveis de sustentação e fundamentação decisional, desde o nível macro do sistema ao nível micro da unidade jurisdicional que profere decisões no processo, mas também por via da diversidade e dos pressupostos diferenciados de que partem esses tipos desiguais de decisões aferidas aos tribunais: decisões político-legislativas, decisões administrativas de cariz gestor e decisões jurisdicionais.

Ao referir o essencial contexto estrutural e programático da decisão judiciária, Niklas Luhmann explicita, na sua *Legitimation durch Verfahren*¹¹¹, que “a compreensão da interdependência entre, por um lado, a estrutura organizacional e programática e, pelo outro, a racionalidade do acto de decisão constitui uma das aquisições fundamentais da nova teoria da

¹¹¹ Aqui consultada na sua tradução francesa – cfr. Luhmann, Niklas (2001), pp. 126, nota 1.

organização e da decisão”¹¹². No pensamento luhmanniano avulta sempre como de grande importância a elucidação sobre a “programação condicional” e a importância da diferenciação dos processos decisórios em “decisões programadoras” e “decisões programadas”, pela especial iluminação que projectam sobre as relações entre a norma legal e decisão jurisdicional¹¹³.

A especial contribuição do juiz estará baseada na sua posição no processo diferenciado de tomada de decisões, trazendo aqui a dualidade dos sentidos decisórios para o legislador, enquanto criador do direito, e para o juiz, enquanto vinculado à norma legal¹¹⁴. Numa diferenciação que passa pela referência aos papéis e os procedimentos, na detecção da diferença entre o centro (tribunais) e a periferia (legislação) e na estratificação em sistemas desiguais de procedimentos de tomada de decisão¹¹⁵.

Mas, por outro lado, na linha do mesmo pensamento de Luhmann¹¹⁶, não nos podemos esquecer que a subordinação hierárquica da jurisdição à lei, própria da instituição do sistema legal na modernidade, tem sido dissolvida numa relação circular de influência recíproca, passando o papel dos tribunais no sistema legal a estar marcado, justamente, para além da questão essencial da proibição da denegação da justiça, com a aludida exigência da organização judiciária, aqui incluindo os problemas da profissionalização dos sujeitos processuais, mormente dos juízes, e das finalidades dos procedimentos legais enquanto realização e definição do direito na história (passado, presente e futuro)¹¹⁷.

¹¹² Idem. Consulte-se, também, para elucidação do carácter interactivo do processo de tomada das decisões, nos vectores do tempo e do espaço – cfr. March, James G. (1997), pp. 24-28.

¹¹³ Em relação a esta diferença chama a atenção para as virtualidades, nas sociedades modernas, da separação entre a esfera política e a esfera judicial, funcionando a primeira por programação finalizada e a segunda por programação condicional (a discernir nos dois aspectos da positividade: “capacidade de aprendizagem” e “variabilidade estrutural”) – cfr. Guibentif, Pierre (2005), pp. 214-219.

¹¹⁴ Para a aferição desta diferenciação do processo decisório na decisão legislativa e na decisão jurisdicional, partindo da abordagem mais convencional (generalidade da lei v. concretização do caso judiciário) para uma diferenciação funcional que tem em conta as necessidades estruturais do sistema e as condições/parâmetros da inerente redução da complexidade social (diferenças no tipo de decisões – programadoras e programadas -, na percepção da informação, nos modos de comunicação, nas formas de argumentação da decisão e nas respostas de responsabilização e prestação de contas) – cfr. Luhmann, Niklas (1985), pp. 34-52. Veja-se também, esta leitura em Guibentif, Pierre (2005), pp. 214-219, e em Newmark, Hjalmar (2006), pp. 36-40.

¹¹⁵ Assim, quanto à tomada de decisão jurisdicional, assume Luhmann as notas características da vinculação do juiz à norma legal, da obrigatoriedade do juiz de repetidamente tomar as mesmas decisões em casos idênticos, da necessidade do juiz se adaptar às alterações normativas do legislador e da selectividade forçada, pelo mesmo juiz, da complexidade crescente da legislação (da periferia para o centro) – assim, Luhmann, Niklas (1985^a), pp. 25-61, e Newmark, Hjalmar (2006), pp. 36-40.

¹¹⁶ Cfr. Luhmann, Niklas (2004), pp. 289-301.

¹¹⁷ Do mesmo modo Vago, Steven (2005), pp. 86-108, demonstrando a necessidade de atender à organização do sistema jurídico e, dentro desta, à estrutura do judiciário, para aquilatar verdadeiramente do papel do direito na sociedade.

Afirma Bacelar de Vasconcelos, a propósito deste trecho de Luhmann, que “de um modelo hierárquico que reduzia os tribunais a mero órgão de execução do legislador, ao qual se vinculavam por uma relação axiomática, passamos a um modelo horizontal onde a decisão do juiz se constrói segundo regras elaboradas ao longo desse mesmo processo de decisão, criando o tribunal o direito que aplica. A vinculação à lei transforma-se em vinculação ao direito e o texto legislativo, em tópico cuja relevância, porventura a sua própria subsistência, ficará dependente da solução exigida pelo caso concreto.” “(...) Enquanto para Montesquieu, como vimos, se garantia a independência do poder judicial pelo seu carácter não permanente e não profissional, para Luhmann a chave da autonomia judicial, por ele construído como centro do sistema jurídico, está na sua organização e profissionalização, única forma de combinar a independência judicial com a vinculação do direito vigente e a proibição de denegação da justiça (...)”¹¹⁸.

A especificidade do fenómeno organizacional da justiça contempla, assim, como referências fundamentais, não só a figura do juiz como também o elemento decisional, no enquadramento de uma função (a judicial) dominada por critérios profissionais, entre outras ponderações burocráticas ou hierárquicas. Na qual, aliás, como tivemos ocasião de afirmar, se torna, na prática, difícil de distinguir as funções administrativas-burocráticas e as funções propriamente profissionais, dada a sua influência recíproca numa dinâmica complexa.

Essa complexidade da decisão e do processo do seu proferimento, leva a conceber a decisão jurisdicional na dimensão global de realização do direito, apurando-se daí o seu reflexo sistémico e a sua inserção no plano organizativo da justiça e do sistema jurídico em geral. Num enquadramento das dimensões da organização, da decisão e do sistema que aqui destacámos e que irão servir para fundar uma adequada argumentação da tese proposta inicialmente.

Descobrir qual o impacto organizativo sobre a tarefa jurisdicional de realização do direito é proceder, por essa via, à análise das várias teorias que se têm debruçado sobre a natureza e caracterização das decisões jurisdicionais, num cenário em que se podem constatar as diferenças entre os sistemas jurídicos. Tarefa a que procederemos, a seu tempo, num capítulo mais adiantado deste trabalho.

¹¹⁸ Assim, Bacelar de Vasconcelos, Pedro Carlos (1996), respectivamente a pp. 192 e 200.

b.4. Sistema

A complexidade da realidade dos tribunais é uma evidência e a assunção do judicial enquanto sistema é uma peça adquirida no xadrez do debate académico, político e social sobre a actividade dos tribunais.

Esta perspectiva dos tribunais e da justiça enquanto “sistema”¹¹⁹ é mesmo, quanto a nós, uma das perspectivas mais profícuas em termos de análise, pois permite uma reflexão mais profunda e abrangente sobre o funcionamento dos tribunais e sobre a forma como a decisão jurisdicional é tomada, tanto nos elementos que se enquadram como mais centrais como naqueles que se têm à partida como mais periféricos mas que se adequam à mesma cadeia complexa de factores.

A teoria dos sistemas¹²⁰ permite também estabelecer com um grau explicativo elevado qual a forma como cada sistema organizativo responde, com maior ou menor abertura e de forma mais ou menos adaptativa, para com as alterações significativas no seu ambiente externo, e de molde a manter intactas as suas estruturas básicas. Sejam essas regularidades ou não assentes numa ideia de permanência no caos e alheio a qualquer alteração brusca origina numa colisão que poderá originar novas regularidades e uma nova estabilidade sistémica.

Essa teoria dos sistemas, com os seus modelos de tomada de decisão nos grupos e nas organizações, concentra-se na identificação de elementos particulares no ambiente do grupo ou da organização que possam afectar significativamente os resultados das suas decisões tomadas.

Não se deixa de esclarecer, do mesmo modo, que a perspectiva sistemática é de grande ambiguidade no campo dos saberes sociais, em que cada analista pode possuir a sua própria

¹¹⁹ Sistema nas suas várias acepções que se prendem com as qualidades da ordem e da unidade enunciadas por Kant, num termo que tem evoluído nas suas acepções e sentidos mais relevantes. “Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio” – assim, Canaris, Claus-Wilhelm (1989), pp. 12. Também Menezes Cordeiro procede a uma análise da ideia de sistema, na acepção formal kantiana, enquanto ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários, procedendo depois a uma contraposição dessa acepção, na linha de Philipp Heck, com o sentido ontológico do direito (sistema interno) e com o seu carácter expositivo ou descritivo (sistema externo) e concluindo pela necessidade de uma visão de síntese entre essa lógica imanente do direito e as proposições externas necessárias ao seu estudo e à sua aprendizagem – Menezes Cordeiro, António (1986), pp. 24-31, e (1989), pp. LXIII-LXX.

¹²⁰ Sobre esta teoria dos sistemas em geral e a sua aplicação ao direito, ver Le Moigne, Jean-Louis (1993^a), pp. 600-601, e Arnaud, André-Jean; Andrini, Simona (1993), pp. 601-604, e Ferrari, Vincenzo (2000), pp. 229-253. No que respeita à função da ideia de sistema no direito em termos genéricos, consulte-se Canaris, Claus-Wilhelm (1989), pp. 9-23.

concepção de sistema, cruzando-se aqui várias escolas e pensamentos, como o funcionalismo, o estruturalismo ou mesmo como a teoria dos sistemas enquanto tal¹²¹.

Nesta ordem de razões, o universo do direito, da justiça e dos tribunais também é visto segundo a conceptologia própria da visão sistémica, vivendo toda esta análise de um certo posicionamento reflexivo e da ideia de auto-referência que se transformaram, há já algumas décadas, num dos centros operatórios da própria teoria do direito. O sistema jurídico é concebido, a esta luz, na sua globalidade, na sua autonomia e na sua unidade, como emergente de uma auto-referência comunicativa.

Na base de tal teorização, fundada na arquitectura sistémica de Niklas Luhmann¹²², a mais englobante sociedade aparece como um sistema autopoietico de comunicação, ou seja um sistema caracterizado pela organização auto-reprodutiva e circular de actos de comunicação. Comunicação, enquanto processo dinâmico, circular e auto-perpetuado de interacção simbólica.

A partir deste circuito comunicativo geral e no seio desse sistema social, novos e específicos circuitos comunicativos se vão gerando e desenvolvendo. Logo que estes circuitos emergentes atinjam um determinado grau de complexidade e perficiência na sua própria organização auto-reprodutiva, eles autonomizam-se daquele sistema social geral, originando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau. De acordo com Gunther Teubner o direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistémicos e à articulação destes num relacionamento circular¹²³.

Neste passo ganha todo o sentido a conceptologia luhmanniana de “sistema social”, de “diferenciação funcional”, de “positivização do direito” e de “articulação estrutural” entre cada um dos sistemas e o seu ambiente¹²⁴. O direito, nesta acepção, é um sistema auto-

¹²¹ Assim, na análise do sistema para a sociologia do direito, Arnaud, André-Jean (1993), pp. 599. Salienta-se, aqui, o legado da abordagem funcionalista dos sistemas de Talcott Parsons, enquanto análise do sistema como um todo integrante de várias partes relacionáveis e que desempenham funções específicas nas relações recíprocas entre si e também na manutenção do conjunto (economia, sistema político, comunidade social e sistema valorativo ou fiduciário). Nesta acepção o direito assume uma função essencialmente integrativa, enquanto elemento central da sociedade moderna, no que respeita a todos os indicados subsistemas sociais, regulando a interacção entre os membros da sociedade (integração social) mas também regulando a estrutura institucional da sociedade e a troca entre subsistemas (integração societária) – assim, Parsons, Talcott (1978); e Deflem, Mathieu (2008), pp. 108-115.

¹²² Consulte-se, sobre este domínio, Luhmann, Niklas (1982), pp. 131-138; Viskovatoff, Alex (1999), e Duvillier, Thibaut (1999), pp. 14-15.

¹²³ Cfr. Teubner, Gunther (1993), pp. 53-58, e Teubner, Gunther (1996), pp. 235-265.

¹²⁴ Para a análise desta conceptologia e ainda para a definição da “autopoiesis”, vejam-se Luhmann, Niklas (1993), pp. 77 e ss., (1995), pp. 61-81, 103-147, e 363-397, (2004), pp. 76-142, 173-211 e 423-464; Guibentif,

referente e autopoietico que baseia as suas distinções básicas e a sua identidade no código binário específico *recht / unrecht* (lícito / ilícito, válido/inválido ou pretensão fundamentada / pretensão não fundamentada), sendo que a positivização do direito assume o papel de recíproco da diferenciação do sistema jurídico e da sua autonomia autopoietica. Isto é, a validade do direito só é possível se for “positiva”, o que é dizer, se for colocada pelo próprio direito, embora essa mesma validade esteja inserida num ambiente de relativa instabilidade que admite modificações fundadas numa decisão gerada no próprio sistema jurídico e com ele congruente.

Mesmo no campo da busca da racionalidade e da fundamentação das opiniões e das decisões jurídicas, se deve encarar sempre o mecanismo diferenciador do direito, isto para além das clássicas funções da argumentação jurídica de persuasão/convencimento (no apelo à tópica e à retórica) ou das formas de obtenção de um consenso apoiado inter-subjectivamente (na aceção das teorias procedimentais de Habermas ou de Alexy à frente destacadas).

Para resolver a incidência casuística e aleatória da realidade factual o direito intervém, segundo Luhmann, estabelecendo entre os casos uma conexão jurídica, uma causalidade e uma problemática com recurso aos meios internos de autodescrição do sistema jurídico, sendo essa função assumida pela argumentação¹²⁵. São esses os pressupostos do sentido jurídico-normativo perante os factos, numa inserção sistémica de auto-referência, em que preponderam as funções primárias atribuídas ao direito, como mecanismo de “institucionalização”, traduzidas no “assegurar expectativas” e no “direccionar condutas”¹²⁶.

A diferenciação e a identidade do direito não impedem, contudo, no nosso entender, a sua abertura, interpenetração ou complementaridade com outros subsistemas sociais, como a economia, e daqueles subsistemas em conjunto com o ambiente social.

Logo à partida, através dos fenómenos de ampliação dos âmbitos de contacto entre disciplinas (mecanismos denominados pela teoria sistémica como “ruído” e “irritação” entre subsistemas) - v.g. discussão teórica, metodologias comuns, aproximação conceptual, reciprocidade deontológica, padronização segundo exigências de qualidade e eficácia, entre outros -, provocando alterações importantes na semântica e no património tradicional de um sistema funcional autopoietico como o direito.

Pierre (1993), pp. 15-49, (2005), pp. 221-239, e (2006); Rottleuthner, Hubert (1989), pp. 780-785; e Neves, Marcelo (1996), pp. 403-412.

¹²⁵ Nesta abordagem luhmanniana sobre a argumentação jurídica, Luhmann, Niklas (2004), pp. 305-356.

¹²⁶ Assim, Luhmann, Niklas (1993), pp. 73 e ss.

Mesmo neste ponto reconhecem-se entendimentos que concedem ao direito, como sistema, características de maior abertura, mobilidade e heterogeneidade¹²⁷, e até um pendor cibernético ou de reconstituição teleológica, em que “o sistema reconsidera os seus impulsos face às informações que receba das extremidades”¹²⁸, designadamente com a ponderação das consequências das várias propostas de solução por via da circularidade hermenêutica¹²⁹.

Em segundo lugar, pelo crescente reconhecimento, até por via da indução de outras experiências comparadas, de um nível melhor e maior de relacionamento do direito com as ciências sociais que com ele concorrem na percepção e na actuação sobre a realidade social. Assim, torna-se cada vez mais premente o conhecimento daquela autêntica “chave de entrada”¹³⁰ no sistema jurídico, para melhor conseguir conviver com as suas características essenciais e com o seu mecanismo vital.

c. A jurisdição enquanto estrutura ou organização e a organização judiciária

A jurisdição (*jurisdictio, jus dicere*) pode ser entendida essencialmente, na linha de Gomes Canotilho, como “a actividade exercida por juízes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do direito num caso concreto”¹³¹. Esta actividade de definir o direito¹³², exercido pelos órgãos jurisdicionais, é também salientada por François Ost e Michel van de Kerchove, quando sufragam que o critério da juridicidade deve ser encontrado na utilização que dele faz a própria jurisprudência, “não somente na resolução dos litígios à luz

¹²⁷ Cfr. Ferrari, Vincenzo (2000), pp. 229-290, com o enunciado das representações sistémicas do direito entre a abertura e o fechamento, mas também no pluralismo derivado da envolvente comunicacional e informativa dos sistemas jurídicos e das relações intersistemáticas.

¹²⁸ Cfr. Menezes Cordeiro, António (1986), pp. 44-47, e (1989), pp. LXX-C, isto após ter enunciado uma teoria evolutiva dos sistemas de ordenação no direito, com alusão à sucessão dos modelos sistemáticos. Assim, sistemática periférica (1ª sistemática), sistemática central (2ª sistemática) e sistemática integrada (3ª sistemática) – cfr. op. cit., pp. 32-44, e (1989), pp. LXX-C.

¹²⁹ Do mesmo modo, Larenz, Karl (1989), pp. 531-596; Canaris, Claus-Wilhelm (1989), pp. 103-199; Castanheira Neves, A. (1993), pp. 159, e Büllesbach, Alfred (2002a), pp. 416-418.

¹³⁰ O seu fechamento funcional e os limites da sua abertura, assumidos como condições da sua análise e da produção de modificações na sua estrutura e na sua substância. Apontando, nomeadamente, qual a melhor estratégia e os melhores instrumentos para conseguir a reforma do direito e dos seus sub-sistemas (incluindo aqui o dos tribunais).

¹³¹ Assim, Canotilho, Gomes (1998), pp. 577. São consideradas três notas fundamentais da caracterização material da função jurisdicional, considerando-se que os actos da função jurisdicional vão dirigidos à resolução de uma questão jurídica pela via da extrinsecação e da declaração do direito, portanto do ponto de vista jurídico, na prossecução de uma finalidade política ou pública de realização da administração da justiça – assim, Machado, João Baptista (1990), pp. 144; e Medeiros, Rui; e Fernandes, Maria João (2007), pp. 24.

¹³² Aplicar, criar ou realizar o direito, veremos qual a expressão mais adequada para distinguir esta actividade jurisdicional.

do direito, mas também, por essa via, ao decidir em última ratio, de forma implícita ou explícita, se uma regra ou um princípio, de qualificação incerta, é ou não direito”¹³³.

Nos elementos da jurisdição entendem-se, para além do dizer o direito (*jurisdictio*), a obrigatoriedade de o dizer e também a forma e a autoridade com que ele se afirma (*imperium*), que pode ou não passar pela sua executoriedade e pela execução das decisões jurisdicionais¹³⁴.

Vai-se tornando claro que essa actividade não pode caracterizar-se tão só e apenas com critérios materiais e substantivos ou mesmo por via do seu modo ou forma de exercício¹³⁵. Estará dependente, assim também, da sua associação orgânica ao poder jurisdicional (sendo subjectiva e organizamente atribuída a titulares que são dotados das características de juízes) e à sua inerente estruturação e complexificação das condições práticas e materiais de existência e de exercício¹³⁶.

Os tribunais enquadram-se, no âmbito da estrutura dos Estados de direito democráticos, como os corolários da consagração, aos poderes públicos ou à autoridade do Estado, do tendencial monopólio da solução dos conflitos por órgãos do Estado ou dotados de legitimação pública, com a correspectiva proibição da autodefesa e como derivado das exigências de paz e segurança jurídicas inerentes a essas comunidades políticas. Por esta via a jurisdição consubstancia-se como a manifestação imediata da soberania juridificada dos órgãos do Estado aos quais compete essa função – os tribunais – e enquanto actividade pela qual se exerce e administra a justiça.

Como se expôs de início em aproximação temática a este trabalho, a justiça, enquanto poder, organiza-se sempre de uma certa forma, que pode variar na história e no seu contexto local, concedendo sempre uma estrutura ao saber que aplica ou realiza o direito, em torno de uma unidade de sentido e validade: um poder judicante organizado e estruturado que

¹³³ Não de forma discricionária mas segundo a consideração de que a tarefa jurisdicional é guiada por critérios pré-estabelecidos pela ordem jurídica, segundo determinada “regra de reconhecimento”, na acepção que lhe foi dada por Hart – assim, Ost, François, e van de Kerchove, Michel (1990), pp. 56. Para a definição desta “regra de reconhecimento”, confronte-se Hart, Herbert L. A. (1986), pp. 104-105, e para a análise do pensamento Hart segundo a óptica do que este autor entende como os vários “realismos” jurídicos (entende-se que aqui o realismo é usado na acepção empirista-pragmática, já não na acepção de atitude epistemológica ou “anti-nominalista”), consulte-se Hespanha, António Manuel (2007), pp. 97-111.

¹³⁴ Sobre o entendimento da jurisdição e dos seus elementos, em que a executoriedade não se assimila como essencial à função jurisdicional, consulte-se Rials, Stéphane (1989), pp. 6-9.

¹³⁵ Embora, como veremos, esta acepção não deixe de ser passível de controvérsia, e que se encontra, como se viu, no centro das questões levantadas por esta dissertação.

¹³⁶ Trata-se de uma questão debatida na busca do sentido jurídico-constitucional da função jurisdicional, saber se esse sentido se deve reportar também elementos orgânicos e formais. Questão essa mais desenvolvida à frente, neste texto, a propósito da influência das questões organizativas na forma de ver e pensar a jurisdição.

interpreta e decifra factos e normas jurídicas no sentido de um determinado contexto de vida, numa decisão apta a resolver o problema que subjaz a um caso concreto.

Sabe-se do relacionamento recíproco existente entre as realidades do processo e da jurisdição, em que esta mesma jurisdição aparece como o primeiro requisito lógico e ontológico do processo, e em que este último se assume como o regulador do modo de exercício da actividade jurisdicional¹³⁷.

Daí lançar-se a hipótese da estrutura comunicativa correspondente ao exercício de um poder e ao saber jurídico que o sustenta, ser, no domínio da realização jurisdicional do direito, muito influenciada pela dinâmica do correspondente processo decisional, dos procedimentos consagrados pela prática ou disciplinados pela lei aplicável e pela actuação conjugada de outros factores organizativos próprios do tribunal e da actividade jurisdicional.

A fórmula que compõe a natureza da jurisdição, aqui retratada na sua vertente de organização ou de estrutura¹³⁸, não poderá deixar, por isso, de trazer consequências para o conteúdo do direito substantivo aplicável e para a análise dos condicionalismos económicos e sociais da litigância¹³⁹.

E esta função jurisdicional tem de passar pela sua compreensão, até ao nível constitucional, não como mera função de tutela da lei (da «norma») e da sua formal aplicação, e sim no seu sentido autêntico, i. é, verdadeiramente como função de *juízo* – considerado aqui o «juízo» no seu entendimento clássico, de prudencial e histórico-concreto «*ius dicere*», oposto ao abstracto dedutivismo jusnaturalista ou à mera reafirmação analítico-substantiva de normas pressupostas. Pois se trata, ontem como hoje, fundamentalmente de ajuizar de uma

¹³⁷ Aliás esta reciprocidade é muito viva e salientada nos domínios mais tangíveis do direito penal e do direito processual penal, por vários processualistas, naturalmente em resultado da especial relevância que têm as exigências processuais penais para a realização dos princípios de direito criminal. Na descoberta desta unidade funcional e sistemática entre o direito penal e o processo penal, numa assunção da unidade do sistema jurídico-penal, confrontem-se Castanheira Neves, António (1968), pp. 9-10; Figueiredo Dias, Jorge de (1981), pp. 23-36; e Fernandes, Fernando (2001), pp. 36-43. Mas esta unidade fundamental de pensamento entre o *processo* e a *substância* é, quanto a nós, transponível para todas as realidades adjectivas em que também são cada vez mais recorrentes as preocupações com os meios processuais utilizados para a prossecução das suas finalidades últimas de cada ramo substantivo do direito (v.g. garantias constitucionais e procedimentais adequadas aos vários tipos de processo e condicionamento das decisões substantivas pelos meios processuais à disposição), isto não obstante a proclamação de princípio, contida no Art.º 2.º/2 do CPCivil, de que a todo o direito corresponderá uma acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente).

¹³⁸ Para a distinção dos falados três núcleos problemáticos distintos sobre a jurisdição – a *jurisdictio* como (1) organização ou estrutura, a *jurisdictio* como (2) intenção de resolução de controvérsias e a *jurisdictio* como (3) dimensão da praxis -, consultem-se Castanheira Neves, António (1998), pp. 291-292, e Aroso Linhares, José M. (2002), pp. 160-177.

¹³⁹ Como defende Lewis Kornhauser, em Kornhauser, Lewis (1999).

concreta *validade de direito* através de uma controvérsia sobre ela e referida ao caso (à situação jurídico-social) que tenha dado origem a essa mesma controvérsia”¹⁴⁰.

Só que essa jurisdição não pode ser restringida no seu sentido unitário e problemático a qualquer um dos seus núcleos problemáticos (estrutura, resolução de controvérsias e prática) com menosprezo dos demais, tal como tivemos ocasião de afirmar atrás.

Tradicionalmente o entendimento da jurisdição enquanto organização ou estrutura, sobretudo em países com tradição romano-germânica, e em que a influência da cultura judiciária francesa é marcante, tem sido realizado com apelo à designação da “organização judiciária”¹⁴¹.

Esta referência ao tema da organização judiciária e da organização dos tribunais, não deixa desde logo de fazer sentir a necessidade de um olhar mais abrangente e alargado sobre esse mesmo tema. A temática da reforma da organização judiciária convoca, efectivamente, uma abordagem de cariz absorvente ou englobante, um reflexo do pendor “gravitacional” das suas preocupações estruturais e sistémicas, conclusão que o sentido histórico e mais actual sobre esta matéria não deixa de confirmar.

Daí que a primeira questão a resolver quando se fala de *organização judiciária* é justamente a de definir o alcance dessa expressão, sabendo que a mesma tem sido utilizada numa grande diversidade de âmbitos e para um dilatado catálogo de finalidades.

Os sentidos que podemos encontrar nos vários níveis de discurso sobre o tema da organização judiciária não são coincidentes e muitas vezes essa ambivalência faz-se mesmo sentir no seio de um único texto, artigo ou intervenção. Sentidos plúrimos esses que vão desde o alcance primacial de cariz orgânico com que se estrutura a arquitectura judiciária ao âmbito mais normativo da divisão das jurisdições e competências, passando pela sua integração enquanto expressão mais limitada dos problemas de competência dos tribunais no seio das disciplinas jurídicas processuais, ou, agora num horizonte mais vasto, das várias implicações sociais, políticas, económicas e jurídicas que estão inerentes ao universo destas organizações públicas que são os tribunais.

Parece-nos de certa forma incontestável que a importância actual da justiça e dos tribunais no debate político-social exige uma outra abrangência da designação “organização

¹⁴⁰ De novo, Castanheira Neves, António (1998), pp. 180-181, e (1998^a), pp. 199-227.

¹⁴¹ Como vimos atrás, a génese do uso da expressão “organização judiciária”, pelo menos no que respeita aos autores portugueses que marcaram as disciplinas processuais de finais de oitocentos e inícios de novecentos, foi influenciada, em muito, pela ideologia naturalista do “organicismo” e pelo método “sociológico” positivista.

judiciária”, que não aquela que se encontra difundida no campo jurídico quando se fala a propósito deste tema. Dito de outra forma, a “organização judiciária” não pode estar confinada aos estreitos limites das propostas meramente jurídico-normativas, mesmo que estas apostem em preocupações de pendor material ou substantivo¹⁴².

É certo que a divisão judiciária existente em Portugal no que respeita à sua arrumação territorial e material, em consonância com aquela que vamos encontrar nalguns países de referência na Europa continental¹⁴³, não pode deixar de ter uma visão esquemática e sistematizadora congruente com a divisão prevalecente dos vários ramos do direito e das várias ordens jurisdicionais correspondentes e consagradas constitucionalmente: ordem dos tribunais judiciais, ordem dos tribunais administrativos e fiscais e ordem especializada de controlo da constitucionalidade e da ilegalidade das normas jurídicas (Tribunal Constitucional) e ainda de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas públicas (Tribunal de Contas) - cfr. Art.ºs 209.º/1, 210.º, 212.º, 214.º e 221.º, todos da CRP. Depois, a propósito de cada uma dessas ordens de tribunais vamos encontrar alguns critérios de especialização e organização que se reportam, em grau acentuado, na descoberta da competência dos vários tribunais, ao teor das matérias das várias disciplinas jurídicas, primeiro do direito substantivo (matéria) e depois do direito processual (valor, território e composição do tribunal), os quais, não obstante o seu questionamento crescente, são ainda determinantes para a forma concreta como essa organização judiciária se apresenta.

A centralidade dos tribunais e as questões da administração da justiça exigem, todavia, com alguma clareza, uma noção muito mais enriquecida de “organização judiciária” do que aquela que classicamente vem sendo afirmada pelas disciplinas do direito processual, isto é, enquanto mera definição estática da estrutura interna dos tribunais e da distribuição das jurisdições e das competências¹⁴⁴.

É preciso ultrapassar este esquema, que se tornou clássico, de encarar a organização judiciária - quase sempre - como uma penosa (e cansativa) descrição repartida de jurisdições,

¹⁴² Garcia Marques retira o conceito de “organização judiciária” da caracterização normativa do sistema jurídico e dos aspectos de conjugação harmoniosa entre as várias disciplinas, primeiro do direito substantivo e depois do direito processual, os quais são determinantes para a forma concreta com a organização judiciária se apresenta. “Qualquer desarmonia entre essas realidades engendra, inevitavelmente, bloqueios à realização do direito substantivo”, como explana esse autor - Garcia Marques, José Augusto Sacadura (1986), a pp. 4-5.

¹⁴³ Casos da França, Itália, Alemanha, Bélgica, Holanda e Áustria – assim, Conselho da Europa (2000), pp. 29-45, 47-58, 119-132, 133-150, 195-205 e 237-250.

¹⁴⁴ É esta definição mais restrita que vamos encontrar em Manuel Andrade, fazendo este autor compreender na organização judiciária tanto a constituição interna como a definição da competência dos diversos tribunais, referindo ainda, na tentativa de distinguir a organização judiciária do processo, que esta se referia à estrutura e

de competências, de instâncias, de hierarquias, e também como um compendiar do acervo mais ou menos actualizado das inúmeras e sucessivas leis sobre organização dos tribunais e da justiça.

Assim, desde logo, como explicita Alessandro Pizzorusso, a “organização judiciária compõe-se de uma pluralidade de órgãos públicos ou de Estado, a par da organização administrativa, segundo a qual pluralidade a função jurisdicional se reparte segundo determinados critérios e que coincidem com a divisão jurisdicional (constitucional, civil, penal, militar, administrativa, de contas, tributária, etc.) e com o mapa de competências (pela matéria, pelo valor, pelo território, etc.)”¹⁴⁵. Mas, mesmo nesta perspectiva, a matéria do ordenamento judiciário não deixa de compreender também a disciplina daqueles órgãos, como os Conselhos Judiciários ou Superiores, que exercem uma função administrativa, mas instrumental ao exercício da jurisdição, isto é, de uma função administrativa conducente à criação das condições de exercício da jurisdição¹⁴⁶.

Trata-se, obviamente, de uma organização visando garantir a independência do poder jurisdicional enquanto conjunto dos órgãos investidos da função jurisdicional, a quem é conferida uma unidade organizativa, complementada com estruturas de topo – os identificados Conselhos Judiciários ou Superiores - que garantem tal exercício jurisdicional com a devida autonomia e independência institucional¹⁴⁷.

Depois, estas regras definidoras das jurisdições e que repartem as competências, para além de se encontrarem em ampla reconsideração, na busca de uma especialização dos tribunais mais consentânea com as exigências da procura jurisdicional, da litigância pendente e da estrutura da oferta disponível¹⁴⁸, são, em si próprias e na interpretação que delas se faz, um importante factor de selectividade e de conformação da litigância processual¹⁴⁹, tanto por

funções dos tribunais “tendo em vista apenas o seu momento interno ou estático” – cfr. Andrade, Manuel A. Domingues (1993), pp. 14.

¹⁴⁵ Uma noção marcada pela sua instrumentalidade relativamente à função jurisdicional – assim, Pizzorusso, Alessandro (2000), pp. 910-911.

¹⁴⁶ Cfr. Pizzorusso, Alessandro, ob. cit., pp. 912.

¹⁴⁷ Assim, Bartole, Sergio (2006), pp. 25-26.

¹⁴⁸ A suscitar, concerteza, uma crescente demarcação dos mencionados critérios clássicos de especialização dos tribunais por via do recurso à ramificação substantiva do direito, apelando-se de antemão, não só para um pluralismo das respostas oferecidas pelos sistemas de justiça para a resolução dos diferendos, como também para a definição de uma divisão judicial e de uma distribuição processual mais condizente com a espécie de litígios, com os litigantes mais recorrentes ou com os índices de litigância verificados.

¹⁴⁹ Assim, Fix-Fierro, Héctor (2003), pp. 86-89, no desenvolvimento da ideia de que as regras de jurisdição definem quais as disputas que podem ser julgadas e por quais tribunais, sabendo que as mesmas terão de ser apresentadas segundo uma determinada conformação legal e aceder ao sistema judicial de processamento dos casos onde existem factores mais ou menos formais de escolha e selectividade, quanto mais não seja por efeito de “listas de espera”, na sua apreciação, julgamento e decisão final.

via das práticas dos tribunais como e sobretudo por via das alterações legislativas relativas às competências dos tribunais e aos critérios de sua atribuição¹⁵⁰. A modificação destas regras implica, por vezes, que uma categoria imensa de casos¹⁵¹ possa ser transferida de uns tribunais para outros, para os mecanismos alternativos de resolução de litígios ou, ainda, para outras vias de resolução dos casos que não o recurso aos sistemas de justiça ou a um procedimento de tipo judicial ou equiparado¹⁵².

Existe sempre uma inevitável tensão entre o critério idealizado da selecção e repartição na entrada dos processos no sistema judicial¹⁵³, que se encontra ínsito a essas regras definidoras das jurisdições e das competências, e as funções que os tribunais são chamados a desempenhar efectivamente na sociedade¹⁵⁴.

Este desenvolvimento da ideia de reorganização judiciária mais conforme com as exigências da demanda judicial, mais compatível com os factores sociais, económicos, jurídico-institucionais e sistémicos que podem influenciar as pendências processuais e jogar com a procura e a oferta jurisdicionais, tem, por outro lado, de ser integrada por elementos fundamentais de garantia procedimental e de reforço do exercício da função jurisdicional com os índices de independência, imparcialidade e confiança, essenciais à caracterizada actividade política e institucional dos tribunais¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Daí que, por essas razões, e porque as normas legais de atribuição de competência são de fácil articulação e modificação legislativa, têm sido o primeiro expediente utilizado nas reformas processuais, por vezes sem a devida atenção no impacto produzido, pois poderão arrastar as situações de sobrecarga processual em determinados tribunais, de algo conhecido para um cenário inesperado de litigância, submetida a fenómenos incontrolados de alteração dos seus fluxos. Vejam-se os casos da reforma dos tribunais de execução, com a criação sucessiva dos juízos de execução, ou a medida legislativa relativa à modificação do foro da competência territorial para as acções relativas ao cumprimento das obrigações tendo em conta o critério do domicílio do devedor, tal como resultaram das alterações legislativas consagradas, no DL 38/2003 de 21/6, DL 148/2004 de 21/6, na Lei 42/2005 de 29/8, no DL 35/2006 de 20/2, na Lei 14/2006 de 26/4 e no DL 250/2007 de 29/6.

¹⁵¹ Sejam ou não correspondentes a fenómenos da chamada litigância de massa.

¹⁵² Quando por detrás da causa interposta não existe sequer uma disputa “real” ou um interesse efectivo da parte litigante na composição do litígio, dependendo a resolução do problema em questão de uma mera medida administrativa ou notarial. É o caso recorrente da empresa credora que interpõe uma acção de dívida apenas e tão só para justificar o seu crédito, mais do que perdido, perante a administração fiscal.

¹⁵³ Bem como, depois, na sua distribuição pela rede de serviços e órgãos do sistema judicial, no dinamismo próprio das tramitações processuais, que seguem determinados fluxos ou encaminhamentos sujeitos a uma disciplina mais ou menos consciente de gestão processual, de maior ou menor complexidade, e com uma maior ou menor celeridade ou demora processuais.

¹⁵⁴ Assim, Fix-Fierro, Héctor, op. cit., pp. 87.

¹⁵⁵ O nosso sistema jurídico-constitucional não deixa de consagrar essas garantias procedimentais e organizativas. Assim, a divisão judiciária, as categorias dos tribunais e a sua competência estão pré-determinadas legal e constitucionalmente, estando excluída a possibilidade de consagração de tribunais excepcionais ou exclusivos para determinados casos ou categorias de crimes – cfr. Art.ºs 32.º/9, 209.º/4 e 211.º, ambos da CRP; Art.ºs 15.º a 24.º da LOTJ; Art.ºs 4.º a 9.º do ETAF, e Art.ºs 8.º a 31.º, 37.º e 38.º, estes do CPP – e proibido o desaforamento de qualquer causa a não ser nos casos especialmente previstos na lei – cfr. Art.ºs 32.º/9 da CRP e 23.º da LOTJ. A escolha do tribunal competente deve resultar de critérios objectivos predeterminados e não de critérios subjectivos – assim, Canotilho, Gomes; e Moreira, Vital (2007), pp. 525. Depois, a distribuição dos

Por outro lado, essa noção mais enriquecida de “organização judiciária” terá de contemplar estas matérias naturalmente dedicadas à jurisdição e à determinação das competências, mas deverá encarar também – e sobretudo -, a perspectiva da justiça enquanto sistema e enquanto conjunto complexo e dinâmico de órgãos judiciários com o poder de dizer ou realizar, em moldes sistémicos, o direito.

Na percepção de que a aplicação da justiça, a realização do direito, no fundo a actividade jurisdicional, se inscrevem num contexto previamente organizado, no sentido de existir uma divisão de tarefas, uma atribuição de funções e uma definição de responsabilidades nessa organização. Um quadro organizacional em que se sabe que os juízes não se encontram sozinhos num face a face com os casos¹⁵⁶ e munidos de regras para aplicar, antes se encontram empenhados numa actividade que tem também uma dimensão colectiva organizada e cuja coordenação se deve fazer a vários níveis.

A “justiça realiza-se através de uma organização”¹⁵⁷, acepção devidamente salientada nos pontos precedentes, não obstante o carácter atomizado e singular da realização da função jurisdicional. Mais, é essa natureza marcadamente atomística e individualizante da tarefa jurisdicional, que exige, quase como um mecanismo compensatório, uma maior intensidade e inteligência organizativas, de molde a saber gerar parâmetros seguros, garantidos e compatibilizados de eficácia, de qualidade, de independência e de autonomia, de molde a articular devidamente, nesse âmbito organizacional, as estruturas profissionais, mas também burocráticas e funcionais que estão presentes na administração judiciária.

John Bell ao delinear os factores que caracterizam os vários sistemas judiciais europeus faz apelo à noção de “estrutura organizativa” dos tribunais onde inclui, com essa finalidade, a divisão do judiciário nos seus diversos corpos, as características internas como a formação, o treinamento e a socialização, a hierarquia e a liderança, bem como a situação do judiciário em relação com o seu contexto social e com os diversos grupos sociais¹⁵⁸. Trata-se de uma análise organizacional imprescindível, do mesmo modo, para a caracterização do judiciário, sabendo-se que um indivíduo ao chegar a juiz, ao ingressar nessa profissão, passa a

processos pelos tribunais faz-se segundo as regras legais de competência e, dentro de cada tribunal, que consagre mais de que uma unidade jurisdicional (v.g. secção, juízo ou vara), realiza-se por via de um acto processual consagrado por lei – a distribuição (cfr. Art.º 209.º e 209.º-A do CPC e 26.º do CPTA -, que garante a aleatoriedade na determinação do juiz do processo e/ou da unidade jurisdicional (v.g. secção, juízo ou vara) em que o mesmo processo irá correr, bem como a repartição igualitária do serviço a cargo de cada um desses juízes e unidades jurisdicionais.

¹⁵⁶ Num sentido que refuta a imagem mitológica, e enquanto afirmação que se reforça no final deste trabalho.

¹⁵⁷ Cfr. Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit (1992), pp. 66.

¹⁵⁸ Cfr. Bell, John (2006), pp. 359-372. Assim, também, Fix-Fierro (2003), pp. 139-180.

fazer parte de uma certa organização que possui um *ethos* próprio e um âmbito de actividades e de procedimentos específicos.

Por outro lado, a tarefa de realização jurisdicional do direito deve convocar a multiplicidade das realidades factual e jurídica e, dessa forma, a riqueza multidimensional dos vários saberes que só numa organização judiciária repensada à luz dessa complexidade pode ser obtida.

Através de uma certa reabilitação¹⁵⁹ da definição de “organização judiciária” permitir-se-à, quanto a nós, falar do velho de novas formas, autorizando a reponderação da fórmulas ou do conceito para o seu re-arranjo teleológico, compondo a sua abertura contextual às várias metodologias e saberes que têm sido convocados a debruçarem-se sobre a temática dos tribunais e da sua organização. Com a abertura a um horizonte mais explícito quanto às funções e virtualidades do organizacional nos seus vários planos, escalas e dimensões e colocando-nos mais perto do conjunto de efeitos da organização sobre o jurisdicional.

Propõe-se, por tudo isto, numa remodelação do conceito apresentado por Víctor Moreno Catena¹⁶⁰, definir a *organização judiciária* como o *conjunto de elementos, factores e decisões, tanto de origem normativa como de cariz político, social e económico, relativos à composição, estrutura e funcionamento do sistema judicial numa determinada comunidade política.*

Assim, procurando explicitar algum do conteúdo dessa definição, julgamos que os *factores* de índole organizativa ou de gestão dos tribunais que podemos encontrar relativamente à actividade destes últimos, podem obedecer a uma enumeração extensiva ou tipologia que contemple os antecedentes organizacionais, as finalidades, os objectivos, a programação e a estratégia organizacional da justiça, a cultura organizativa, o delineamento organizativo do estatuto profissional das várias profissões forenses, o relacionamento e a comunicação dos órgãos da justiça entre si e com as outras instituições, a divisão administrativa do judiciário e das suas tarefas, a programação sectorial e a definição dos

¹⁵⁹ Fala-se aqui de “reabilitação” uma vez que se encontra facilmente na matriz histórica da vida judiciária portuguesa um sentido mais vasto ou mais alargado da “organização judiciária”, presente, entre outros, nos cultores do direito processual português do final de oitocentos e inícios de novecentos, como Afonso Costa, Alberto dos Reis ou Chaves e Castro, que leccionavam as disciplinas de organização judiciária e processo – cfr. Alberto dos Reis, José (1909); Costa, Afonso (1899), e Chaves e Castro, Manuel de Oliveira (1910). Vamos encontrar esta mesma noção alargada de “organização judiciária” num colóquio sobre organização judiciária promovido em Outubro de 1972 pela Associação Jurídica de Braga (19 a 21 de Outubro), tal como documentado na temática do programa e na diversidade das intervenções aí ocorridas – assim, cfr. Associação Jurídica de Braga (1972).

¹⁶⁰ Catena, Victor Moreno (2005), pp. 17.

respectivos objectivos, as quantidades (dados empíricos), a gestão e os recursos humanos, os procedimentos e os instrumentos processuais, e, por último, as instalações, os artefactos e as tecnologias. Qualquer que seja a origem desses factores (exógenos ou endógenos), o seu grau de latitude (respeitantes ao sistema judicial na sua organização de tipo macro, ao padrão organizativo de tipo médio ou também ao núcleo mais atomístico de realização da tarefa jurisdicional) ou a sua correspondência com as matérias ou áreas envolvidas (infra-estruturas, culturas organizacionais, áreas económicas, orçamentais, normativas, etc.).

Uma tipologia de factores que pode ser ilustrada pelo seguinte quadro:

Enumeração ou tipologia dos factores de índole organizativa dos tribunais	
<p>Qualquer que seja a sua origem (exógenos ou endógenos), o seu grau de latitude (respeitantes ao sistema judicial na sua organização de tipo macro ou antes no núcleo atomístico de realização da tarefa jurisdicional) ou a sua correspondência com as matérias ou áreas envolvidas (infra-estruturas, culturas organizacionais, áreas económicas, orçamentais, normativas, etc.)</p>	1. - antecedentes organizacionais (memória institucional, práticas e dinâmicas dos actores, instruções, fórmulas e usos administrativos)
	2. - as finalidades, os objectivos, a programação e a estratégia organizacionais da justiça
	3. - a cultura organizativa (valores e interesses envolvidos, em concordância ou não com os princípios e objectivos definidos)
	4. - o delineamento organizativo do estatuto profissional dos juízes, dos magistrados do ministério público e dos funcionários judiciais (prevendo o seu recrutamento, a sua formação, a sua progressão profissional e condições remuneratórias e a sua jubilação ou aposentação)
	5. - o relacionamento e a comunicação dos órgãos da justiça com as outras instituições e com os cidadãos, além dos actores da justiça entre si
	6. - a divisão administrativa do judiciário e das suas tarefas (organização judiciária sentido estrito, divisão em juízos, secções, e a sua correspondência ou não – unidade ou dualidade - com os departamentos ou divisões de gestão e administração)
	7. - a programação sectorial e a definição dos respectivos objectivos (objectivos e resultados segundo padrões de qualidade devidamente concretizados no sector ou departamento em questão)
	8. - as “quantidades” - estatísticas, pendências, contingentes processuais (<i>performances</i> ou <i>workload standards</i>), tempos de duração dos processos, recursos financeiros, despesas e custos
	9. - a gestão e os recursos humanos (tanto factores objectivos, como a gestão dos Tribunais e dos processos, o que inclui a distribuição do pessoal e das tarefas, como factores subjectivos que se prendem com as mentalidades, os hábitos e a cultura profissional dos vários actores e dos seus grupos, ou, mais ainda, como factores mistos que se prendem com o controlo das tarefas, do desempenho e dos comportamentos)
	10. - os procedimentos e os instrumentos processuais (a distribuição e o fluxo de processos, a tramitação processual padrão e os seus incidentes, os articulados, os documentos, as comunicações, as audiências, as decisões), aqui incluídas (idealmente) as ferramentas ou instrumentos indispensáveis de gestão e organização das tarefas processuais – <i>case management</i> -, do fluxo processual – <i>caseflow management</i> - e de outras actividades acessórias (isto é, de <i>instrumentos de racionalização das tarefas judiciais</i> que permitam, v.g., um agendamento capaz; uma calendarização do trabalho; uma organização intra e inter-processual consistente e com grau de eficácia bastante para lidar com situações de litigância de massa e de litigância complexa; isto para além da implementação de <i>guidelines</i> para despachos e sentenças de maior complexidade ou, por outra via, para resolução de “situações

	tipo”)
	11. - as instalações, os artefactos e as tecnologias (informática, telemática e telecomunicações)

Quadro – Enumeração ou tipologia dos factores de índole organizativa dos tribunais

d. Aplicação, criação ou realização do direito

Pretende-se aqui tratar do impacto da organização do sistema judicial na tarefa jurisdicional essencial de interpretar, aplicar, definir ou realizar o direito para um caso concreto. Seja dirimindo conflitos jurisdicionais entre os litigantes, seja constituindo e discernindo novas ou pretéritas situações jurídicas, apreciando o direito na situação de facto, que também se apurou em julgamento, e decretando, nessa base, uma determinação jurisdicional que se sobrepõe, com a sua autoridade, à vontade dos litigantes e de terceiros, incluindo aqui o Estado enquanto ente jurídico e na percepção dos seus interesses processuais, naquilo que se entende como o cerne da função jurisdicional.

Neste pressuposto, são utilizadas comumente expressões de caracterização desta actividade jurisdicional, as quais são muito devedoras da precisa ideologia¹⁶¹ de que se parte sobre a elucidação da tarefa jurisdicional, sobre o próprio conceito de direito mas também sobre o domínio e os limites da jurisprudência e da sua interligação com o sistema jurídico instituído, mais ou menos devedor do predomínio da lei e, assim, mais ou menos permeável à existência de um catálogo mais alargado de fontes de direito¹⁶².

Assim, quando se fala em produção ou realização do direito ou, então, por outro lado, em aplicação do direito, podemos estar-nos a referir a diferentes acepções daquilo que se entende por direito, sobre qual o alcance da intervenção jurisdicional no sistema de fontes de direito e também sobre qual o seu papel dentro do grupo daqueles órgãos decisoriais que

¹⁶¹ No sentido que lhe dá Jerzy Wróblewski, ao propor, dentro de um esquema descritivo dos modelos de aplicação judicial do direito, que a concepção sobre o que se entende por resolução jurisdicional de litígios depende da ideologia de base que se tenha sobre a mencionada aplicação judicial do direito. Isto é, uma ideologia mais ou menos liberal relativamente à delimitação ou condicionamento normativo, social ou psicológico do processo de tomada de decisão judicial (ideologia da decisão determinada ou delimitada, ideologia da livre decisão jurisdicional e ideologia da decisão jurisdicional racional ou jurídica - assim, Wróblewski, Jerzy (1985), pp. 128-131, (1992), pp. 54, (1993), pp. 40.

¹⁶² Para a distinção entre estes vários significados de “realização” ou “produção” do direito, com apelo aos critérios e pressupostos acima seriados, sobretudo na adequação aos processos de criação e aplicação das normas, consulte-se Pizzorusso, Alessandro (1988), pp. 4-27. Jerzy Wróblewski parte de pontos de vistas descritivos, normativos, teóricos e avaliativos-postulativos, para chegar a conclusões idênticas – cfr. Wróblewski, Jerzy (1985), pp. 128-131, e (1992), pp. 315-327.

intervêm na definição do direito aos casos particulares ou às situações concretas, isto é, a realização do direito dos pontos de vista administrativo, directivo ou jurisdicional¹⁶³.

A tarefa normalmente designada por “aplicação” ou “realização” do direito¹⁶⁴ tem sempre por desiderato encontrar o *sentido* de uma determinada norma, seja “para tratar de forma adequada a resolução de uma situação que as invoca, seja para cobrir – sendo caso disso – uma situação que carece de resolução jurídica, seja para determinar a esfera relativa de alcance de duas normas que suportam interpretações susceptíveis de entrar em conflito”¹⁶⁵. Ultrapassando-se, aqui, a distinção rígida entre as tarefas de interpretação, integração de lacunas e resolução de conflitos de normas.

Esta tarefa de realização ou aplicação do direito distinguir-se-à da estrita interpretação, por outro lado, porque aquela se assume como determinada pelo seu carácter institucional, pelos sujeitos competentes, pela sua finalidade, pelas suas consequências e pelo seu carácter definitivo (este último alcançado por via do caso julgado)¹⁶⁶.

Propendemos, à luz de outras reflexões já tomada no texto, que a actividade dos tribunais e os juízes com as suas decisões intervêm, enquanto intérpretes ou “aplicadores”, no processo de realização do direito. Compreendendo-se, esta acepção, no enquadramento do que se perspectiva hoje como um pluralismo saudável nas fontes de direito, que, como tal, é submetido a princípios de democraticidade e constitucionalidade¹⁶⁷.

“É que, se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se como acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, mas com ampla actividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas

¹⁶³ Para a definição destes diferentes pontos de vista funcionais e estruturais relativamente à aplicação do direito no sistema de *civil law* (direito legislado), isto segundo a autoridade de um órgão jurisdicional, de um órgão administrativo e de um órgão directivo – veja-se Wróblewski, Jerzy (1993), pp. 40-42.

¹⁶⁴ Como refere António M. Hespanha, “a natureza problemática da expressão “aplicação”, relaciona-se com um problema maior da teoria do direito, ou seja, se o direito é um conjunto de normas abstractas que se hão-de aplicar aos casos da vida; ou se, pelo contrário, o direito não irromperá desses mesmos casos da vida (...), sendo, no final, sintetizado em regras gerais (norma, neste sentido) que, neste caso, representam como que «sínteses» orientadoras provisórias para a resolução de outros casos” – assim, Hespanha, António M. (2007), pp. 517-518, nota 689.

¹⁶⁵ Cfr. Hespanha, António M. (2007), pp. 605. Refere Victoria Iturralde Sesma que a “aplicação do direito pode definir-se como o conjunto de actividades (e o resultado das mesmas) implicadas num processo e através do qual um órgão do Estado (juiz ou funcionário público em termos gerais) determina, na base do direito, as consequências jurídicas de certos factos” – cfr. Sesma, Victoria Iturralde (2003), pp. 31.

¹⁶⁶ Cfr. Sesma, Victoria Iturralde (2003) pp. 31-32.

¹⁶⁷ Assim, para a definição das fontes do direito enquanto formas de manifestação do direito, numa teoria pluralista dessas fontes, veja-se Hespanha, António Manuel (2007), pp. 430-461.

do direito, enquanto tal. Dir-se-à que, nestes termos, o pensamento jurídico recuperou o *concreto*, que vai na essencial vocação do direito, depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico-dedutivo, o levara a refugiar-se no alienante abstracto”¹⁶⁸.

Como explicita Perfecto Andrés Ibáñez, na linha da “interpretação operativa” de Luigi Ferrajoli¹⁶⁹, o operador interpretativo insere-se no jogo da norma na experiência da sua aplicação – aqui preferencialmente judicial – ao caso concreto. “Em definitivo, trata-se de percorrer acerca do papel de um determinado tipo de intérprete, como agente da mediação entre um texto e um contexto. (...) Porque o jurista operativo não actua a partir de um «texto» assim entendido como um monólogo» (...)”¹⁷⁰, na medida em que a interpretação tem como ponto de partida uma certa ideia “(...) de «discurso interactivo» (...), isto é, sobre um complexo integrado não somente pela enunciação de dispositivos legais (...), mas também por uma situação fáctica, o que é o mesmo que dizer por um conjunto de dados empíricos. Uma e outra, que se interpelam reciprocamente, têm que ser lidas nessa relação de mútua implicação, pois se encontram nessa mesma relação desde o começo da operação que nos ocupa. Relação em que a norma é «linguagem em uso», instrumento «para a solução de problemas práticos»”¹⁷¹.

Sendo assim, a operação de aplicação do direito não se restringe à hipótese em que a regra (ou a orientação normativa) é dada como pressuposto. Desde logo porque nesta operação de aplicação da regra, de um ponto de vista epistemológico, vai subentendida uma outra aplicação mais fundamental e que condiciona a elaboração da norma (ou a determinação da orientação normativa), que se traduz na escolha da norma realizada numa actividade de julgamento que os membros de uma determinada comunidade social entendem mobilizar para resolver um problema de coordenação colectiva. A operação de aplicação do direito – de realização do direito – coloca, dessa forma, a questão relativa às condições de possibilidade

¹⁶⁸ Cfr. Castanheira Neves, António (2003), pp. 11-12. Depois de referir, o mesmo autor, que “o problema da interpretação jurídica está, com efeito, a sofrer uma radical mudança de perspectiva no actual contexto metodológico. Deixou de conceber-se tão-só e estritamente como *interpretação da lei*, para se pensar como *actus da realização de direito*” – op. cit., pp. 11.

¹⁶⁹ Que tem por objecto, mais do que as normas, as concretas experiências jurídicas em que o operador se encontra pessoalmente implicado e interessado, em cada ocasião, recuperando assim a importância da questão de facto na tarefa interpretativa e também do contexto em que o texto interpretativo vai ser compreendido. As proposições normativas têm sentido enquanto fazem referência a uma experiência designada como possível, isto é, enquanto podem denotar experiências jurídicas concretas. Assim, Ferrajoli, Luigi (1966), pp. 292-300.

¹⁷⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto (1994), pp. 862.

¹⁷¹ Assim, o mesmo Andrés Ibáñez, Perfecto, op. cit., pp. 862-863.

dessa operação através da qual a actividade racional de julgamento produz os efeitos do sentido normativo na realidade, isto é, como se aplica ou se realiza na realidade social¹⁷².

Nesta percepção – e é o que entendemos como verdadeiramente fundamental - a actividade do aplicador jurisdicional do direito insere-se num contexto institucional, isto é, num processo institucional e organizacional que lhe confere sentido, legitimidade, validade e efectividade¹⁷³.

Não se descure, porém, que existe uma tensão permanente entre o carácter criador do direito enquanto dependente do seu momento jurisdicional, portanto dependente do sentido aplicador mas também criativo do juiz, e o ideal de certeza jurídica implícito ao Estado de direito e à importância concedida ao princípio legislativo em que assenta a sociedade democrática da modernidade¹⁷⁴.

A teoria da interpretação que prevaleceu tem-se situado, no fundo, entre os opostos do formalismo silogístico e o cepticismo normativo do realismo. Neste ponto mediano, não se coloca em causa que o juiz dispõe de um real poder normativo e que a sua actividade não é o resultado nem de um conceptualismo e literalismo rígido nem de um puro funcionalismo teleológico ou sociológico. A atenção do juiz situa-se, assim, entre essas duas oposições¹⁷⁵,

¹⁷² Neste sentido, confronte-se Jacques Lenoble na análise da reformulação da tese de Hart proposta por Jules Coleman, pela qual a função condutora do direito não é possível se não forem respeitadas as condições institucionais (condições empírico-transcendentais) requeridas para a efectivação da acção cooperante partilhada (*shared cooperative action*) entre as autoridades encarregues da aplicação da regra de reconhecimento. Condições essas que depois ditarão o modo como os cidadãos em geral farão o relacionamento das normas com as autoridades encarregue de as aplicar, o que é o mesmo que dizer, a maneira com que os cidadãos organizam a sua forma de representação de autoridade a fim de satisfazer as suas expectativas normativas – cfr. Lenoble, Jacques (2007), pp. 23-62, e Coleman, Jules (2001), pp. 70-78, 94-97 e 171-172.

¹⁷³ Para além de uma compreensão que coincide numa assimilação adequada entre situação de facto e hipótese normativa há que introduzir a dimensão do “grau de comprometimento” do decisor com o sistema institucional. Efectivamente, na expressão de José Lamego (embora na elucidação do carácter relativo da distinção ponto de vista interno / ponto de vista externo), “o juiz enquanto «órgão» do sistema, enquanto detentor de uma «competência», tem um grau de comprometimento diverso do do jurista dogmático, e, sobretudo, do do juscomparatista ou do historiador do Direito” – cfr. Lamego, José (1990), pp. 160-161. Consultem-se, acerca desta ênfase da característica institucional da aplicação jurisdicional do direito e da interpretação jurídica, Frydman, Benoît (2005), pp. 659-661; Sesma, Victoria Iturralde (2003) pp. 31; e Andrés Ibáñez, Perfecto (1994), pp. 862-863.

¹⁷⁴ Para a análise desta tensão implícita ao decisionismo jurisdicional e aos perigos que constituem, para alguns, os equívocos e a falibilidade da decisão-julgamento, consulte-se MacCormick, Neil (2005), pp. 254-280. Os juízes, na opinião céptica de Neil MacCormick, não deverão ser constituidores do direito nem realizadores do direito no seu sentido mais forte. Terão de continuar a ser, num sentido de grande relevância, “descobridores” ou “pesquisadores” do direito (*law-finders*) – cfr. MacCormick, Neil, op. cit., pp. 275-276. A lembrar a divisão dos modelos jurisdicionais proposta por Guido Alpa ao contemplar os vários graus possíveis de criatividade da jurisprudência, que contemplava o juiz-mero executor, o juiz-descobridor e o juiz-legislador – assim, Alpa, Guido (1996), pp. 3-5.

¹⁷⁵ Para uma maior simplicidade de análise mas não querendo com isso esquecer as incidências teóricas do jusnaturalismo, do positivismo normativista, do realismo jurídico, do positivismo sociológico e das teorias críticas do direito. Para uma análise das diferenciáveis perspectivas da metodologia jurídica segundo Castanheira

numa busca pragmática e contextualizada mediante a qual a regra ganha uma zona de incerteza suficiente para permitir a adaptação do direito às realidades sociais sempre novas, com a conformação argumentativa de uma decisão que seja aceite nos seus fundamentos como razoável¹⁷⁶.

Num cenário em que a racionalidade moderna, desencantada e assumidamente crítica¹⁷⁷, não encontra mais do que uma garantia de um sentido percebido como verdadeiro no debate argumentativo quase reduzido - ou pelo menos muito condicionado - ao seu cariz procedimental. Numa teoria do julgamento jurídico que faz melhor juz à irreduzível finitude da razão humana¹⁷⁸.

Nesta dimensão, em que se procura advinhar essencialmente uma prática jurisprudencial, sobressaem como fundamentais as várias modalidades de racionalidade jurídicas que se podem alinhar nas vertentes procedimentais, da tópica-retórica, da argumentação, da hermenêutica, da teleologia e da crítica da racionalidade jurídica¹⁷⁹. Em que mesmo o cenário de uma pretendida “terceira via” na concepção do direito¹⁸⁰ e da prática judicativa, encarando o direito enquanto “integridade” e interpretação - actividade que se realiza num *work in progress*, numa sequência de decisões judiciais das quais se retira a

Neves, isto é, o normativismo, o funcionalismo e jurisprudencialismo, cfr. Castanheira Neves, António (1993) e (2006/2007).

¹⁷⁶ Assim, Lenoble, Jacques (1990), pp. 141-142.

¹⁷⁷ No âmbito de uma crise do pensamento filosófico e da racionalidade enquanto um dos seus pressupostos, o que também teve incidência no pensamento jurídico: “crise, pois, resultante da *desabsolutização da razão*, do reconhecimento da sua contingente condicionalidade e dos seus limites, do pluralismo que nela própria faz conhecer diferenças irreduzíveis, do fracasso da sua ambição em oferecer a chave do mistério, das suas evidentes lacunas humanas, do seu *álibi* para o poder, do seu lugar limitado e superado na historicidade do ser, etc.” – Castanheira Neves, António (2003^a), pp. 22. Numa abordagem transversal aos pensamentos de Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann, Pierre Guibentif reflecte sobre o desencanto da razão jurídica enquanto tema comum a esses pensadores, num divisado “segundo desencantamento” que sucedeu ao (primeiro) desencantamento detectado por Max Weber, resultado do distanciamento entre o novo saber jurídico e o mundo da tradição e das referências religiosas. Trata-se, agora, neste segundo desencantamento, do resfriamento do entusiasmo iluminista e moderno sobre o direito enquanto instrumento da acção dos sujeitos na história e do seu questionamento enquanto racionalidade, enquanto resultado da crise mais vasta da racionalidade moderna – cfr. Guibentif, Pierre (2006), pp. 3-4. Para uma demonstração da relatividade da racionalidade do direito – do sistema e da decisão - confronte-se, também assim, Ortega, Manuel Segura (1995). Esta relatividade inerente ao direito é, para E. W. Thomas, um reflexo da incerteza do próprio mundo, em que não obstante os anseios de certeza se terá de conviver com a consideração das causas e factores dessa incerteza – assim, Thomas, E. W. (2005), pp. 115-138.

¹⁷⁸ Cfr. Lenoble, Jacques (1990), pp. 145-146.

¹⁷⁹ Assim, no desenvolvimento de Castanheira Neves, naquilo a que este autor define como a posição geral que compreende “o direito como *validade* (axiológico-normativa) de realização problemática e em que o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos numa atitude *prático-jurisdicinal*”, portanto para além das perspectivas teórico-normativas – cfr. Castanheira Neves, António (1993), pp. 70-81. Também assim, consulte-se José Lamego, na consideração da hermenêutica enquanto saber prático (*knowing how*) centrado na aplicação do direito e na compreensibilidade do ponto de vista interno – cfr. Lamego, José (1990), pp. 157-165.

¹⁸⁰ Na perspectiva de Ronald Dworkin que se assume como uma alternativa ao convencionalismo positivista e ao pragmatismo – assim, Dworkin, Ronald (1998), pp. 225-275, e (2006), pp. 21-74.

imagem criativa, mas também enquanto modelo metodológico, de um “romance em cadeia” (*chain novel*) - não deixa de atribuir ao juiz um papel reforçado, transformando-o, simultaneamente, em intérprete e criador do direito¹⁸¹.

Entre as concepções mais e menos formalistas relativamente à tarefa interpretativa do direito e à justificação da decisão judicial sobressai hoje a ideia de que existe sempre uma margem de discricionariedade judicial, necessitando a interpretação jurídica de ser complementada com princípios da teoria da argumentação e fundamentação jurídicas¹⁸².

A argumentação jurídica e em particular a argumentação judicial é um tipo de argumentação prática dirigida sobretudo, mais do que a explicar, a justificar decisões¹⁸³.

Sem entrar em grandes detalhes podem ser encontráveis, na linha de Manuel Atienza, três tipos de concepções sobre a actividade argumentativa e os argumentos escrutinados nessa mesma actividade¹⁸⁴: a concepção formal, que responde aos problemas suscitados a partir da forma como se pode passar das premissas às conclusões de determinada forma; a concepção material, segundo a qual o essencial estará no enunciado de premissas verdadeiras e enunciados correctos; e a concepção pragmática que contempla a argumentação como um tipo de actividade dirigida a lograr a persuasão de um auditório ou a interagir com outros sujeitos para chegar a acordo acerca de qualquer problema prático ou teórico. A argumentação jurídica, em termos genéricos, todavia, pode conceber-se como uma combinação peculiar de elementos provenientes dessas três concepções ou dimensões da argumentação¹⁸⁵.

¹⁸¹ Embora nas motivações de Dworkin se enquadrasse, entre outras finalidades, o combate à carga de discricionariedade contida na prática interpretativa jurisdicional - assim, Dworkin, Ronald (1998), pp. 225-275, e (2006), pp. 9-35. Para uma análise do pensamento de Ronald Dworkin dentro destes tópicos, consultem-se Castanheira Neves, António (2001), e Rodrigues, Sandra Martinho (2005).

¹⁸² Sabendo que a teoria da argumentação tem sido, nos tempos mais recentes, como salienta Habermas, o “vestíbulo” para um melhor domínio da razão jurídica, isto é, do julgamento jurídico - cfr. Habermas, Jürgen (1981), pp. 59. Para uma análise da argumentação dentro do funcionamento do sistema jurídico e no plano dos vários observadores (externos e internos), veja-se Luhmann, Niklas (2004), pp. 305-356.

¹⁸³ Embora a explicação e a justificação se conjuguem, a verdade é que a justificação se encontra para além do mero plano descritivo do modo ou do processo (psicológico, sociológico, político, etc.) como se chega à decisão, pois radica também na sua motivação lógico-racional e normativa, com a elucidação de problemas de escolha e de relevância da norma aplicável, de problemas de prova, de problemas de qualificação e de problemas de interpretação, assumindo ou não a necessidade, para os casos difíceis, de convocar elementos justificativos de cariz externo à operação de argumentação dedutiva em presença, de invocar os princípios da razão prática (como os princípios da universalidade, da consistência, da coerência e da aceitabilidade das consequências, na linha de Neil MacCormick - cfr. MacCormick, Neil (2005) -) ou os princípios político-constitucionais - assim, Atienza, Manuel (2007^a), pp. 140-143.

¹⁸⁴ Cfr. Atienza, Manuel (2007^a), pp. 136-139.

¹⁸⁵ Idem, Atienza, Manuel (2007^a), pp. 139-140. Dessa combinação retira Manuel Atienza uma teoria padrão da argumentação jurídica, designadamente das coincidências de cariz material que se podem encontrar nas obras produzidas, desde a década de 70/80, por autores como Aulis Aarnio, Chaïm Perelman, Robert Alexy, Neil MacCormick e Aleksander Peczenik - assim, Atienza, Manuel (2007), pp. 203-207, e (2007^a), pp. 139-140.

Pode mesmo realizar-se uma síntese da análise das várias teorias principais da argumentação jurídica em torno de alguns dos autores marcantes desta vertente do pensamento jurídico. Partindo-se, para tanto, de premissas como o reconhecimento de margens de discricionariedade na actividade de interpretação e aplicação do direito, a distinção entre a justificação interna e externa nas decisões, a insuficiência das normas jurídicas para justificar uma decisão e conseguinte imprescindibilidade de outros argumentos e a necessidade de interpretar os factos para os dotar de um significado jurídico¹⁸⁶. Assim, na prossecução dos elementos que determinam a razoabilidade de uma decisão judicial e que giram fundamentalmente em torno dos conceitos de consentimento de uma determinada comunidade (Perelman e Aarnio¹⁸⁷), do cumprimento de determinadas regras procedimentais (Alexy¹⁸⁸), ou do cumprimento de determinados pressupostos ou *boas razões* como a coerência, a universalidade, a consistência e a aceitabilidade das consequências (MacCormick e Peczenik¹⁸⁹).

Numa crítica a estas várias teorias da argumentação jurídica e aquilo que concebe como a resultante teoria padrão, Manuel Atienza salienta que o âmbito da racionalidade jurídica deve ter em conta determinadas dimensões que não são tomadas em conta por aquelas. Na verdade, a argumentação jurídica condiz não só como uma argumentação e interpretação normativas mas também com uma argumentação que recai sobre factos, como acontece com a maioria das questões de que têm de tratar os órgãos jurisdicionais, com uma argumentação que incide sobre o momento produtivo das normas, que assume um posicionamento estratégico no que respeita à opção pela resolução judicial ou extrajudicial

¹⁸⁶ Assim, partindo da análise de vários autores dos acima indicados em torno da teoria da argumentação jurídica (Chaïm Perelman, Jerzy Wróblewski, Robert Alexy, Aulis Aarnio, Neil MacCormick e Aleksander Peczenik), consulte-se Sesma, Victoria Iturralde (2003), pp. 23.

¹⁸⁷ Embora em sentidos diferentes tanto Perelman como Aarnio consideram que a racionalidade da decisão jurídica radica no consenso da comunidade jurídica (auditório universal e auditório particular), enquanto consenso que pode ser resultado de um discurso racional – assim, Perelman, Chaïm (1990), e (1999), pp. 29-40; Aarnio, Aulis (1991); Sesma, Victoria Iturralde (2003), pp. 415-423, e Atienza, Manuel (2007), pp. 65-79.

¹⁸⁸ Alexy desenvolve uma teoria processual em que a chave da racionalidade reside não tanto no conteúdo da decisão mas sim no mecanismo argumentativo ou procedimental que leva aquela, caracterizando o discurso jurídico como um caso especial de discurso prático com regras próprias – cfr. Alexy, Robert (1989), pp. 184-201; Sesma, Victoria Iturralde (2003), pp. 423-428, e Atienza, Manuel (2007), pp. 154-176. Não querendo entrar na polémica sobre a assim conhecida “teoria processual da argumentação”, dentro da dicotomia da racionalidade prática (sentido material v. sentido procedimental), sabe-se, todavia, que a noção de procedimento passou a ser uma “noção chave” das teorias da argumentação jurídica e da argumentação prática racional, mesmo que estas não coincidam com aquela primeira – assim, Castanheira Neves, António (1993), pp. 43-44; Frydman, Benoît (1998), pp. 66-69; e Ost, Francois (1993), pp. 190-191.

¹⁸⁹ MacCormick e Peczenik, por seu turno, estabelecem condições, não já formais mas sim de conteúdo, para que uma decisão judicial seja entendida como justificada – assim, MacCormick, Neil (1995) e (2005); Peczenik, Aleksander (1986); Sesma, Victoria Iturralde (2003), pp. 428-433; e Atienza, Manuel (2007), pp. 105-130.

dos litígios e que concede, ainda, a devida importância à descrição da descoberta e fundamentação da decisão judicial (processo mental e argumentativo)¹⁹⁰.

A actividade do juiz deve ter sempre presente, entre outras preocupações, as razões de cariz geral (económicas, sociais, culturais, históricas e políticas) que se encontram subjacentes à norma a aplicar, tal como se pode retirar da correspondente regra legal ou como resultará do próprio desenvolvimento jurisprudencial. Mas essa preocupação tem de estender-se às eventuais especificidades do caso concreto que se encontra submetido a julgamento, tanto na vertente da elucidação da matéria de facto, o que inclui uma especial atenção à escolha da factualidade mais relevante, como no que respeita à conformação jurídica dessa situação de facto apurada. Isto sem olvidar que a realização do direito, salvaguardada sempre os dados normativos consagrados na lei, se tem vindo a considerar, cada vez mais, como um “*continuum*”, em que interpretação, integração e sinéctica das consequências, são pensadas como um todo, no processo geral de concretização do direito. Assim, ao lado das distinções tradicionais da teoria interpretativa¹⁹¹, como vimos vêm-se acentuando os esquemas de interpretação teleológica - “*maxime*”, os tipos de interpretação correctiva, redução teleológica e extensão teleológica -, onde ganham novo sentido os elementos normativos extra-textuais e transpositivos da interpretação jurídica (factores ontológicos, sociais e normativos em sentido estrito) e a argumentação tópica e sistemática¹⁹².

Sabendo-se que na decisão que realiza o direito é necessário articular os dois processos indissociáveis de escolha que são inerentes ao seu processo de concretização. É necessário garantir que as regras formais que condicionam a aceitabilidade racional das soluções a tomar

¹⁹⁰ Cfr. Atienza, Manuel (2007), pp. 1-2, e 203-207.

¹⁹¹ Um esquema clássico de realização do direito que assentava na compartimentação do processo interpretativo-aplicativo e no método de subsunção. O processo de realização do direito, segundo esse padrão tradicional interpretativo, era decomposto em várias operações: a determinação da fonte relevante, a sua interpretação, a integração de eventuais lacunas (admitidas com dificuldade e em última *ratio*), a delimitação da matéria de facto resultante, a sua qualificação jurídica e a aplicação. Como elementos auxiliares dessa tarefa interpretativa, a que as regras dos Art.ºs 9.º e 10.º do CCivil davam um enquadramento legal tendencialmente unitário (embora não adequado do ponto de vista sistemático e constitucional – assim, Bronze, Fernando José (2006) -), teríamos: os elementos gramaticais ou literais (letra da lei), os elementos lógicos e sistemáticos (assentes em relações de subordinação, hierarquia, conexão e analogia), os elementos históricos (precedentes normativos e comparados, trabalhos preparatórios legislativos e *occasio legis*) e os elementos teleológicos (fins e objectivos). Admitia-se, ainda, segundo esse esquema tradicional, a persistência de factores conformadores nessa tarefa visando a aspiração a uma resolução justa do caso, utilizando métodos de desenvolvimento judicial do direito como a integração de lacunas e a analogia ou a ponderação de bens e princípios – assim, Larenz, Karl (1989), pp. 317-529.

¹⁹² Veja-se, neste particular, entre muitos, Castanheira Neves, António (1985), pp. 651-707, e (1993), pp. 155 e ss.; Menezes Cordeiro, António (1989), pp. CI e ss.; Menezes Cordeiro, António (1985), pp. 1053 e ss.; Lamego, José (1990), pp. 57 e ss. e 87 e ss.; Larenz, Karl (1989), Cap. V e toda a Parte II do livro; Engisch, Karl (1988), pp. 165 e ss.; Schroth, Ulrich (2002), pp. 404-407; Canaris, Claus-Wilhelm (1989), pp. 149 e ss.; e Gianformaggio, Letizia (1983).

foram efectivamente cumpridas e, ainda, que a determinação do sentido encontrado e dos efeitos correspondentes são função do que se vier a seleccionar como o contexto de partida que contém as insuficiências a resolver e as soluções a construir¹⁹³.

Na contraposição entre um direito de cariz normativo e um direito praticado, a expressão “realização do direito” dá preferência a este último, daí o seu sentido acrescido. Resultado da ideia de que o direito é uma realidade dinâmica e que consiste não tanto – ou não somente – numa série de normas ou de enunciados de diverso tipo, mas antes numa prática social complexa que inclui, para além de normas, procedimentos, valores, acções, agentes, etc.... Sendo que nesta acepção o momento interpretativo ganha as características, mais do que um resultado, de um processo racional e conformador do direito¹⁹⁴.

Dando-se destaque, dessa forma, ao núcleo estrutural interpretativo que se pode estabelecer entre o poder e a interpretação da regra, estando cientes da necessidade, cada vez mais presente, de um novo relacionamento do juiz com o poder e de uma concepção melhorada sobre a actividade e a tarefa do juiz face à regra jurídica¹⁹⁵.

A compreensão actual do direito obriga a ultrapassar a insuficiência reflexiva das abordagens hermenêuticas e interpretativas disponíveis, sugerindo que a função reguladora do direito exigirá, para a sua realização, uma extensão da reflexividade dos dispositivos institucionais de governação¹⁹⁶. Surpreende-se, aqui, a abertura da filosofia do direito à teoria da governação, em que os mecanismos de reflexividade se adequam à capacidade atribuída ao grupo social (comunidade social) para a satisfação das exigências racionais referentes ao seu horizonte de regulação. Em que a ênfase nas instituições legislativas foram substituídas por uma atenção redobrada nas instituições de “aplicação do direito” como os tribunais. Nesse sentido pode-se dizer que a teoria do direito, ao ter em conta a reversibilidade da operação de

¹⁹³ Assim, Lenoble, Jacques (2007), pp. 56-57. Para uma análise da convergência dos modelos formais e contextuais de tomada de decisão jurisdicional, com apelo a uma estruturação formal e à análise contextual ou situacionada, enquanto sequência de actividades e de operações necessárias para chegar a uma decisão de cariz normativo – cfr. Wells, Catharine P. (1990), pp. 1737-1746.

¹⁹⁴ Assim, Atienza, Manuel (2007^a), pp. 131. Um direito das normas mas também e sobretudo um direito das decisões e resoluções jurisdicionais.

¹⁹⁵ Como elucidaremos à frente a propósito da tarefa da realização do direito enquanto processo e estrutura interpretativa no processo decisório. Veja-se, também assim, a linha do pensamento de Jacques Lenoble num texto que acompanhamos de perto – cfr. Lenoble, Jacques (1990), pp. 142-143.

¹⁹⁶ Entendida no seu sentido mais vasto, isto é enquanto “governança” ou actividade de governo que não se cinge ao plano funcional da administração executiva do Estado ou mesmo ao plano do exercício da função do Governo enquanto órgão constitucional, mas sim ao exercício de uma actividade pública e política de organização política e administrativa, encetada pelos diversos pólos de decisão pública e política que se inserem na actividade pública do Estado (normativa, administrativa, judicial e regulativa) no seu todo e naquilo que tem sido a intervenção pública e regulativa da sociedade. Sobre estes vários sentidos de “governança”, veja-se Simoulin, Vincent (2003).

aplicação, veio a integrar progressivamente a flexibilidade do juízo normativo pelo qual um grupo social tenta agir sobre ele próprio a fim de regular os seus comportamentos¹⁹⁷.

Daí se ter como preferível, pelo menos no contexto do tema aqui em discussão, a designação “realização do direito”, aqui direccionada à análise da sua vertente jurisdicional enquanto organização ou estrutura, e da importância dessa última dimensão.

e. A realização do direito e a organização

Pergunta-se, agora, se esta tarefa da realização do direito, enquanto tal assumida, se encontra delimitada por uma determinada organização? Segundo a qual os diversos actores da tarefa de realização do direito – na sua integralidade interpretativa, aplicativa, argumentativa, narrativa e decisiva -, são implicados e condicionados por uma estrutura estatutária e organizativa que os capacita e legitima, seguindo um conjunto conforme de procedimentos e determinados cânones de interpretação e argumentação, pretendendo, com isso, apurar do sentido de determinadas normas e dar solução a determinado caso controverso.

De uma tal forma que se possa vir a dizer que a organização do sistema judicial implica sempre um impacto na tarefa jurisdicional essencial de interpretar e definir o direito para um caso concreto e de formular essa decisão com a argumentação e fundamentação tida como a mais racional e justificada. O que suscita, desde logo, a hipótese desta perspectiva organizativa determinar a ultrapassagem de uma concepção meramente individual da tarefa jurisdicional e a sua implicação cultural e institucional.

A actividade do aplicador do direito, do juiz concreto que se depara com a sua realidade jurisdicional e social, é, na verdade, a actividade de alguém que se insere num contexto institucional. As decisões judiciais inserem-se num processo institucionalizado de discussão¹⁹⁸ e o direito surge aí, também, como um facto institucional¹⁹⁹. Tal perspectiva é essencial para se perceber como o direito se relaciona com o vasto mundo social e humano, sobretudo na faceta da actividade judicial.

Os juízes, enquanto intérpretes, não se deixam de confrontar com as suas próprias habilitações que são sempre institucionais e também com as dinâmicas organizativas que

¹⁹⁷ Cfr. Lenoble, Jacques (2007), pp. 63-64, numa teoria convencionalista de base que se qualificou anteriormente, mas que, nas suas consequências, não deixa de trazer à tarefa de realização jurisdicional do direito um horizonte particularmente enriquecedor para as finalidades pretendidas neste trabalho.

¹⁹⁸ Assim, de novo, Frydman, Benoît (2005), pp. 659-661; Sesma, Victoria Iturralde (2003) pp. 31, e Andrés Ibáñez, Perfecto (1994), pp. 862-863.

¹⁹⁹ Como realidade aferível sociológica e institucionalmente. Não querendo aqui discutir – nem sendo este o objectivo deste trabalho - os pressupostos da teoria institucional do direito que assume, este último, como uma ordem normativa de cariz institucional – assim, MacCormick, Neil (2005), pp. 2-7.

compõem o sistema judicial, portanto numa tarefa de realização do direito que se insere, também ao nível da sua natureza específica, num inegável contexto institucional²⁰⁰.

Daí ressaltar-se a centralidade desta perspectiva institucional²⁰¹ que, neste ponto, oferece um significado assaz explicativo. Esta perspectiva é a que se encontra mais predisposta, pela sua latitude e riqueza, a assimilar as considerações multi-temáticas aqui em apreço e os elementos que são próprios às ideias centrais lançadas por este trabalho e que em muito dependem dos conceitos de organização, de decisão e de sistema.

Nesse enquadramento o ser juiz envolve, em primeiro lugar, a capacidade de interpretar os textos legais e utilizar os procedimentos legais de modo considerado apropriado não só segundo os seus critérios próprios e profissionais mas também segundo os da comunidade jurídica e, através desta, do mundo exterior. Por mais livre ou determinística que seja considerada a tarefa de interpretação do juiz, ela encontra-se dependente de certas regras que disciplinam essa função jurisdicional, numa espécie de “gramática profissional” que dá azo a considerá-la com uma objectividade demarcada, limitada ou relativa²⁰².

Na prática o juízo a realizar pelo juiz vai conformar as regras e estas últimas são também conformadoras da prática desse juízo. “É necessário admitir que o juiz não consulta mais o seu código de regras judiciais, a fim de determinar os factores que deve considerar para alcançar um juízo ou, genericamente, que o vão guiar à decisão, do que qualquer outra pessoa consulta o seu livro de gramática antes de se expressar no seu idioma materno. Qualquer profissional interioriza as regras, as normas, os princípios e os padrões ou as proposições normativas de carácter geral (...)”²⁰³ que dizem respeito à sua actividade específica. Fazendo

²⁰⁰ Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule colocam a tónica nestas considerações institucionais para a avaliação do acerto das teorias interpretativas. Dando corpo à definição das “capacidades institucionais” daqueles (intérpretes) que inseridos nas instituições que fazem parte, com as suas distintas habilitações e limitações, irão interpretar os textos legais. Pondo um ênfase particular nas questões interpretativas, numa mutação institucional, sobretudo no modo como as instituições, com as suas distintas capacidades e condicionamentos, interpretam certos textos legais – assim, Sunstein, Cass R., e Vermeule, Adrian (2003).

²⁰¹ John Bell parte desta perspectiva para consolidar a sua análise comparativa dos judiciários europeus. Isto é, para examinar os factores que moldam o carácter do judiciário nos vários países da Europa Ocidental. Em que as ferramentas da análise da teoria organizacional e em particular a cultura institucional servem, sobretudo, para identificar as características essenciais que moldam as instituições judiciárias – cfr. Bell, John (2006), pp. 2-30, e 382-383. Por seu turno, Gillian K. Hadfield procede a uma leitura das determinantes institucionais do jurídico, nos seguintes parâmetros que influenciam a sua evolução, o seu desempenho e também a sua qualidade – cfr. Hadfield, Gillian K. (2008).

²⁰² Cfr. Fiss, Owen (2007), pp. 207-208. Uma asserção que pode ser desenvolvida em torno da análise do discurso jurídico, com o apuramento das regras de construção gramatical dos respectivos discursos, necessárias a aferir da correcção e validade das decisões jurídicas.

²⁰³ Nas palavras de Owen Fiss, verificáveis na referência Fiss, Owen, op. cit., pp. 237.

uso de uma cultura que, sendo constitutiva²⁰⁴, depende do treino específico nas práticas jurídicas e numa certa tradição pela qual os textos normativos ganham sentido, segundo certas abordagens e valores.

Na verdade, algumas vezes as normas podem ter sido interiorizadas de tal forma que o juiz pode decidir sem reflectir acerca das mesmas ou sem as considerar de forma consciente e expressa. Podem mesmo os juízes decidir, nessas situações, de forma intuitiva ou com bases subentendidas, sendo que em algumas oportunidades a pressão do trabalho pode fazê-los proceder dessa forma. Isso não implica que essas situações se generalizem ou que constituam uma constante em desconformidade com as regras disciplinadoras da realização jurisdicional do direito, advogando-se como um ideal central da profissão o proferimento das decisões em conformidade com o direito, explicando-se como este pode vir a realizar-se como possível²⁰⁵.

Esperando-se que as actuações dos juízes, por essa via, sigam a assunção de um papel social que lhes concede autoridade²⁰⁶ e legitimação perante o mundo exterior ao seu núcleo jurisdicional. Tornando as decisões dos juízes, pela sua fundamentação, justificação e desempenho demonstrados (qualidade e quantidade), não só escrutináveis (*accountability*) como merecedoras da adesão desse auditório universal. Numa estrutura pluridimensional a que demos eco de início e que continuaremos a preencher em termos de conteúdo.

A decisão-julgamento é encarada como uma actividade interpretativa dinâmica, capaz de relacionar o subjectivo e o objectivo de modo construtivo, produzindo uma compreensão mais profunda do direito e do facto e sugerindo um novo olhar sobre as suas condições de possibilidade²⁰⁷.

²⁰⁴ Pierre Bourdieu salienta esta função constitutiva da cultura que capacita a pessoa a interpretar a realidade e, por essa via, a actuar no mundo – cfr. Bourdieu, Pierre (1971), pp. 192-193.

²⁰⁵ Cfr. Fiss, Owen (2007), pp. 239-240.

²⁰⁶ Dimensão simbólica essa que as noções de *poder* e *autoridade* carregam e que a análise antropológica e sociológica tão bem explicam através do fenómeno de *subjectivação* ou *personalização* da *potestas* e da *autoritas*. A autoridade do juiz, de cambiantes plúrimos e raízes plurisseculares, não se confunde com a pessoa concreta ali presente, é pelo contrário esta que vem “emprestar” a sua voz à entidade locutora, ensinando-nos a semiologia pragmática que “na comunicação, o pensamento que cada locutor quer exprimir pesa menos do que os diferentes papéis dos locutores, que já estão fixados previamente. O papel do interlocutor soberano, de príncipe, é desses: o indivíduo, rei ou presidente, que vem desempenhar tal papel eclipsa-se no seu papel” – cfr. Veyne, Paul (1988), pp. 21.

²⁰⁷ Cfr. Fiss, Owen (2007), pp. 203.

Capítulo 2. Os pontos de vista “interno” e “externo” na análise sobre o funcionamento e a organização do sistema judicial

a. O jurista observador e participante no sistema judicial e na realização do direito

Será que o jurista, enquanto participante na tarefa de realização do direito, terá algo a perder com o facto de também se encontrar necessariamente convocado a perceber as condições e as implicações externas da sua actividade, e a tomar para si as implicações próprias desse plúrimo ajuizamento? Parece-nos que não, pelo contrário. E procuramos, por esta via explicativa, auxiliar na busca da melhor conciliação da tarefa jurisdicional de realização do direito com essas implicações externas, justamente a partir da referência às condições organizativas dessa mesma actividade jurisdicional.

Primeiro ao delinear um quadro de articulação das múltiplas e distintas abordagens sobre a actividade e o desempenho do sistema judicial, sobretudo ao nível das condições práticas de realização jurisdicional do direito. Suscitando, nesse objecto, como dissemos, uma hipótese de articulação entre o ponto de vista “interno”, aquele que resulta normalmente do “participante” comprometido com o funcionamento das regras e instituições jurídicas, e o ponto de vista “externo”, fornecido por quem analisa o fenómeno jurídico sem o comprometimento e as compreensões próprias do jurista.

Depois, também ao colocar a possibilidade de encontrar, a propósito daquele preciso objecto, um discurso conciliador dessas visões multiformes e multidisciplinares que se têm debruçado mais amiúde sobre o sistema judicial (da teoria e da filosofia do direito, do direito processual, da teoria política e constitucional, da sociologia do direito, da análise económica e da ciência política e administrativa).

Esta atitude do jurista também se fará sentir no modo como ele vier a assumir a tarefa da aplicação e realização do direito, aqui encarado na sua faceta jurisdicional, com apelo a um posicionamento mais ou menos pragmático, mais ou menos devedor da visão clássica sobre o seu papel no desenvolvimento do direito e da resolução dos casos judiciais, inserido num determinado contexto institucional e organizacional.

Interrogando, em última análise, se será conciliável, a atribuição de um especial cuidado ao momento aplicativo e aos procedimentos aptos a assegurar a eficiência dos objectivos prosseguidos, até por via de uma contextualização dos problemas, com a referência a uma justificação satisfatória no plano ético ou moral, através do apelo, quando necessário, a

valores como a justiça ou a equidade, aos direitos fundamentais ou mesmo à dimensão da pessoa humana e da cidadania perfeitamente adquirida num Estado de direito democrático. Conciliando a cultura pragmática, relativista e céptica vulgarmente associada ao pragmatismo jurídico, com uma assunção metodológica que possa convocar, para além da contextualização dos problemas, da previsão das consequências da decisão e do seu enquadramento institucional e organizacional, os princípios e os valores fundamentais aplicáveis, enquanto fundamento ético essencial para a sustentação da comunidade ético-social.

b. As várias abordagens sobre o funcionamento e a organização do sistema judicial

b.1. Abordagens multidisciplinares

Não obstante a dificuldade da análise em questão e como já tivemos ocasião de afirmar, a natureza pluridimensional da justiça e também dos seus aspectos organizacionais, tem convocado mais amiúde a abordagem de várias disciplinas e saberes, aqui incluindo tanto o ponto de vista interno como externo, que se podem traduzir nas visões multiformes e multidisciplinares da teoria e da filosofia do direito, do direito processual, da teoria política e constitucional, da sociologia do direito, da análise económica e da ciência política e administrativa.

O delineamento dessas abordagens permitirá a projecção de um quadro que nos parece à partida mais unitário, conciliador e consistente, sobre as dimensões da organização e da gestão do sistema judicial, da realização jurisdicional do direito e do ambiente cultural, social e económico em que se situa esse mesmo sistema e das exigências que lhe são próprias.

b.2. O direito (teoria do direito, direito constitucional e direito processual)

Pode-se dizer que, de uma forma geral, o direito e os seus cultores sempre estiveram interessados na realidade dos tribunais e do sistema judicial, sendo que ultimamente essa atenção tem sofrido um acréscimo no universo dos países *civil law*, num movimento de progressiva aproximação dos dois sistemas jurídicos (*civil e common law*), tal como noutros pontos deste trabalho se afirma com mais detalhe, que encontra alguma sedimentação progressiva no fenómeno de globalização económica e social. Isto após algumas décadas de esfriamento do interesse, desse pensamento jurídico, sobre os tribunais e o seu papel na definição do direito, fruto das concepções legalistas e formais sobre o direito e a sua estrita aplicação.

Também aqui, a teoria do direito ou mesmo a filosofia do direito, enquanto análises do fenómeno jurídico nas suas várias dimensões e radicalidades, se tem afirmado na busca de um sentido e categorização da jurisdição, mormente nos seus aspectos metodológicos. O que não deixa de trazer grandes virtualidades ao tema central aqui em debate.

Mas a justiça e os tribunais adquiriram, do mesmo modo, uma importância fundamental no seio das ordens constitucionais dos vários países, salientando-se, neste movimento de cariz global, o reaparecimento do interesse doutrinal do jusconstitucionalismo sobre a vertente dos tribunais e do poder judicial, de certa forma largo tempo descurado. A crescente dimensão política dos tribunais e da actividade jurisdicional é um dado irrecusável do novo panorama político-social, e as abordagens políticas e das ciências sociais não deixam, do mesmo modo, de suscitar a atenção, também assim, dos cultores do direito constitucional, em terrenos tradicionalmente de eleição dos jusprocessualistas.

As abordagens jusconstitucionalistas, sobretudo na órbita dos países *civil law*, sempre centraram a sua atenção mais sobre as questões ligadas com a lei, o processo legislativo e a actuação administrativa e governamental do Estado. Dá-se, assim, ensejo à defesa ou à autonomização de um Direito Judiciário e, dentro dessa disciplina, ao aparecimento de um Direito Constitucional Judiciário nalguns quadrantes doutrinários. Corresponderia, a este Direito Judiciário, o estudo da globalidade das normas jurídicas disciplinadoras da organização, funções e actividade dos tribunais²⁰⁸.

Suscitam-se, nesse domínio, delicadas questões jurídico-constitucionais, como a natureza e a legitimação do poder judicial, o autogoverno das magistraturas, a responsabilização dos juízes, a politização do judicial e a judicialização do político²⁰⁹.

Por seu turno, o direito processual sempre deu atenção à questão dos tribunais e do poder judicial, favorecendo algum debate, embora se possa dizer sem grande centralidade, nas questões da função jurisdicional, da organização judiciária e dos procedimentos judiciários. Mais recentemente a tónica nos problemas respeitantes à administração da justiça e à crise inerente à ineficiência e ineficácia do sistema judicial (sobretudo no problema da lentidão e da demora dos processos), bem como aos problemas no acesso ao direito, têm suscitado uma maior atenção nas questões à organização e gestão dos tribunais, bem como aos mecanismos de agilização e simplificação de procedimentos processuais.

²⁰⁸ Sobre estes pontos, consulte-se Canotilho, Gomes (1998), pp. 573-576.

²⁰⁹ Assim, Brito, Wladimir (2004), pp. 231-232.

b.3. A sociologia judiciária e a sociologia do direito

Também os estudos de cariz sociológico ou da teoria sociológica se têm debruçado sobre a questão organizativa do judiciário e, mais genericamente, sobre os tribunais e a actividade judicial, entendimentos existindo que concebem a autonomização de uma sociologia da administração da justiça dentro da sociologia do direito²¹⁰. O desenvolvimento da sociologia das organizações, com o seu interesse específico na organização judiciária e dos tribunais, a apetência pelos tribunais enquanto instâncias de decisão e de poder político (recurso aos tribunais e práticas decisórias), e também a evolução da teoria dos sistemas no seio do direito e do sistema judicial, vieram permitir uma orientação de trabalhos de cariz sociológico, tanto de índole teórica como empírica, que verteram sobre as dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito e da justiça²¹¹. Salientam-se aqui, as áreas de interesse do acesso à justiça, da administração da justiça na sua índole política, organizativa e profissional, e da litigiosidade social e dos mecanismos formais e informais de resolução dos litígios. Refiram-se, também aqui, os estudos dirigidos a conhecer as atitudes e as opiniões dos cidadãos sobre a administração da justiça, também salientados pelos chamados “sentimentos de justiça”.

b.4. Ciência política e da administração

A vertente política dos tribunais e da sua actividade não é, da mesma forma, de descurar, em face do valor que têm as abordagens de cariz político que incidem sobre os tribunais na detecção do papel que estes assumem, não só enquanto instância de decisão e poder políticos, mas, do mesmo modo, enquanto inseridos na estrutura e na acção do Estado, e também enquanto actores na sociedade actual²¹². No fundo, trata-se de analisar os tribunais no seu conjunto como um sub-sistema do sistema político global, partilhando com este a característica de processarem uma série de *inputs* externos constituídos por estímulos,

²¹⁰ Assim, num texto já com uma vintena de anos, referenciado como Santos, Boaventura de Sousa (1986), no qual este autor procede à análise da génese da sociologia do direito, e das condições sociais e teóricas da sociologia dos tribunais. Évelyne Serverin parte do entendimento da sociologia judiciária como prática de pesquisa na encruzilhada das várias disciplinas das ciências sociais, que pretende responder à procura institucional de estudos e relatórios empíricos sobre a justiça, embora a mesma autora considere que dessa forma ficariam de fora algumas conceptualizações teóricas aplicáveis à justiça (como a teoria sistémica de Luhmann ou a teoria crítica de Habermas) ou outras formas de pesquisas sobre a justiça, designadamente sobre os procedimentos e as instituições jurisdicionais – assim, Serverin, Évelyne (2004), pp. 1233-1234.

²¹¹ Concebendo o direito numa acepção ampla que envolve, para além da sua dimensão normativa, a atenção pela variabilidade na aplicação, a diferenciação na execução, o pluralismo na autoridade e a ambiguidade no sentido, isto é na sua constituição cultural e institucional (*law in action*) – cfr. Deflem, Mathieu (2008), pp. 150.

²¹² Daí as notas de enquadramento da realidade dos tribunais com o direito e com a política nas vertentes da acção política e estadual, da função do controlo social e a legitimação da acção e dos actores políticos – assim, Jacob, Herbert (1996), pp.11-14.

pressões, exigências sociais e políticas e de, através de mecanismos de conversão, produzirem *outputs* (as decisões) portadoras, elas próprias de um impacto social e político nos restantes sub-sistemas. Esta concepção motivou vários campos analíticos da teoria política dos tribunais, tanto por via da abordagem organizacional como no que respeita à análise comportamental dos juízes e das motivações das decisões por eles proferidas. Registem-se, também, as tentativas fundadas de criação de teorias sobre a actividade jurisdicional que conjugam várias cambiantes de abordagem, como acontece com a *political jurisprudence* defendida por Martin Shapiro como “um novo movimento teórico que é essencialmente uma extensão de certos elementos da sociologia jurídica e do realismo judicial em combinação com a metodologia e o conhecimento substantivo da ciência política”²¹³. Por último, é de salientar como fundamental o aparecimento, neste âmbito, da disciplina já salientada da “administração judiciária” (ou administração dos tribunais), a qual, nas suas conclusões, depende de um misto de abordagens tão diversas como a teoria económica da litigância e dos tribunais - sabendo-se que a literatura académica respeitante à administração judiciária faz cada vez mais apelo à economia e às inferências estatísticas -, à ciência político-constitucional, à ciência administrativa e das organizações e à sociologia jurídica.

b.5. A economia da justiça e a análise económica do direito

A análise económica tem tido uma influência crescente na abordagem do funcionamento do sistema judicial e do seu desempenho, bem patentes nos tópicos referentes à eficácia e à eficiência do direito e dos tribunais. Num pensamento e metodologia que têm sido adoptados por cada vez mais académicos e investigadores na área do direito e da justiça. Constatando-se, por outra via, que a economia entrou plenamente na vida do direito, nos vários planos da sua concretização e articulação institucional, sendo de realçar a utilização cada vez mais recorrente de argumentos de natureza económica na avaliação das reformas da justiça portuguesa. Nesta dimensão, a “análise económica do direito”, enquanto uma corrente do pensamento jurídico ou económico, tem-se sedimentado como uma área de investigação interdisciplinar com contribuições importantes de autores que se reclamam de outras escolas do pensamento económico, críticas da neoclássica, como a *new institucional economics*, a *public choice* ou a *social choice*, entre outras²¹⁴. As virtualidades analíticas que possuem algumas das principais variáveis que intervêm no domínio da aplicação do direito e do

²¹³ Assim, Shapiro, Martin (2002), pp. 19.

²¹⁴ Nicholas Mercuro e Steven G. Medema utilizam a designação da “law and economics” como um conceito eclético para referir todas estas escolas do pensamento que lidam explicitamente com as relações entre o direito e

funcionamento das instituições jurídicas e judiciais têm operado uma autêntica revolução no modo de encarar a realização do direito e, em especial, o funcionamento dos tribunais²¹⁵. Depois, como refere Steven Shavell, a “análise económica do direito” concede um esquema rigoroso para a avaliação dos resultados das políticas de reformas das instituições jurídicas, um indispensável instrumento conceptual para conceber e reformar os sistemas legais por via da consideração de modelos alternativos às soluções tradicionais: reduzindo a desmedida abrangência do direito, simplificando as soluções legais e alterando o acesso ao sistema legal com a optimização consequente dos índices de litigância²¹⁶.

Esta abordagem analítica, própria da “economia da justiça”²¹⁷, convive com uma diversidade de natureza, tanto reportando a cenários macro-económicos como micro-económicos, dado que ela se interessa, “não somente à análise económica da instituição judiciária na sua globalidade, da sua rentabilidade interna e do cálculo custos-benefícios da regulação judiciária com alusão aos modos de solução dos litígios, mas também à análise económica da decisão judiciária, do seu processo de elaboração, do seu conteúdo e das suas consequências na perspectiva do litígio regulado no caso particular”²¹⁸.

c. O apuramento da questão organizativa no domínio judiciário como possibilidade de convergência dessas abordagens

Defendemos de início e voltamos a considerar agora, que porventura uma das afirmações mais válidas deste trabalho de investigação, estaria no facto da questão organizativa do sistema judicial suscitar a necessidade, de uma maneira impressiva, do aparecimento de um discurso conciliador das visões multiformes e multidisciplinares que se têm debruçado mais amiúde sobre o sistema judicial (da teoria e da filosofia do direito, do direito processual, da teoria política e constitucional, da sociologia do direito, da análise económica e da ciência política e administrativa), projectando, dessa forma, num quadro à partida mais unitário, conciliador e consistente, as dimensões da organização e da gestão do sistema judicial, da realização jurisdicional do direito e do ambiente cultural, social e

a economia – Mercurio, Nicholas; e Medema, Steven G. (1997), pp. 3. Neste sentido também, Ramos de Sousa, João (2005), pp. 181.

²¹⁵ Assim, por todos, Kornhauser, Lewis A. (1999), pp. 27-44.

²¹⁶ Assim, Shavell, Steven (1999); considere-se, também, Patrício, Miguel C. Teixeira (2005).

²¹⁷ Bruno Deffains trata a “economia da justiça” como um ramo da economia do direito que se detém mais particularmente sobre os modos de resolução dos litígios (escolha da via do acordo ou do recurso aos tribunais e análise da motivação e do comportamento dos litigantes e dos agentes jurídicos), mas também num domínio normativo ao tratar da própria eficácia da organização do sistema judicial – cfr. Deffains, Bruno (2004). Para uma natureza heterogénea deste pensamento da “economia da justiça”, consultem-se Cadiet, Loïc (2001), pp. 106-109, e Breen, Emmanuel (2002^a), pp. 30-32.

²¹⁸ Cfr. Cadiet, Loïc (2001), pp. 106.

económico em que se situa esse mesmo sistema e das exigências que lhe são próprias. Questionando até que ponto a autonomia e o debatido fechamento sistémico do direito permite esse encontro de abordagens e a inevitável troca de informação e importação de soluções metodológicas, designadamente nesse âmbito pluridimensional do sistema judiciário. Suscitando, nesse objecto, uma hipótese de harmonização entre o ponto de vista “interno”, aquele que resulta normalmente do “participante” comprometido com o funcionamento das regras e instituições jurídicas, e o ponto de vista “externo”, fornecido por quem analisa o fenómeno jurídico sem o comprometimento e as compreensões próprias do jurista.

Não será destituído de sentido, de todo, perceber que a dimensão organizativa do sistema de realização jurisdicional do direito, a forma como se estrutura a própria jurisdição, vive, ela própria, da dicotomia suscitada a propósito do reconhecimento do que é, afinal, o direito e como se deve o mesmo reconhecer das outras ordens normativas ou reguladoras do comportamento humano e social.

Defendeu-se já que persiste nesta abordagem uma preocupação pelo desenrolar dos fenómenos de intercepção entre o descritivo (ser) e o preceptivo (dever ser), numa exigência crescente de integração dos discursos, em que se terá de admitir um “vasto campo de intersecção”²¹⁹ entre as áreas do conhecimento assim convocadas. Além do estabelecimento de um outro enquadramento sobre a questão já falada da viabilidade do trânsito entre o facto e a norma com o inerente esbatimento da linha divisória entre as explicações científicas, culturais e éticas²²⁰.

Para além da ampliação dos âmbitos de contacto entre as disciplinas suscitam-se alterações importantes no modo de ser e na semântica do direito, aqui encarado como sistema funcional autopoiético. Na verdade, a diferenciação e a identidade do direito não têm impedido a sua abertura, interpenetração ou complementaridade com outros subsistemas sociais e daqueles subsistemas em conjunto com o ambiente social.

François Ost e Michael van de Kerchove preconizam, para o saber do direito, um posicionamento epistemológico que parte da articulação de um ponto de vista externo e de uma auto-interpretação do direito pelos seus agentes (ponto de vista interno), em que verdadeiramente se possa falar do direito dos juristas e não de um qualquer objecto ideal,

²¹⁹ Volta-se a referenciar, Machado, Baptista, op. cit., pp. 258-259.

²²⁰ Jacques Lenoble faz alusão à necessidade de repensar o nexa inevitavelmente criado entre facto e valor – para a percepção de um colapso entre facto e valor na linha de H. Putnam -, enquanto consequência de uma melhor compreensão das condições de realização normativa transportadas pelo conceito de direito e pela função condutora do jurídico – assim, Lenoble, Jacques (2007), pp. 66.

entenda-se imaginário. Isto é partindo-se da articulação das definições internas produzidas pela jurisprudência ou resultantes dessa actividade jurisdicional²²¹.

Didier Cholet, por seu turno, dá conta dos limites do estudo da celeridade do processo encetada sob o ângulo do direito processual, o que supõe, na sua opinião, um aprofundamento com recurso a outras disciplinas e uma colaboração pluridisciplinar, em que seja o próprio direito, todavia, a fixar o objectivo e os limites que se entendem como inultrapassáveis²²².

Nesta tónica ganha alguma viabilidade, do mesmo modo, a proposta de Gunther Teubner que destaca uma solução de interdiscursividade entre o discurso jurídico e os outros discursos sociais (económico, político, científico-técnico), através de uma convergência e mesmo assimilação discursiva pela qual se lograsse a assimilação jurídica dos elementos morais, políticos, económicos, etc., manifestados socialmente, através de um “direito interdiscursivo das colisões”. Traduzindo-se, no fundo, num “nivelamento dos seus diferentes discursos” no modo de uma entrada do mundo exterior devidamente conformada pelo jurídico, de “uma reconstrução interna do mundo exterior” ou das “racionalidades sociais na esfera semântica do direito”, de modo a “determinar as suas normas pelas exigências (*constraints*) de acção específica dos mundos económico, político ou científico-técnico²²³.

Ou, mais ainda, a solução preconizada por Brian Z. Tamanaha que vê na abordagem pragmática a possibilidade de vir a acomodar as várias contribuições geradas pelas múltiplas abordagens do jurídico e das suas práticas²²⁴, designadamente no que respeita às várias escolas e pensamentos relativos aos estudos sócio-jurídicos e à teoria do direito.

E não deixam de merecer destaque, do mesmo modo, a hipótese de Stephen M. Feldman, que pretende harmonizar os pontos de vista “interno”, do jurista, e “externo”, do cientista político, com recurso a uma teoria que designa de “interpretativa-estrutural” construída em debate com o novo institucionalismo emergente na ciência política²²⁵, o modelo pragmático de interpretação jurídica de Benoît Frydman assente num modo de conhecimento

²²¹ De novo, estes autores, a propósito da jurisdição e da definição do direito, com referência às práticas jurisdicionais – assim, Ost, François, e van de Kerchove, Michael (1990), pp. 56-57.

²²² Ficando arredada, mesmo assim, uma visão transdisciplinar do problema, e devidamente articuladas as soluções das políticas públicas no tema essencial dos tempos do processo e da celeridade do tratamento e resolução dos casos judiciais – cfr. Cholet, Didier (2006), pp. 502-503.

²²³ Assim, Teubner, Gunther (1997b), pp. 99 e ss..

²²⁴ Desenvolvendo, a propósito, as questões essenciais da distinção ponto de vista interno/externo, das práticas jurídicas e judiciais e da análise da tomada de decisão jurisdicional, e concluindo que não deixa de ser árdua a tarefa do sugerir o que deve ser feito a propósito do direito, sobretudo após a “orgia de criticismo” por cima da qual não existem bases de facto para construir o que quer que seja – assim, para a conclusão da tese enunciada no livro que através de uma abordagem pragmática pretende providenciar uma ponte entre a teoria do direito e a teoria sócio-jurídica – cfr. Tamanaha, Brian Z. (1997), pp. 245-255.

interdisciplinar segundo as práticas de um “saber-poder” de inspiração foucaultniana²²⁶, ou, com outro tipo de finalidades, a proposta de Pompeu Casanovas, de aproximação da tradição da “law & society” e do pragmatismo contemporâneo²²⁷.

Salienta-se, bem ainda, o posicionamento de Chrysostomos Mantzavinos, que defende o desenvolvimento de uma teoria da actividade judicial enquanto actividade de “interpretação das regras do jogo”, pela interferência das diversas formulações dos saberes científicos – ciência política, sociologia, direito, antropologia e estudos organizacionais -, e entendendo as instituições, elas próprias, enquanto regras do jogo (o económico, o político, o organizacional, etc.)²²⁸.

Por último, relembre-se o pensamento que Richard Posner advoga, mais claramente na sua última obra *How Judges Think*, para fundamentar a sua teoria sobre a decisão-julgamento (“a positive decision theory of judging”), reafirmando uma perspectiva ecléctica, num relato que pretende mais convincente, unitário e realístico (suplantando as várias teorias, tanto normativas como jurídicas, que se desenham sobre a decisão judicial) de como os juízes chegam actualmente às decisões judiciais, sobretudo nos casos não rotineiros²²⁹.

²²⁵ Assim, Feldman, Stephen (2005).

²²⁶ Cfr. Frydman, Benoît (2005), pp. 21-29.

²²⁷ Cfr. Casanovas, Pompeu (1999).

²²⁸ Numa perspetivação das decisões judiciais segundo os padrões do novo institucionalismo e afastando a explanação da mera racionalidade económica – assim, Mantzavinos, Chrysostomos (2007), pp. 25-27.

²²⁹ Partindo de várias teorias sobre a tomada de decisão jurisdicional (num somatório de nove teorias) - cfr. Posner, Richard (2008), pp. 19-20.

Capítulo 3. As análises respeitantes ao processo de tomada de decisão judicial e às suas teorias explicativas

a. Explicar e justificar as decisões jurisdicionais

Ao pretender-se estudar a importância que têm as questões de organização do sistema judicial para o desenrolar da actividade jurisdicional de realização do direito, não podemos descurar que ainda persiste válida a distinção (de cariz epistemológico) entre um tipo de análises de tipo justificativo das decisões judiciais e um outro tipo de análises, agora de cariz explicativo dessas mesmas decisões jurisdicionais. Com vista a destacar exactamente os contextos de descobrimento, por um lado, e de justificação, pelo outro, do que é o substrato decisional dos juízes²³⁰. Embora se constate, neste universo, um notório decréscimo no valor desse sentido distintivo, resultado da reivindicação do carácter prático da metodologia do direito, pois, como vimos, a argumentação jurídica não contém, tão só um carácter puramente prescritivo mas também um indisfarçável – e por vezes assumido - cariz descritivo²³¹.

Mas, embora conscientes dessa ambivalência, a verdade é que sempre se poderá salientar a distinção entre os móveis e os factores, de índole psicológica, do contexto social, de origem ideológica ou política, ou mesmo organizacional, que moveram determinado juiz a assumir uma determinada resolução e decisão de direito (razão explicativa), e, numa outra perspectiva, salientar as razões que o órgão jurisdicional enunciou para demonstrar a correcção e a justeza dessa mesma decisão (razão justificativa)²³².

Por aqui se têm desenhado, até, vários modelos teóricos explicativos sobre o processo de tomada de decisões, numa sucessão (e combinação) de fases informativas, avaliativas e valorativas e no enquadramento de condições relativas à situação em presença, à personalidade do julgador ou ao seu contexto social, político, económico ou organizacional. Ou, no outro lado da distinção, têm tomado lugar as várias disciplinas ou saberes que estudam

²³⁰ Recorde-se na análise sobre a distinção “ponto de vista interno v. ponto de vista externo” a alusão aos dois tipos de reconhecimento normativo diferenciados – reconhecimento de aplicação ou adjudicativo e reconhecimento cognoscitivo ou epistémico - que se podem detectar em torno desse debate – veja-se, por todos, Dahlman, Christian (2004), pp. 229-231.

²³¹ Refere Manuel Atienza, a este propósito, que no contexto de justificação é necessário contar não apenas com os critérios sobre como se hão-de justificar as decisões (isto é, sobre como se há-de argumentar-se para considerar que a decisão assim resultante se encontra justificada), mas também com um método que permita descobrir como se fundamentam de facto as decisões tomadas. Tanto a análise do contexto de descobrimento como do contexto de justificação se pode levar a cabo com um discurso de cariz ambivalente: tanto descritivo como prescritivo – assim, Atienza, Manuel (2007), pp. 4-6 e 206-207; e Sesma, Victoria Iturralde (2003), pp. 23-24.

²³² Assim, destacando as teorias decisórias jurídicas em normativas e descritivas, possibilitando também o encontro com teorias de cariz misto de cariz compreensivo, consulte-se Schneider, Jochen; e Schroth, Ulrich (2002), pp. 530-545.

as condições debaixo das quais os argumentos se podem considerar justificativos, tanto do ponto de vista formal (quando o argumento é formalmente correcto) como do ponto de vista material (quando o argumento se pode considerar aceitável em determinado campo).

Reafirma-se, contudo, que ambas estas perspectivas se encontram diluídas nos seus pressupostos e objectos, encetando-se um cruzamento do carácter descritivo e prescritivo das respectivas linguagens, com a reivindicação do carácter prático da teoria e do saber jurídico, sem fazer esquecer, com isso, que estes não se poderão reduzir a um discurso de cariz descritivo nem encetar uma cruzada puramente prescritiva e asséptica do direito²³³. Vamos encontrar, na verdade, nas várias concepções sobre a realização do direito (ou sobre a aplicação do direito) sobreposições de diversos tipos de discurso e onde se confundem as análises de cariz prescritivo, sociológico, psicológico e teórico-abstracto. Neste sentido, como refere Victoria Iturralde Sesma, “não pode haver discrepância entre uma análise cujo objecto é prescrever regras de raciocínio (ao modo de Alexy v.g.), com outra cujo objecto seja mostrar as técnicas de argumentação empregues de facto pelos tribunais (ao modo de Perelman ou de uma faceta do realismo norte-americano); ou mesmo entre aquelas cujo objecto é demonstrar os mecanismos psicológicos das decisões judiciais, e as que pretendem por em relevo os factores políticos, económicos, sociais, etc., que influem na tomada de decisões (realismo jurídico), ou, por fim, entre as anteriores e as que se dirigem a explicitar os fundamentos teóricos das mesmas (v.g. Wróblewski, Aarnio)”²³⁴.

Denota-se, neste âmbito, nas diversas aproximações ao universo da realização jurisdicional do direito – aproximações de cariz teórico, normativo-jurídico e empírico -, portanto de cariz descrito e prescritivo, a importância dos pontos de vista interno e externo em que se assume a abordagem da actividade jurisdicional, e os modos que antevimos para a sua possível compatibilização ou frutuosa convivência. O que pode vir a corresponder, em certa medida, com uma descrição funcional da actividade judicial de realização ou aplicação do direito, lidando ela com as decisões judiciais num contexto de funcionamento do direito. Em atenção, entre outros, aos factores organizativos que condicionam o carácter e a composição do judiciário e, também por aí, o conteúdo e os efeitos dessas decisões²³⁵.

²³³ Dentro do contexto de justificação é necessário contar não apenas com os critérios pelos quais se justificam as decisões mas também com um método que permita descrever como se fundamentam de facto (efectivamente) as decisões tomadas. Assim, o estudo da argumentação jurídica não tem porquê limitar-se ao contexto de justificação, sendo necessário e importante que se estenda ao contexto de descobrimento – cfr. Atienza, Manuel (2007^a), pp. 131 e (2007), pp. 207.

²³⁴ Cfr. Sesma, Victoria Iturralde (2003), pp. 24.

²³⁵ Cfr. Wróblewski, Jerzy (1992), pp. 16-18.

As finalidades deste trabalho prendem-se, precisamente, com a tentativa de perceber qual a importância dos factores de índole organizativa do sistema judicial para o plano da realização jurisdicional do direito e qual as incidências desses mesmos factores no plano das exigências actuais sobre o funcionamento da justiça e, por aí, na prática jurisdicional.

Como não poderá deixar de ser, esta realidade jurídica descritiva ou prescritiva do direito é diferenciada conforme a experiência nacional em questão – situada numa ordem jurídica da *civil law*, por um lado, ou da *common law*, pelo outro.

Embora se tenha vindo a assistir a uma progressiva aproximação entre esses dois tipos de sistemas jurídicos, pelo desenrolar de mecanismos de influência recíproca e de globalização de determinados aspectos da cultura jurídica e judiciária²³⁶, a verdade é que essa distinção comparatística entre sistemas ainda faz muito sentido em alguns pontos fundamentais, tanto no plano da cultura como das práticas em que se inserem cada uma das experiências nacionais. Estamos a falar de aspectos tão variados, mas igualmente relevantes, como a codificação, a formação e a estruturação das carreiras profissionais, o peso da regulamentação legal no que respeita à tramitação processual e, bem assim, à tarefa de aplicação do direito, os diferenciados estilos decisoriais e de fundamentação²³⁷, o maior ou menor formalismo processual e probatório, a maior ou menor diversidade ou peso das várias fontes do direito, a maior ou menor centralidade do direito jurisprudencial e dos tribunais no ensino académico, ou, inversamente, a menor ou maior importância da doutrina na actividade jurisprudencial e nas decisões do tribunal, etc., etc...²³⁸. É diversa a questão da elaboração da

²³⁶ Para além dos aspectos já desenvolvidos atrás, reflexo deste fenómeno de aproximação de ambos os sistemas jurídicos, não pode deixar de suscitar alguma controvérsia o debate sobre se o fenómeno da “americanização” chegou também ao domínio do judiciário, o que é verdade no terreno das ideias e do discurso e controverso no que respeita às práticas sociais – assim, Cadet, Loïc (2001), pp. 89 e ss.. Também Jacques Lenoble sublinha que as mudanças actuais do papel do juiz continental testemunham, em moldes alargados, um empreendimento crescente no modelo anglo-saxónico, embora adiantando, desde logo, que a distinção não faz sentido quando nos apercebemos, menos ingenuamente, das diferenças estabelecidas entre o juiz norte-americano (menos formalista) e o juiz inglês (mais formalista e mais próximo do juiz continental) – cfr. Lenoble, Jacques (1990), pp. 147-148. Sobre a abrangência do conceito de cultura jurídica e sobre os seus aspectos variados e pluri-dimensionais, consulte-se Nelken, David (1996), ao suscitar a importância de complementar e compatibilizar abordagens e metodologias nesse trabalho comparativo.

²³⁷ Uma análise estrutural das decisões, mas também das suas correspondentes técnicas e estilos, e que pode avançar também para a sua análise funcional e argumentativa, o que acarreta a descrição do conteúdo e da significado da motivação ou fundamentação da decisão judicial. Análise essa que terá sempre em conta a complexidade inerente à tarefa de elaboração das decisões judiciais – sobre este ponto, Alpa, Guido (1998); De Vita, Anna (1998); Ruiz, Maria Angeles Ahumada (2000), pp. 156-170; e Correia de Mendonça, Luís; e Mouraz Lopes, José (2004).

²³⁸ Para esta concretização dos vários elementos distintivos mas também aproximativos dos vários sistemas comparados, na interligação dos vectores constituídos pelos tribunais, pelo direito e pela política, consultem-se Jacob, Herbert (1996); e Garapon, Antoine, e Papadopoulos, Ioannis (2003). Como refere Anna De Vita, “a decisão encontra-se ligada ao seu próprio sistema, às suas estruturas, às suas instituições, à sua cultura, à sua prática, e sobretudo aos modos de produção do direito que aí sejam consagrados. A este olhar, a homogeneidade

decisão judicial em cada um desses sistemas jurídicos menosprezado que seja também o carácter específico que adquiriu esse labor jurisprudencial em cada uma das experiências nacionais, discernindo-se, aqui, os vários factores que devem ser tidos em conta para aquilatar do peso a dar à organização do sistema judicial na realização jurisdicional do direito. Sabendo-se, também aqui, que a análise do discurso pode ser aplicada ao género específico das decisões judiciais nos seus contextos pragmáticos e institucionais.

b. A experiência norte-americana (as várias perspectivas sobre a previsibilidade do sentido das decisões judiciais)

Por via da centralidade que os tribunais ganharam nas experiências dos países da *common law*, e com maior expressividade nos Estados Unidos da América, as decisões jurisdicionais sempre foram motivo de grande atenção por parte de um leque variado de estudos e saberes, que deram lugar a um considerável acervo de teorias e explicações, sobretudo de cariz político, em torno da estrutura e da previsibilidade do sentido das decisões judiciais²³⁹.

Neste domínio, não entrando aqui na enunciação detalhada da história da *judicial decision-making* norte-americana, cumpre destacar a prevalência de três escolas fundamentais, explicativas da tomada de decisão jurisdicional e num cenário de previsão do sentido dessas decisões: a escola comportamental, a escola jurídica [*legal*], e a escola institucional.

Seguimos aqui, com algumas simplificações, a síntese de Michael Haise sobre a teoria da *judicial decision-making*, na qual, este autor, após reflectir sobre a influência pioneira do movimento do realismo jurídico norte-americano, faz a distinção entre os vários modelos explicativos que se sucederam nas análises sobre essa matéria: *behavioralism*, *attitudinalism*, *legal*, *public choice* e *institutionalism*²⁴⁰.

dos sistemas quebra-se logo no plano dos conceitos e das técnicas. Uma primeira diferença que se desenha, desde logo, entre os direitos continentais e direito anglo-americano” – cfr. De Vita, Anna (1998), pp. 810.

²³⁹ Assinala Manuel Atienza, de um outro prisma, que na cultura jurídica norte-americana, não obstante se encontrarem presentes as preocupações de justificação e de motivação das decisões jurisdicionais, persiste uma diferença específica que dá ênfase à visão dos actos decisórios jurisdicionais enquanto actos essencialmente políticos e, portanto, que não se podem justificar e apenas explicar – Atienza, Manuel (2007), pp. 221-222.

²⁴⁰ Confirme-se, em Haise, Michael (2002), pp. 832-843, onde vamos encontrar vastas referências bibliográficas, e indicação de muitos autores que são identificados, por vezes num período do seu percurso de investigação, a essas diferentes escolas: v.g. Norman Dorsen e S. Sidney Ulmer (*behavioralism*), Jeffrey Segal e Harold Spaeth (*attitudinalism*), C. K. Rowland e Robert A. Carp (*legal*), Gregory C. Sisk, Heise e Morris (*public choice*), e Howard Gillman, Cornell W. Clayton, Lee Epstein, Martin Shapiro e Jack Knight (*institutionalism*). É também comum encontrar-se uma outra estruturação sobre as abordagens políticas do comportamento judicial e da *judicial decision-making* no universo judicial norte-americano, partindo dos modelos *attitudinal*, *strategic* e *institutionalist* - assim, Maveety, Nancy (2003), pp. 5, e o programa de um curso do departamento de política e de governação da Universidade de Maryland, precisamente sobre a temática do “judicial processes and decision-

Relativamente aos dois primeiros modelos – *behavioralism* e *attitudinalism* -, que podemos englobar numa mais extensa análise de cariz comportamental, percebem-se aqui as duas correntes correspondentes e assimiláveis ao que se discute, neste âmbito, na sociologia e na ciência políticas²⁴¹.

No modelo do *behavioralism*, que dominou os primeiros estudos empíricos sobre este tema, enfatiza-se o papel dos atributos pessoais e do *background* social dos juízes nas decisões judiciais, nomeadamente dando relevância às suas experiências de socialização, educação e formação²⁴², enquanto padrão sócio-económico que influencia directamente tais decisões. Ao invés, no modelo do *attitudinalism*, concede-se uma outra explicação a esse tipo de variáveis, percebendo-se que o *background* e a formação dos juízes serão importantes para a definição do seu padrão ideológico, enquanto atitude que envolve a adopção de valores e opções de carácter ético-político²⁴³. Será então essa ideologia do juiz, padronizada por determinadas credenciais (*proxies*), que definem as atitudes judiciais, que influenciará, por seu turno, as decisões jurisdicionais²⁴⁴.

Ambos estes modelos, ainda com grande influência no panorama da investigação norte-americana da *judicial decision making*, marcaram posteriormente o desenvolvimento de modelos mais sofisticados, matizados e compreensivos²⁴⁵, nos quais se vêm conjugando os potenciais dos modelos *legal*, *public choice* e *institutionalism*.

making”, consultável em <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/mcgrad/>. Optámos por seguir esta divisão, mais clássica, sobre estas escolas explicativas da tomada decisão jurisdicional, uma vez que são ainda essas as referências básicas e mais correntes na literatura sobre esta matéria. Contudo, tal como já adiantámos desde o início, são cada vez mais constantes as alusões a um maior acervo de teorias que abordam a decisão judicial: comportamental, estratégica, sociológica, psicológica, económica, organizacional, pragmática, fenomenológica e jurídico-normativa – assim, num acervo ajustado por Posner – cfr. Posner, Richard (2008), pp. 19.

²⁴¹ No *behavioralism* encontramos um movimento da sociologia e da ciência políticas que pretende, sobretudo, analisar aquilo que é comportamento observável – constatável – dos actores políticos, enquanto no *attitudinalism* é o conjunto relativamente organizado e durável de crenças ou valores sobre um determinado tema, assunto, situação ou objecto, que predispõem o sujeito ou sujeitos a responder preferencialmente de certa forma (no fundo são as “*attitudes*” que estão aqui em causa). A disputa entre ambas as acepções também passa muito pela questão de saber se as “*attitudes*” apenas podem ser inferidas ou deduzidas de comportamentos observáveis – consulte-se, aqui, Rokeach, Milton (1968).

²⁴² Características como a raça, o género, a origem social e económica e a experiência profissional que, na análise de muitas abordagens, se demonstraram, pelo menos em termo genéricos (salvo alguns contextos particulares), com pouco poder explanatório. Ressalte-se, contudo, para as decisões que contendem com casos de assédio ou discriminação em função do género, o estudo empírico que se debruçou sobre a actividade dos tribunais federais de apelação (Federal Appellate Courts) e nas diferenças verificadas em colectivos de juízes integrados por juízes do sexo feminino e masculino – Peresie, Jennifer L. (2005).

²⁴³ Assim, de novo Haise, Michael (2002), com referência às contraposições estabelecidas a pp. 833-839,

²⁴⁴ “(...) A simpatia política e a origem política da nomeação (presidencial) são os os elementos mais bem colocados para servirem de base de aproximação às atitudes judiciais e não causas destas” - Segal, Jeffrey; e Spaeth, Harold (1993), pp. 232.

²⁴⁵ Para além dos textos acima aludidos cumpre mencionar o debate que a *American Political Science Association* tem promovido, nesta última década, ilustrado no seu jornal *Law and Courts*, sobre esta temática das

No modelo jurídico (*legal*), por seu turno, pretendem-se acomodar as influências jurisprudenciais e políticas, sem se assumir em pleno (de modo formalístico) o processo de argumentação e raciocínio jurídico, mas também sem rejeitar a sua importância²⁴⁶. Apostando numa investigação que toma em conjunto, de forma mais consciente, tanto a dimensão jurídica, com a necessária explanação do processo de realização do direito, como o perfil orientador do juiz, enquanto actor judiciário. O que reflecte a combinação das concepções e expectativas que genericamente os outros têm sobre o comportamento decisional do juiz e as normas e expectativas que esse juiz assume sobre esse mesmo comportamento²⁴⁷. Sabendo-se que a abordagem externa do modelo comportamental dos juízes parte de uma caracterização do actual modelo de interpretação e aplicação do direito que não é correcta, pois este tem evoluído para padrões de maior sofisticação, realismo²⁴⁸ e abertura, em que o ponto de vista interno não pode ser reduzido a uma mera fórmula de aplicação de regras, como tal mecânica, silogística e automática²⁴⁹. Nesta análise não se descarta que existirá alguma primazia da doutrina jurídica e da tarefa de aplicação das regras na determinação daquilo que é o resultado da tarefa jurisdicional, o que pode ser desde logo constatável pela medida de adesão dos juízes aos precedentes jurisprudenciais em favor dos proclamados valores da estabilidade jurídica e da continuidade. E em alguns sectores deste modelo explicativo, que, como vimos, se posiciona nos interstícios dos outros modelos, os académicos tendem para focar as suas aspirações em teorias direccionadas para os princípios clássicos de julgamento, recusando-se abandonar a ideia de neutralidade e independência do judiciário. Numa assunção isolada

teorias políticas explanativas da *judicial decision making* – assim, American Political Science Association (1994) e (2003).

²⁴⁶ Cfr. Heise, Michael, op. cit., pp. 840. Nesta linha e para a apreciação dos vários factores que motivam e condicionam a independência judicial, veja-se Burbank, Stephen B.; e Friedman, Barry (2002), pp. 22-35, e Friedman, Barry (2005). Anota-se, nesta vertente, do mesmo modo, a investigação *The Supreme Court Forecasting Project*, que se assume como um projecto interdisciplinar de comparação das abordagens políticas e jurídicas de previsão das decisões do Supremo Tribunal norte-americano, fundado na comparação do método estatístico e do método doutrinal – assim, Ruger, Theodore W., Kim, Pauline T., Martin, Andrew D., e Quinn, Kevin M. (2004). Refiram-se, também assim, as recentes investigações académicas de cariz empírico que pretendem demonstrar que os juízes decidem os casos de acordo com o seu adquirido ideológico e político, o que deu motivo a uma torrente de propostas reformadoras, incluindo na definição dos limites do cargo judicial vitalício, nas limitações ao controlo jurisdicional das leis e dos actos administrativos e, ainda, no processo de nomeação e eleição dos juízes – assim, Carrington, Paul D.; e Cramton, Roger C. (2006), que dão conta dos artigos publicados na mesma referência bibliográfica e que suscitam o debate em torno do problema do carácter vitalício nos cargos no Supremo Tribunal Federal norte-americano, e, ainda Posner, Eric A. (2008),

²⁴⁷ Sabendo-se que a motivação jurisdicional se encontra mais na concepção do que um juiz deve fazer – papel orientador dos juízes (*judge's role orientation*) – do que nas suas preferências pessoais - Rowland, C. K.; e Carp, Robert A. (1996), pp. 190. Sobre a “judicial role orientations” consulte-se Gibson, James L. (1978), pp. 917.

²⁴⁸ Thomas Miles e Cass Sunstein desenham, neste ponto, o despontar de um “novo realismo jurídico”, chegando a acordo quanto aos padrões de referência para aferir da “personalidade do juiz”, das características de cada caso judiciário e dos constrangimentos institucionais, tanto jurídicos como organizativos. Sobre este “new legal realism”, consultem-se Miles, Thomas J.; e Sunstein, Cass R. (2007).

desses princípios e, portanto, sem debruçar o seu conhecimento sobre as evidências empíricas e as influências extra-jurídicas que incidem sobre os decisores judiciais.

A aplicação da *public choice theory* - e mais abrangentemente a análise económica – ao estudo do comportamento judicial e às suas decisões, sempre se encontrou latente na literatura académica norte-americana²⁵⁰. E, nesta linha, Richard Posner²⁵¹ introduziu, na discussão sobre o tema latente alguns índices de racionalização económica²⁵², defendendo que “os juízes, na sua generalidade, não deixam de assumir uma função utilitarista e tentam maximizar nesta o peso das utilidades retiradas dos argumentos expendidos (representativos de preferências ou desejos)”²⁵³, numa contabilização de incentivos e penalidades (constrangimentos)²⁵⁴. A especificidade dos juízes relativamente aos demais sujeitos económicos é que, com toda a probabilidade, defende ainda Posner, recolhem um maior grau de utilidade das variáveis que respeitam ao lazer e ao reconhecimento público do que acontece com a média dos outros práticos do direito. Tal constatação terá ainda que ser complementada com a existência ou não de um tipo burocrático de carreira judiciária, como acontece nos sistemas judiciários fora do universo anglo-americano. O que implicará, nestes sistemas, a utilização de argumentos económicos próprios dos contextos burocráticos e uma atenção mais desperta para aspectos como a promoção por mérito e antiguidade, impondo-se uma análise de tipo diferenciado nos casos de eleição (juízes estaduais norte-americanos) ou de nomeação vitalícia (juízes federais norte-americanos)²⁵⁵. Recorde-se, também, que com a atrás enunciada viragem pragmática de Posner, este veio a defender, embora sem prescindir dos elementos referenciais da *law and economics*, uma teoria da decisão-julgamento, considerando a aplicação do direito e a decisão judicial como uma das facetas principais da prática de um determinado juízo político²⁵⁶. Esta mesma teoria da *public choice* não deixa de sugerir, do

²⁴⁹ Assim, Tamanaha, Brian Z. (1999), pp. 228-244, e Feldman, Stephen M. (2005), pp. 94-99.

²⁵⁰ Continua-se a seguir a explanação de Heise, Michael, op. cit., pp. 841-842.

²⁵¹ Cfr. Posner, Richard (1995), pp. 109-144, e (2005), pp. 1260, partindo, este autor, em ambos os textos, da assunção de que os juízes, como as outras pessoas, são maximizadores das suas utilidades, cabendo discutir especificamente o que os juízes maximizam.

²⁵² Do ponto de vista da análise do “agente racional” (*rational actor*), um dos elementos mais marcantes da *law and economics*, a par da análise custo/benefício e das proposições da maximização da riqueza e do bem-estar.

²⁵³ Assim, Posner, Richard (2005), pp. 1260. Num alinhamento que faz apelo à relação entre o agente e o principal (relação de agência), veja-se o texto mais recente de Richard Posner na referência Posner, Richard (2008), pp. 125-173.

²⁵⁴ Com outras palavras, uma análise “custos v. benefícios”. Sobre a descrição dos factores que afectam as decisões judiciais segundo o pensamento da *law and economics*, dando ênfase à reputação e ao jogo do interesse pessoal, consulte-se Miceli, Thomas J. (2004), pp. 277-278.

²⁵⁵ Posner, Richard (2005), pp. 1260-1278.

²⁵⁶ Posner, Richard A. (2003), pp. 57-96 e 322-356; e (2008) pp. 19-20. Nestas obras este autor vem reafirmar uma teoria da decisão-julgamento fundada num relato que pretende convincente, unitário e realístico (para além

mesmo modo, que as pesquisas empíricas no domínio da *judicial decision-making* precisam de ter em conta não só as variáveis de fundo sociológico, sobre as quais se sente uma forte influência da estrutura do judiciário, mas também o contexto jurídico-legal e o raciocínio das opiniões pelas quais os juízes expressam os seus pontos de vista, particularmente importantes no amplo espaço de liberdade e motivação que lhes é deixado pela independência jurisdicional²⁵⁷. Não deixam, no entanto, de ser elencadas as limitações deste modelo para a explicação das decisões jurisdicionais em face da própria estrutura institucional do judiciário, que atenua o postulado individualista e a concepção não orgânica do Estado, caracterizadores desta teoria²⁵⁸, no contexto das escolhas públicas ínsitas daquelas decisões.

Mas os académicos norte-americanos especializados no direito e nos tribunais têm, mais recentemente, demonstrado querer proceder a uma viragem nas suas preferências relativamente ao estudo da *judicial decision-making*, partindo agora do ponto de vista institucional. Na verdade, como expõem Howard Gillman e Cornell W. Clayton, “nos últimos anos veio a registar-se nas ciências sociais um renovado interesse no estudo de como o comportamento político ganha forma, estrutura e direcção através de particulares arranjos e relacionamentos de cariz institucional”²⁵⁹. Segundo o modelo do *institutionalism*, mais do que perceber como as instituições são influenciadas pelas características pessoais dos juízes, seria importante dar atenção ao modo como os juízes são influenciados pelas características institucionais que caracterizam o espaço (institucional)²⁶⁰ onde eles operam, sendo que essa abordagem progrediu ao ponto de serem destacáveis vários campos neste modelo, coincidentes com a vertente da escolha racional ou escolha estratégica (*rational choice* ou *strategic choice*), a vertente histórica (*historical*) e a vertente sociológica (*sociological*)²⁶¹.

Segundo a modalidade do pensamento estratégico institucional, as decisões jurisdicionais são melhor compreendidas como exercício de um comportamento estratégico. Nesse sentido, atendendo as respectivas influências políticas, os juízes deparam-se com um complicado jogo de relações estratégicas que se interceptam, incluindo aquelas estabelecidas com os outros juízes, com o tribunal ou com outras instituições relevantes²⁶².

das várias teorias que se desenham sobre o a decisão judicial) de como os juízes chegam actualmente às decisões judiciais, sobretudo nos casos não rotineiros (“a positive decision theory of judging”).

²⁵⁷ Epstein, Richard A. (1990), pp. 851-855.

²⁵⁸ Assim, Azevedo Alves, André; Moreira, José Manuel (2004), pp. 49-58.

²⁵⁹ Cfr. Gillman, Howard; e Clayton, Cornell W. (1999), pp. 5.

²⁶⁰ Assim, Getso, Robert (2004), pp. 136-138.

²⁶¹ Cfr. Gillman, Howard; e Clayton, Cornell W., op. cit., pp. 6-7.

²⁶² Assim, Epstein, Lee; e Knight, Jack (1997), pp. 4.

No segundo campo do institucionalismo situam-se, por seu turno, aqueles que pretendem encontrar razões históricas no desenvolvimento institucional ou nas características interpretativas dos juízes ou dos outros actores políticos. Por essa via o comportamento judicial não é correctamente estruturado pelas instituições mas verdadeiramente constituído por ela, no sentido de que os objectivos e os valores associados aos arranjos políticos em particular concedem a energia e a direcção necessárias aos actores políticos. Sabendo-se, do mesmo modo, que pelo decurso do tempo as instituições interagem com outras facetas do sistema político, o que, na atenção a uma sociedade em mudança, acaba por redundar na sua própria transformação e no desenvolvimento de novas normas, tradições e funções²⁶³.

Em último lugar, situa-se uma vertente do institucionalismo que acredita que as condutas individuais não são propriamente a consequência de particulares posicionamentos institucionais, mas sim o produto de um campo social mais vasto. Segundo este entendimento, os indivíduos encontram-se inseridos em campos ou sectores culturais ou organizativos que lhes determinam em muito a consciência dos seus interesses pessoais e as utilidades, sendo as suas condutas melhor entendíveis no contexto de uma rede de ligações, de obrigações e laços afectivos que constituem as bases essenciais dos comportamentos, observáveis nas práticas institucionais e em contextos alargados de cariz cultural ou ideológico. O que permite incluir as grandes estruturas de cariz social e cultural como a classe, a raça, o género ou a religião, e definir aqueles contextos mais vastos onde as instituições desenvolvem as suas identidades²⁶⁴.

Ainda mais recentemente, o estudo da *judicial decision making* tem vindo a direccionar-se no sentido de compreender os constrangimentos do papel do julgador segundo a perspectiva institucional dos seus auditórios, cuja influência é tomada como penetrante e significativa, na acepção psicológica fundamental de que o respeito, o prestígio e a popularidade, correspondem a estímulos importantes e relevantes para qualquer pessoa e mais ainda para esses actores de relevante cariz político-social²⁶⁵ que são os juízes. Assim, os

²⁶³ Cfr. Gillman, Howard; e Clayton, Cornell W., op. cit., pp. 6-7.

²⁶⁴ Seguindo a leitura de Gillman, Howard; e Clayton, Cornell W., op. cit., pp. 7. Nesta acepção, registe-se o trabalho de Daniel Martin Katz e Derek K. Stafford sobre as estruturas sociais e as conexões profissionais e sociais entre os vários actores judiciários, partindo da análise reticular do mercado dos assessores dos gabinetes dos juízes (*law clerks*) e do estabelecimento de modelos de sistemas de complexidade – cfr. Katz, Daniel Martin; e Stafford, Derek K.. (2008).

²⁶⁵ Na prossecução da ideia simples, embora controversa na sua aplicação ao universo judicial que se deve considerar imune às influências externas, de que os juízes concedem uma grande importância ao que as pessoas pensam deles, o que é do senso comum para a própria natureza humana – assim, Baum, Lawrence (2006), pp. 21-22. Acrescenta-se que, em determinada perspectiva, essa atitude é ainda mais compreensível para uma profissão que radica a sua autoridade, para além da idoneidade técnica e organizativa, numa composição de elementos na qual tem presença a integridade e a dignidade ético-pessoais.

comportamentos de “auto-representação”²⁶⁶ dos juízes oferecem novas perspectivas na composição da ideologia e das motivações políticas dos juízes, por via do direccionamento dos investigadores na identificação das audiências para as quais aqueles pretendem gerar e obter o correspondente reconhecimento e estima²⁶⁷ ou, por outra via, para os aspectos sócio-emocionais conexonados com a qualidade da decisão ou com as suas qualidades procedimentais²⁶⁸.

b. A experiência da Europa-continental

No âmbito da experiência da Europa-continental (mais genericamente nos países da *civil law*) o percurso respeitante à análise da tarefa jurisdicional de realização do direito e mais precisamente à abordagem da decisão jurisdicional – isto é dos seus pressupostos e da sua dinâmica, para aí chegar à detecção do impacto das questões organizativas nessa tarefa jurisdicional e portanto no resultado da realização jurisdicional do direito – encontra-se muito dependente das construções metodológicas do mundo jurídico. A este percurso veio a acrescentar-se, mais recentemente, no domínio judicial, um acréscimo de importância das análises descritivas dos demais saberes sociais, nomeadamente no confronto com o universo das teorias decisórias²⁶⁹. Salienta-se, aqui, a investigação sociológica em torno do processo de compreensão do juiz, nomeadamente pela análise das experiências adquiridas no processo de socialização, pelo estudo das atitudes, pela consideração dos procedimentos, da estrutura e da organização, todos estes enquanto factores determinantes ou influenciadores da decisão

²⁶⁶ “Judges’ self-presentation behaviors”, expressão que se pode também traduzir por qualquer coisa como as atitudes de exteriorização da imagem de si próprio que, de um modo ou outro, é transmitida aos vários destinatários e auditórios – sobre o significado deste conceito de “self-presentation” (auto-representação) nas suas várias dimensões e utilizações, consulte-se Baum, Lawrence (2006), pp. 28-48, e Joondeph, Bradley (2008). São deveras interessantes as experiências estabelecidas através da construção virtual ou cibernética de espaços institucionais para simular as actividades das audiências de julgamento e das conferências (v.g. projectos *Supreme Court Cyber Simulation*, *Cyberjudicialpunk School* e *Judicial Avatar Database*), com utilização do instrumental do mundo virtual e das identidades virtuais (v.g. “second life” e “avatars”) para melhor compreensão das motivações e compreensões dos juízes relativamente às suas decisões – assim, Loam, Barry (2007).

²⁶⁷ Uma das motivações para a tomada de decisão jurisdicional (comportamento decisório), para além dos pressupostos do actor racional, é o desejo dos juízes em conseguirem a aprovação dos vários auditórios do tribunal, particularmente dos auditórios mais críticos para a identidade social dos juízes. Recolhendo, dessa forma, o alcance do mecanismo de auto-representação (gestão das impressões causadas nos outros), o desejo de aprovação (auto-estima) e o sentimento de pertença, num entendimento mais realístico do comportamento decisório dos juízes – assim, Joondeph, Bradley W. (2008), e Loam, Barry (2006), e (2007), pp. 6.

²⁶⁸ Cfr. Tyler, Tom (2007).

²⁶⁹ Como elucida Michelle Taruffo, torna-se muito difícil e complexa a tarefa de saber qual a abordagem teórica que pondera a melhor aproximação ao fenómeno empírico da tomada de decisões num contexto de administração da justiça, sabendo-se que a história recente da cultura jurídica ocidental produziu um número assinalável de diferentes teorias sobre as decisões judiciais que são sempre racionalizações retiradas da experiência da tomada de decisão – assim, Taruffo, Michelle (1998), pp. 311. Também Jochen Schneider e Ulrich Schroth salientam a extrema variedade de teorias e princípios que se cruzam no universo da decisão jurídica, destacando aqui as

judicial²⁷⁰. A partir daqui tem-se derivado para considerações de cariz político e organizativo, recebendo esta realidade, ultimamente, de uma forma mais generalizada e expressa, a influência dos modelos de análise anglo-saxónica, designadamente em termos de técnicas da análise económica e da organização político-administrativa²⁷¹.

Assim, nestes sistemas jurídicos e judiciais de matiz continental encontramos sobretudo, num universo eminentemente jurídico-normativo, abordagens que se baseiam nos modelos de decisão na aplicação, enquanto análise teórica da justificação ou argumentação das decisões jurisdicionais que se expandem, na conhecida distinção de Jerzy Wróblewski, em modelos ideológicos, modelos descritivos, modelos estruturais, modelos processuais e modelos teórico-normativos²⁷². O que tem merecido, também, alguma evolução nos estudos sobre a jurisprudência, enquanto análise estrutural das decisões, mas também das suas correspondentes técnicas e estilos, e que pode avançar também para a sua análise discursiva, argumentativa e funcional.

Segundo esta visão mais disseminada as decisões entendem-se, regra geral, como controladas institucionalmente pela lei, de uma forma determinante, persistindo algumas diferenças de um sistema jurídico para outro. Para além desse controlo institucionalizado, existe também um controlo assumido pela doutrina jurídica e pela própria opinião pública, variando a importância desses factores segundo o contexto funcional de aplicação do direito.

Na verdade, os estudos sócio-políticos que foram elaborados a propósito dos juízes e das suas motivações, no plano da Europa continental, salvo algumas excepções e hipóteses

teorias decisórias jurídicas em normativas e descritivas, possibilitando também o encontro com teorias de cariz misto de cariz compreensivo, consulte-se Schneider, Jochen; e Schroth, Ulrich (2002), pp. 530-545.

²⁷⁰ Assim, Schneider, Jochen; e Schrot, Ulrich (2002), pp. 513-519 e 541-545, ao fazerem alusão à investigação da origem dos juristas e dos juízes e da sua socialização (trabalhos de Wolfgang Kaupen / Theo Rasehorn e Andreas Heldrich / Gerhard Schmidtchen), ao estudo do relacionamento entre as decisões e os valores/ideias pessoais do juiz (Hubert Rottleuthner / Dorothee Peters), à análise da estrutura de interacção (Gerd Winter / Karl F. Schumann), à caracterização do procedimento do juiz na perspectiva das suas funções - interiorização e influência do meio - (Rüdiger Lautmann), à distinção entre o nível do conteúdo e da organização na decisão (Rüdiger Lautman / Dieter Simon) e à elucidação da variabilidade e da inovação das decisões (Jan Harenburg).

²⁷¹ De que são exemplo, no plano da investigação nacional, as referências Araújo, António de (1997), e Garcia, Sofia Amaral; Garoupa, Nuno, e Grambi, V. (2007). Vejam-se, também, ao nível europeu-continental, as referências Ruiz, Maria Angeles Ahumada (2000); Ramos, Francisco (2002); e Mantzavinos, Chrysostomos (2007).

²⁷² Cfr. Wróblewski, Jerzy (1988), (1992) e (1993). Referindo, este mesmo autor, as diferentes perspectivas pelas quais pode ser analisada a aplicação do direito, com destaque para as seguintes: teórica, normativa, empírica e psicológica, cfr. Wróblewski, Jerzy (1992), pp. 25-26. Veja-se, também, a análoga distinção de Jochen Schneider e Ulrich Schroth, em teorias decisórias jurídicas normativas, descritivas e compreensivas - cfr. Schneider, Jochen; e Schroth, Ulrich (2002), pp. 530-545.

mais recentes, não assentavam no comportamento decisional²⁷³, deixando campo aberto à hegemonia destas visões jurídicas, normativas e descritivas a propósito das decisões judiciais²⁷⁴.

Salientaram-se, a propósito da questão da aplicação ou realização do direito, as modalidades fundamentais de racionalidade jurídica que se têm debruçado sobre a prática jurisprudencial. Fizemos referência, nesse passo do texto, às vertentes procedimentais, da tópica-retórica, da argumentação, da hermenêutica, da teleologia e da crítica da racionalidade jurídica²⁷⁵. Nestas vertentes sobressai a ideia que a argumentação jurídica e em particular a argumentação judicial é um tipo de argumentação prática dirigida sobretudo, mais do que a explicar, a justificar decisões. Mas aqui é inelutável entender que os modelos de abordagem jurídica sobre a tomada de decisão jurisdicional se encontram muito marcados pelas principais teorias da argumentação jurídica, tal como atrás enumeradas. Partindo-se, para tanto, de premissas como o reconhecimento de margens de discricionariedade na actividade de interpretação e aplicação do direito, a distinção entre a justificação interna e externa nas decisões, a insuficiência das normas jurídicas para justificar uma decisão e conseguinte necessidade de outros argumentos e a indispensabilidade de interpretar os factos para os dotar de um significado jurídico²⁷⁶.

A fundamentação judiciária, correspondente às várias hipóteses sobre as questões de facto e de direito, comporta uma estrutura básica de cariz dialógico ou dialéctico, que poderá assentar na própria estruturação do processo numa disputa entre os dois lados litigantes (partes), na previsão dos efeitos decisoriais entre as partes ou, finalmente, no diálogo entre as

²⁷³ Tal como referia Boaventura de Sousa Santos, os estudos político-sociais dos europeus relativos à ideologia dos juízes e ao seu carácter político, não verteram sobre o comportamento decisional – cfr. Santos, Boaventura de Sousa (1986), pp. 24-25.

²⁷⁴ Cfr. Serverin, Évelyne (2004), pp. 1237-1238. Neste artigo esta autora dá conta dos tipos de estudos realizados em França sobre as práticas decisoriais: numa primeira modalidade de análise sociológica da jurisprudência publicada, sem grande sucesso; numa segunda modalidade, em que se recorre a bases de dados decisoriais informatizadas para avaliar empiricamente das práticas judiciárias em cenários de maior liberdade de aplicação e interpretação, e, numa terceira modalidade, pretendendo aferir da dinâmica dos procedimentos e dos litígios (pedidos, defesa, motivos, dispositivos e estratégias).

²⁷⁵ Cfr. Castanheira Neves, António (1993), pp. 70-81.

²⁷⁶ Voltam-se a invocar os vários autores de referência em torno da teoria da argumentação jurídica - Chaïm Perelman, Jerzy Wróblewski, Robert Alexy, Aulis Aarnio, Neil MacCormick e Aleksander Peczenik. Na prossecução dos elementos que determinam a razoabilidade de uma decisão judicial e que giram fundamentalmente em torno dos conceitos de consentimento de uma determinada comunidade (Perelman e Aarnio), do cumprimento de determinadas regras procedimentais (Alexy), ou do cumprimento de determinados pressupostos ou boas razões como a coerência, a universalidade, a consistência e a aceitabilidade das consequências (MacCormick e Peczenik) – assim, consultem-se, Perelman, Chaïm (1990), e (1999), pp. 29-40; Aarnio, Aulis (1991); Sesma, Victoria Iturralde (2003), pp. 415-433; Atienza, Manuel (2007), pp. 65-176; Alexy, Robert (1989), pp. 184-201; MacCormick, Neil (1995) e (2005); Peczenik, Aleksander (1986), e Schneider, Jochen; e Schrot, Ulrich (2002), pp. 523-528.

teses antagônicas que, em círculo hermenêutico²⁷⁷, se vão estruturando entre o intérprete e a norma²⁷⁸.

Nesta perspectiva o modelo judiciário de decisão de aplicação do direito²⁷⁹ é fundado sobre a análise teórica da justificação das decisões. Segundo esse modelo a decisão judicial assim perspectivada pode-se desdobrar em várias decisões parciais – da validade, da interpretação, da prova, da escolha das consequências e da meta-decisão das fontes -, no conjunto das quais, a decisão final aplicativa é, na prática, formulada como uma decisão de escolha das consequências que é justificada por todas as decisões parciais e pela meta-decisão das fontes²⁸⁰. A fórmula teórica da justificação identifica todos os elementos implicados através de uma concepção de racionalidade. As práticas de justificação aproximam-se mais ou menos das fórmulas teóricas e dependem em muito do estilo judiciário de motivação das decisões, das normas aplicáveis e das características procedimentais das decisões judiciais.

A percepção da estrutura decisional acompanha, do mesmo modo, a própria assunção política da função jurisdicional, decifrando a latitude do seu enquadramento e, por aí, do seu papel mais ou menos criativo. “Todos os (...) aspectos do complicado raciocínio mediante o qual se leva a cabo a decisão judicial são considerados como um contexto de eleição aberto, ou seja de momentos em o juiz determina, entre as diversas alternativas possíveis, qual a decisão mais correcta, mais justa e mais oportuna. O que corresponde particularmente à interpretação das normas que orientam a decisão em cada caso particular. A identificação da “premissa de direito” da decisão é com frequência uma operação complexa na qual o juiz realiza opções hermenêuticas orientadas por cânones interpretativos mas em que realiza também juízos de valor de natureza diversa na base de opções éticas, políticas, económicas e inclusivamente, em determinadas ocasiões, opções de cariz estético, a partir da sua própria percepção dos problemas individuais e sociais. Nesta operação o juiz dispõe de um poder discricionário muito amplo. Não se trata de um poder arbitrário porque a decisão deve ser racionalizada e controlável e deve seguir cânones hermenêuticos e padrões valorativos que o

²⁷⁷ Sobre esta estrutura circular na compreensão e na actividade interpretativa, num modo de pensamento de grande alcance na jurisprudência – cfr. Larenz, Karl (1989), pp. 242-243.

²⁷⁸ Nesta descrição do raciocínio judiciário na sua estrutura dialógica e com invocação das três teorias fundamentais de explicação dessa estrutura, consulte-se Taruffo, Michele (1998), pp. 313-314.

²⁷⁹ Sobre este modelo judicial segundo a estrutura de aplicação do direito em países *civil law*, veja-se Wróblewski, Jerzy (1993), pp. 40-42.

²⁸⁰ Assim, Wróblewski, Jerzy (1992), pp. 30-35; Ortega, Manuel Segura (1995), pp. 160-161, e Schneider, Jochen; e Schrot, Ulrich (2002), pp. 520-521.

juiz deve identificar e enunciar. Sem embargo, torna-se claro que o campo de eleição política (em sentido amplo) das decisões que o juiz leva a cabo é muito amplo e diversificado”²⁸¹.

Para descrever a aplicação do direito jurisdicional, na linha de Jerzy Wróblewski, é necessário dar uma descrição de uma prática definida dessa aplicação do direito jurisdicional. Dependendo do que se está a descrever e da forma como se descreve, podem ser destacadas três categorias de descrição: - (a) descrição do “material processual” (*case material*), do texto e da forma final das decisões jurisdicionais de aplicação do direito; - (b) descrição do processo físico do processo de tomada de decisão; ou a - (c) descrição funcional das decisões no contexto sócio-político da dinâmica da sua assunção (tomada) e do seu funcionamento.

Quanto à primeira descrição (a) sabe-se que cada decisão final (sentença) compreende várias decisões fraccionadas, que cobrem ou cuidam dos seguintes assuntos. A aplicação ou realização jurisdicional do direito pode-se decompor, neste abordagem descritiva, pelas seguintes decisões parciais²⁸²: - decisão de validade e de aplicabilidade; - decisão de interpretação, isto é, de atribuição de significado aos enunciados aplicáveis; - decisão de facto, referida aos factos tidos como provados; - decisão subsuntiva, relativa à questão de saber quais os factos provados se integram no enunciado normativo aplicável; - decisão das consequências, que sucede à decisão dos factos provados e da sua qualificação jurídica, e - elaboração da decisão final.

Jochen Schneider e Ulrich Schrot, ao dar conta das teorias normativas da decisão jurídica fazem apelo, no seu desenvolvimento, ao decurso de fases do processo decisional segundo um esquema mais linear ou então mais de acordo com uma escolha entre alternativas. Podendo fazer-se alusão às regras segundo as quais o juiz tem de escolher correctamente, num esquema dedutivo, entre determinadas premissas, podendo também distinguir-se os procedimentos de acordo com a natureza de “certeza”, de “risco” ou de “incerteza” da respectiva decisão, entrando depois em jogo uma escala de graus de probabilidade, a consideração das consequências da decisão e um esquema de sequência retroactiva, tudo isto com a elaboração de esquemas de maior complexidade nos passos a tomar para a tomada de decisão²⁸³.

²⁸¹ Cfr. Taruffo, Michele (2005), pp. 14-15. Num texto de 1988 o mesmo autor dava conta da importância da ideologia prevalecente sobre a aplicação do direito para dar conta do estilo neutral, objectivo e impessoal correspondente à concepção burocrática da função judicial – assim, Taruffo, Michele (1988), pp. 207-209.

²⁸² Cfr. Wróblewski, Jerzy (1992), pp. 30-35, e (1993), pp. 41.

²⁸³ Cfr. Schneider, Jochen, e Schrot, Ulrich (2002), pp. 531-537, referindo eles as várias teorias e autores que se destacam a propósito destes tópicos.

Na descrição procedimental ou processual da aplicação judiciária do direito (b), por sua via, levam-se em conta as diversas fases processuais pelas quais a causa é apresentada, preparada, julgada e apreciada em tribunal, desde a apresentação da demanda e a apreciação liminar da respectiva competência e validade, até à publicitação da sentença ou decisão final, após a configuração procedimental da sua elaboração, seguida ou não de uma apreciação em instância de recurso²⁸⁴.

Na descrição funcional da realização do direito (c), encontramos, ao invés, um largo horizonte de análise, lidando ela com as decisões judiciais no contexto de funcionamento do direito, o que inclui os factores que influenciam o conteúdo das regras jurídicas aplicáveis, os factores que explicam a ocorrência de situações que demandam uma aplicação judicial do direito, os factores que conformam o conteúdo das decisões judiciais e os seus efeitos e, ainda, os factores condicionantes que provêm do carácter organizativo do próprio judiciário²⁸⁵. Neste ponto merece especial destaque a índole condicional da programação da decisão jurídica, tal como a expõe Luhmann, na sua funcionalidade e no seu carácter constitutivo do sistema jurídico. Uma vez que só esse tipo de programação condicional oferece a capacidade de redução que é necessária para adaptar a complexidade de uma decisão ao reduzido grau de complexidade do sistema jurídico, numa atenção especial à posição do juiz no processo diferenciado de tomada de decisão²⁸⁶.

O processo de interpretação e aplicação do direito, mais rigorosamente a tarefa de realização jurisdicional do direito, implica a tomada de decisões e o afrontamento de escolhas, com um maior campo de amplitude da racionalidade jurídica ou de liberdade de apreciação, que se baseiam sempre em atitudes avaliativas dos juízes.

Estas atitudes avaliativas encontram-se condicionadas por vários factores. O juiz prossegue um complexo e complicado processo de julgamento depois de ter recolhido informação relativa à realidade fáctica e de ter começado a proceder às suas variadas

²⁸⁴ Em que a sentença (decisão final) pode ser entendida no seu formalismo jurídico (isto é enquanto ultimação do processo, enquanto actividade da sua conformação ou enquanto acto em si), tanto por via do procedimento de deliberação, da perspectiva do seu conteúdo, do estilo desenvolvido e da sua construção em termos de fundamentação, motivação e justificação – cfr. Alpa, Guido (1998), pp. 854-860.

²⁸⁵ Cfr. Wróblewski, Jerzy (1992), pp. 16-17.

²⁸⁶ Na vinculação do juiz à norma, na frequência repetitiva da mesma decisão em situações idênticas e na necessidade de adaptação às alterações normativas legais. O facto da complexidade dos dados do problema influenciar a decisão está relacionado com a orientação da decisão em função das consequências, sendo portanto esta última, segundo Luhmann, dispensável numa programação de determinação do direito exclusivamente condicional e portanto não finalística. Para este autor o sistema jurídico e a dogmática jurídica não estão em condições de prever as consequências da decisão e de as tomar adequadamente em consideração pois a orientação pelos resultados constitui a fonte primacial de complexidade dentro do sistema – assim, Luhmann, Niklas pp. 196-203 e 475-477; Guibentif, Pierre (2005), pp. 214-218, e Newmark, Hjalmar (2006), pp. 36-40.

avaliações e escolhas²⁸⁷. Existem, assim, uma diversidade de factores que influenciam o conteúdo das decisões jurisdicionais e que na base da sua diferenciada natureza informativa podem consistir²⁸⁸:

i. em informação respeitante às normas tomadas como válidas e que constituem a base jurídica da decisão (o fundamento respeitante à norma, à competência e aos procedimentos), às directivas ou regras de aplicação do direito (isto é, as directivas interpretativas, de prova e de escolha das consequências) e a outro tipo de parâmetros (regras de estrutura formal e de estilo das decisões e de tratamento casuístico);

ii. em informação relativa à situação de facto em presença com o acolhimento de outra informação fáctica e empírica que será relevante para a decisão (regras de experiência, regularidades sociais, psicologia da motivação, etc.);

iii. em factores respeitantes à interiorização dos valores, das pré-compreensões, da ideologia e da cultura relevante, consistentes na cultura jurídica e sócio-política adquirida e trabalhada (por exemplo nas regras e nas avaliações que são referidas às regras legais ou que se encontram assentes na ideologia aceite sobre a aplicação do direito); e

iv. em factores de cariz biográfico e pessoal que marcam a individualidade psicológica e as atitudes avaliativas dos juízes.

Nesta observação sobre a fundamentação (justificação) das decisões judiciais são evidenciadas as características típicas destas, em torno das notas de complexidade, variabilidade, flexibilidade e autonomia, sendo que se têm votado ao fracasso as abordagens que pretendem interpretar a argumentação judicial de acordo com regras lógicas ou em torno de determinados modelos exactos.

Assim, a complexidade do processo de tomada de decisão judicial influencia a estrutura e o conteúdo das opiniões que vão justificar essa decisão. Quando a decisão é complexa, o juiz, porque tem em vista obter um juízo final sobre o caso em apreço, terá de realizar várias séries de complicadas escolhas em torno de várias alternativas e respeitantes a vários assuntos de direito e de facto, o que tem por consequência que a justificação de cada decisão se torna algo complexa. A opinião do juiz terá, então, de se desdobrar num complexo conjunto de argumentos que justificam as escolhas assumidas acerca de cada um dos assuntos

²⁸⁷ Sobre a importância da elucidação sobre a realidade factual e também da correspondente dimensão argumentativa que está ínsita à decisão judicial e ao tratamento das questões envolventes, cfr. Wróblewski, Jerzy (1992), pp. 324; Ortega, Manuel Segura (1995), pp. 161-162; Atienza, Manuel (2007), pp. 1-2 e 203-207; e Andrés Ibáñez, Perfecto (1994), pp. 862-863 e 865-870.

de facto e de direito relevantes. Se a decisão pode ser assumida como um conjunto de veredictos, cada um deles expressará a solução a uma das matérias consideradas relevantes pelo juiz, então a justificação apresentada pode ser entendida como um conjunto de argumentos em que cada um ou mais argumentos dizem respeito a essa conclusão ou mais conclusões. Podendo, em face desse conjunto completo de argumentos, cuidar-se da relação estabelecida entre esses vários argumentos, segundo critérios de completude, de consistência, de suficiência ou adequação ou, por último, de coerência²⁸⁹.

A questão suscitada pela teoria empírica da decisão também favorece algumas conclusões tendentes a elucidar o modo como o juiz lida com os diversos problemas e como ele reproduz e resolve a inerente complexidade do modo considerado mais adequado. Numa interdependência entre o que é o nível material ou de conteúdo da decisão e o nível de organização da decisão (metanível), pois a forma como esse decisor jurídico define o problema, no seu grau de dificuldade e complexidade, implicará os esforços que ele despenderá nessa operação. “Ele adapta o seu nível de exigência à complexidade de aplicação que ele entende ser necessária. Ao mesmo tempo, quem decide dimensiona, desse modo, também a moldura de tratamento e solução dentro do qual ele procurará informações, alternativas, suportando e resolvendo tensões, etc.”²⁹⁰.

Esta decisão de cariz complexo, segundo André-Jean Arnaud, pode obedecer à conjugação de três operações de índole sistemática, consistindo elas na construção dos problemas (nível de levantamento dos problemas), na sua projecção sob a forma de um plano (concepção dos planos de acção) e, por último, na selecção da boa decisão (tomada de decisão), isto é na decisão que prossiga no sentido da solução considerada mais satisfatória²⁹¹. Tais níveis diferenciados, apesar de habitualmente confundidos, são destacáveis no plano teórico e no plano da sua implementação pelos actores que podem ser os mesmos nos diversos níveis da decisão. A conjugação desses três sub-sistemas que funcionam de maneira autónoma é uma condição necessária da produção da decisão complexa, assim como a recursividade entre esses vários níveis.

²⁸⁸ Assim de novo, Wróblewski, Jerzy (1992), pp. 324-325.

²⁸⁹ Sobre esta complexidade de procedimentos e argumentação na tomada de decisão jurisdicional, Taruffo, Michelle (1998), pp. 314-315.

²⁹⁰ Cfr. Schneider, Jochen; e Schrot, Ulrich (2002), pp. 543. Referindo estes mesmos autores que “uma tal interdependência entre a metadecisão (e também a metadimensão final) e o conteúdo da decisão é muito conhecida, sobretudo na sociologia da justiça” – op. e loc. cit..

²⁹¹ Sendo que esse três níveis irão formar, na sua conjugação, o sistema global de decisão complexa, segundo o modelo de decisão complexa em direito, que supera o simples e a simplicidade enquanto paradigma racional e sistemático moderno e promove a complexidade enquanto explicação mais adequada do real – cfr. Le Moigne, Jean-Louis; e Arnaud, André-Jean (1993), pp. 168-169; e Arnaud, André-Jean (1996), pp. 10-21.

Este esquema de decisão complexa é particularmente impressionante para perceber o mecanismo de recursividade ou reversibilidade no esquema mais global de realização do direito (produção e aplicação)²⁹², inserindo-se o acto decisório do juiz e a intervenção dos tribunais como último elo ou vértice de uma cadeia de decisões (que vão da política legislativa à decisão do tribunal), que implicam um esquema sistémico em que a informação e a organização actuam em reciprocidade e implicam, numa relação triangular, o conteúdo e a forma da decisão²⁹³.

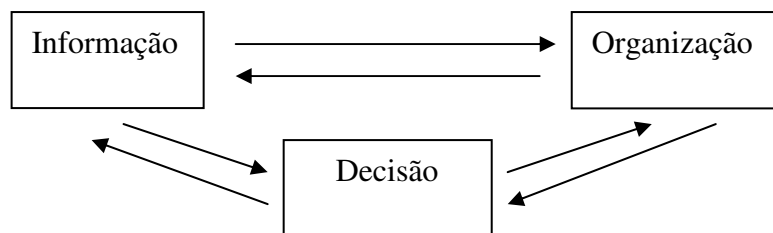


Figura 1 – Modelo da decisão complexa no campo jurídico

Fonte: André-Jean Arnaud, 1996, "Modélisation de la décision complexe en droit. Quelques pistes de recherche", in *Les Cahiers du CIRESS*, Nouvelle série, n.º 2, décembre 1996, pp. 11.

²⁹² Particularmente relevante para suscitar, neste ponto, a sua conexão essencial do cariz sistemático, organizativo e reflexivo do sistema judicial e também, por aí, do modo de realização jurisdicional do direito, ligando estes temas com a concepção do direito que melhor compatibilize estas dimensões do jurídico e possa albergar as exigências sociais sobre o funcionamento do direito e o próprio governo da comunidade social. Salientando-se, também assim, a reversibilidade da operação de aplicação do direito que decorre da própria reflexibilidade do juízo normativo pelo qual um grupo social tenta agir sobre ele próprio a fim de regular os seus comportamentos e na atenção à própria génese produtiva do direito, – assim, Lenoble, Jacques (2007), pp. 23-62.

²⁹³ Assim, Arnaud, André-Jean (1996), a pp. 12, culminando as reflexões anteriores, e assumindo os critérios de modelização da decisão complexa (união e abertura sistémicas, recursividade transformacional e perspectiva teleológica).

Capítulo 4. A realização do direito e as suas condicionantes

a. O carácter multifactorial da dinâmica de tomada da decisão judicial

Aquilo que se entendeu como o processo de tomada da decisão pelo juiz, enquanto aplicação ou realização jurisdicional do direito, e que tem por finalidade, na sua concepção mais simples, encontrar o *sentido* de uma determinada norma na sua adequação a uma situação fáctica²⁹⁴, enquadra-se numa estrutura de patente complexidade²⁹⁵ e com inúmeras dimensões, não surpreendendo que a própria dinâmica desse processo esteja dependente de inúmeros factores e condicionamentos. Factores e condicionamentos que dizem respeito tanto ao ambiente em que a jurisdição se insere, como também aos factores e condicionamentos concernentes ao próprio processo de tomada ou proferimento das decisões jurisdicionais nas múltiplas dimensões e escalas em que se organiza o próprio sistema judicial.

A realização do direito, tal como elucidado anteriormente, encontra-se determinada pelo seu carácter institucional, pelos sujeitos competentes para levar a cabo essa tarefa, pela sua finalidade, pelas suas consequências e pelo seu carácter de definitividade. E, também, como tivemos ocasião de adiantar, a justiça, tanto enquanto poder como enquanto saber²⁹⁶, realiza-se através de uma organização.

Enquanto fruto desse *saber*, o direito realiza-se sempre numa estrutura comunicativa (sistema organizado), justamente entre esse mesmo *saber* e o *poder*, estrutura comunicativa essa que é sujeita a condições de cariz diverso, e de muita instrumentalidade, tanto no plano normativo como no plano fáctico, que é importante decifrar: formas processuais e regimentais; rede de tribunais; organização, administração e gestão de tribunais; estatutos profissionais; redes de comunicação e informação; recursos humanos, etc. etc...

Mediante a argumentação e a fundamentação a actividade judicial justifica-se racionalmente enquanto saber, mas essa actividade é também dotada de autoridade que se legitima nesse saber e também nessa estrutura organizatória político-social. Como escreve Aulis Aarnio, “do ponto de vista social a actividade judicial é exercício de poder. O papel do

²⁹⁴ Seja dirimindo conflitos jurisdicionais entre os litigantes, seja constituindo e discernindo novas ou pretéritas situações jurídicas, apreciando o direito na situação de facto, que também se apurou em julgamento, e decretando dessa base uma determinação jurisdicional que se sobrepõe, com a sua autoridade, à vontade dos litigantes e de terceiros, incluindo aqui o Estado enquanto ente jurídico, naquilo que se entende como o cerne da função jurisdicional. Uma caracterização que adiantámos a propósito do sentido da realização jurisdicional do direito.

²⁹⁵ Vejam-se as referências contidas no capítulo precedente e, ainda, Ortega, Manuel Segura (1995), pp. 161-162. Segundo este autor o processo de interpretação e aplicação do direito faz descobrir um processo deveras complexo em que incidem uma multitude de factores que não estão explicitados nas normas jurídicas.

²⁹⁶ Relembrem-se aqui as notas fundamentais de Michel Foucault sobre o direito – assim, Foucault, Michel. (2004), pp. 423-476.

direito consiste em basear as decisões tomadas nesse procedimento de exercício de poder. É justamente aqui que reside o problema. O direito não é somente um bom conselho que o intérprete (por exemplo, o juiz) pode seguir ou ignorar na base do seu próprio juízo. É a base dotada de autoridade para a decisão”²⁹⁷.

Essa estrutura comunicativa é, no domínio da realização jurisdicional do direito, dessa forma, muito influenciada pela dinâmica do correspondente processo decisional, dos procedimentos consagrados pela prática ou disciplinados pela lei aplicável e pela actuação conjugada de outros factores organizativos próprios do tribunal e da actividade jurisdicional. É influenciada fortemente pelo conteúdo normativo-legal que legitima a intervenção judiciária e edifica a sua organização, mas também é determinada, com não menos intensidade, pela vertente da cultura organizativa e administrativa, pela profissionalização da função judiciária e pela estruturação dos meios e dos instrumentos materiais que garantem a actividade judiciária.

Pode-se dizer que existe, dessa forma, uma interdependência entre a estrutura organizacional e programática e a pretendida racionalidade do acto de decisão.

Não temos qualquer tipo de dúvidas de que a lei, a doutrina, o costume e a jurisprudência, seja esta última imbuída ou não de cariz uniformizador, se estabelecem, no seu todo, como factores maximizados para a determinação dos conteúdos ou resultados da tarefa jurisdicional. Isto porque se assume que a tarefa judicativa tem uma índole intrinsecamente jurídica, que faz sempre referência ao papel fundamental de cada uma das fontes determinantes do conteúdo material da decisão judicial de realização do direito.

Esse fundamento normativo-jurídico das decisões judiciais concretiza-se sempre num plano de preferência próprio a cada um dos sistemas jurídicos em presença e condiz, também assim, com o nível diferenciado das práticas existentes em cada um desses sistemas. Tal distinção ainda permanece com muito sentido em pontos fundamentais da cultura jurídica (e das práticas) em que se insere cada uma das experiências nacionais, dissemo-lo atrás, não constituindo obstáculo a essa conclusão a percepção do fenómeno paulatino de aproximação dos sistemas jurídicos dos países da *civil law* e da *common law*.

²⁹⁷ Cfr. Aarnio, Aulis (1991), pp. 14. Os sujeitos que realizam jurisdicionalmente o direito encontram-se instituídos num poder de interpretar e aplicar o direito, de administrar a justiça ou exercer o poder judicial.

A actividade do aplicador do direito, do juiz concreto que se afasta de qualquer ideal hercúleo²⁹⁸, é, todavia, a actividade de alguém que se insere num contexto institucional²⁹⁹ e que se encontra envolvido num verdadeiro sistema³⁰⁰. Dissemo-lo antes e voltamos a repeti-lo agora: as decisões judiciais inserem-se num processo institucionalizado de discussão e o direito surge aí, também, como um facto institucional.

Nessa situação o juiz encontra-se condicionado também pelos factores da organização e gestão da justiça, que a prática judiciária ilustra todos os dias e que os intervenientes processuais tão bem conhecem. E estes factores, quanto a nós, fazem-se sentir cada vez mais e são mais patentes e influentes, como se torna evidente pela prática judiciária diária, nos ambientes de litigância massificada e complexa.

Qualquer explicação do papel desempenhado desse Hércules ou Hermes, figura de um juiz escolhido entre os homens para julgar os outros homens, redundará sempre curta se não se tomar em conta estes constrangimentos radicais³⁰¹. Ou seja, nunca poderemos saber o que é razoável esperar da instituição judiciária até se compreender quais são razoavelmente as possibilidades desta última, o que implica conhecer devidamente as forças que conformam o proferimento das decisões judiciais³⁰².

O comportamento e as atitudes judiciais, as características pessoais, psicológicas e estratégicas, os factores institucionais e organizativos, mas também os textos legais, a

²⁹⁸ Invocando aqui a imagem de Dworkin do juiz “hercúleo”. Imagem adequada, para este autor, para a estrutura complexa da interpretação, na figuração de um julgador que consiga aceitar o direito na sua integridade, sobretudo no deslinde dos casos difíceis (*hard cases*) – “I must try to exhibit that complex structure of legal interpretation, and I shall use that purpose an imaginary judge of superhuman intellectual power and patience who accepts law as integrity. Call him Hercules” - cfr. Dworkin, Ronald (1998), pp. 234 (consulte-se também pp. 354). Mais recentemente Dworkin procede à explanação desta visão ambiciosa do juiz, enquanto julgador-decisor heróico e talentoso que possa corresponder ao sentido e à ambição de uma reflexão teórica que parte da integridade dos princípios jurídicos embutidos (*the embedded view*) na prática judiciária – assim, Dworkin, Ronald (2006), pp. 51-74. Também François Ost faz uso das figuras mitológicas clássicas para afirmar os vários modelos jurisdicionais, em torno das personagens de Júpiter, Hércules e Hermes – assim, Ost, François (1993).

²⁹⁹ Sendo difícil definir com precisão as esferas de autonomia e de constrangimento do juiz enquanto decisor integrado e actuante em determinados contextos – o contexto subjectivo do decisor enquanto juiz, mas também o contexto do caso e o contexto dos tribunais – cfr. Friedman, Barry (2005), pp. 331. As decisões judiciais, repetem-se, inserem-se num processo institucionalizado de discussão – dificilmente se encontrará uma realidade, como a judiciária, tão densamente envolvida neste arranjo institucional - o que inclui a estrutura organizativa e de processo, os competentes sujeitos, as suas finalidades, as suas consequências e a sua definitividade – vd. Frydman, Benoît (2005), pp. 659-661, e Sesma, Victoria Iturralde (2003) pp. 31.

³⁰⁰ Circunstância bastante afirmada neste trabalho, mas que não se deixa de avivar, agora, também segundo a visão mais normativista ou positivista de Hart, segundo o qual o direito se enquadra como um *compositum*, diferenciando-se pela sua dupla característica institucional e sistémica – cfr. Hart, Herbert L. A. (1986), pp. 101-135, e (2000), pp. 32-37. Verificar esta leitura do pensamento de Hart em Tamayo y Salmorán, Rolando (2000), pp. xxiii-xxiv.

³⁰¹ Enquanto radicados na natureza estrutural das coisas, na condição “inata” a que se encontra sujeita a justiça enquanto instituição. Barry Friedman alude a “hard-wired constraints” ao tratar do alcance destes constrangimentos – cfr. Friedman, Barry (2005), pp. 261.

doutrina e os princípios, as directivas de interpretação e aplicação do direito, sem esquecer a pré-compreensão e a sensibilidade jurídica, e, mais ainda, o formato e a composição do tribunal, as regras processuais e procedimentais, as circunstâncias processuais e factuais do caso, os mecanismos de investigação e prova disponíveis, os métodos e os padrões utilizados para a decisão dos casos, todos essas condicionantes a ser incluídos no processo de produção decisional (de cariz multifactorial) e com maior ou menor extensão de influência nas escolhas judiciais em conformidade com os respectivos contextos. Num modelo que terá em conta o ambiente (condicionamentos externos) mas também a estruturação interna do processo de decisão judicial, também com os seus condicionamentos³⁰³.

Vamos prosseguir com o enunciado desses factores, influências e condicionamentos respeitantes à decisão judicial, caminhando em círculos concêntricos, portanto alguns mais abrangentes do que outros³⁰⁴, pretendendo conjugar, por essa via, as peças soltas de um complicado *puzzle*. Factores que dizem respeito ao sistema, ao sujeito ou ao jurídico, tendo todos eles enquanto pressupostos da realização jurisdicional do direito.

O que vem possibilitar, nessa abrangência, saber qual o contributo de cada uma das abordagens disciplinares, acima identificadas, para o desenvolvimento da actividade judicial segundo o ponto de vista da sua organização, isto é da estruturação e organização do sistema judicial.

b. A descoberta do valor dos factores organizativos no universo da decisão jurisdicional de realização do direito

Nessa rede multifactorial de condicionamentos³⁰⁵, podemos encontrar, desde logo, alguns factores de motivação do juiz, que compreendem incentivos diversos como o nível salarial, a estabilidade profissional (vitalicidade), o prestígio profissional, o lazer ou mesmo a

³⁰² Veja-se esta reflexão em Friedman, Barry, op. cit., pp. 261-264 e 330-331.

³⁰³ Assim, Posner, Richard (2008), pp. 125-203. Consulte-se, também, sobre esta amplitude ou compreensibilidade dos factores que influenciam os modos pelos quais as decisões judiciais são tomadas, Taruffo, Michelle (1998), pp. 311; Schneider, Jochen, e Schrot, Ulrich (2002), pp. 530-545, e Thomas, E. W. (2005), pp. 241-269. Neste última referência o autor faz alusão a que muitos desses constrangimentos de cariz institucional dizem respeito ao plano de responsabilização e disciplina do próprio judiciário, tendo por motivação política fundamental afastar o espectro do “juiz errático e aberrante” – assim, Thomas, E. W. (2005), pp. 241.

³⁰⁴ Desde o plano macro ao plano micro, na definição das várias magnitudes de funcionamento da actividade dos tribunais, mas sem que se faça coincidir a ordem dos factores de índole organizativa apresentados com a sua importância na plano do proferimento e do sentido das decisões jurisdicionais.

³⁰⁵ Para uma ponderação dos factores motivantes e dos constrangimentos à actividade jurisdicional, com vista à construção de um judiciário optimizado em termos de independência e *accountability*, consulte-se Burbank, Stephen B.; e Friedman, Barry (2002), pp. 22-39. Segue-se, no texto, uma estrutura similar de análise: as utilidades da função judicial, a promoção e a manutenção do cargo, a influência social e comunitária, o ambiente jurisdicional, o volume processual, a advocacia como grupo de pressão, a comunidade dos juizes, as relações

promoção profissional. Os quais se podem encarar, num cálculo das utilidades da função judicial, como referências daquelas dimensões que os juízes maximizam na sua actividade profissional, sendo, de facto, por elas motivados³⁰⁶.

Parece poder defender-se, aqui, que a questão salarial dos juízes não pode ser desintegrada das outras dimensões dos “benefícios” ou “compensações” judiciais, tal como agora apontadas, devendo partir-se daí para encontrar os fundamentos teóricos e empíricos para determinar o nível óptimo de remuneração judicial³⁰⁷, ou, genericamente, os incentivos da carreira judicial³⁰⁸. Daí a posição dos que, mais recentemente, defendem que os benefícios judiciais devam ser configurados, o máximo possível, para incentivar os juízes a desempenhar o seu ofício no interesse público e para atrair os mais qualificados para a função judicial (dentro da tipologia comportamental da “oferta profissional” do *workaholic*, do *good judge*, do *status seeking* e do *leisure seeker*)³⁰⁹. Segundo estes a subida dos salários deve estar enquadrada pela qualidade e sofisticação do processo de recrutamento, nomeação e avaliação para produzir aumento do desempenho, tanto quantitativo como qualitativo, sendo que os juízes devem ser retribuídos o suficiente para a sua total compensação – pecuniária e não pecuniária – conseguir igualar o seu “valor social” (o benefício social marginal deve ser igual ao custo marginal)³¹⁰. Relembrem-se, no entanto, num enunciado precursor da independência financeira do judiciário, as avisadas palavras de Alexander Hamilton, no seu *Federalist*, a propósito da questão particular da remuneração dos juízes: “No curso geral da natureza humana, um poder sobre a subsistência de um homem equivale a um poder sobre a sua vontade. E nunca podemos esperar ver realizada na prática a completa separação dos poderes judicial e legislativo em qualquer sistema que deixe o primeiro dependente, no que toca a recursos pecuniários, das subvenções ocasionais do último”³¹¹.

estabelecidas com os juízes dos tribunais superiores e os colegas do mesmo nível hierárquico e as relações estabelecidas com os outros actores forenses e o público.

³⁰⁶ Incentivos devidamente salientados pela análise económica da justiça e pela teoria da escolha pública, conexonados com a estabilidade e o “bem-estar” profissional ou com a subsistência ou a economia pessoal e familiar – numa análise dos custos e benefícios de uma relação de agência, considere-se Posner, Richard (2008), pp. 125-173.

³⁰⁷ Cfr. Garoupa, Nuno, e Ginsburg, Tom (2007), pp. 15-16.

³⁰⁸ Assim, Schneider, Martin R. (2005).

³⁰⁹ Cfr. Choi, Stephen J., Gulati, G. Mitu, e Posner, Eric A. (2007), pp. 3-8 e 54-55.

³¹⁰ Assim, Choi, Stephen J., Gulati, G. Mitu, e Posner, Eric A. (2007), pp. 3-8.

³¹¹ Cfr. Hamilton, Alexander (2003), pp. 483. A propósito da questão da subsistência e existindo aqui um sistema remuneratório público, nada mais fácil, para induzir um espírito de “funcionário do Estado”, do que introduzir um sistema “de alinhamento dos vencimentos com os da função pública, assim como a garantia de emprego, o regime de segurança social, de reforma, o regime disciplinar, a existência de uma hierarquia que avalia e promove na carreira: este conjunto de medidas suscita um espírito muito próximo daquele dos funcionários”, dizia, em 1777, Arnaud, André-Jean (1977), pp. 172-173.

Em segunda linha, mas em que se admite serem aqui factores de relevo, podem ser escrutinados alguns condicionamentos ligados com o ambiente que constrange directamente a actividade jurisdicional, traduzido no nível e composição de trabalho a cargo dos juízes. Existe uma óbvia e atestável causalidade sucessiva entre as forças ambientais coincidentes com as matrizes da política económica e da demografia, que geram a procura judicial e a litigância processual, a qual, por seu turno, por via do seu volume e da complexidade dos casos, afecta a organização dos tribunais, sem que existam dúvidas sobre o facto dessa organização mas também a carga processual virem a afectar, por sua vez, a tomada de decisão jurisdicional³¹². Sendo que a procura judicial gerada pelas dinâmicas do perfil ambiental do tribunal, na devida conjugação com a complexidade da estrutura da tarefa e com os recursos postos à disposição daquele mesmo tribunal, conforma, de algum modo, o volume e a qualidade dos resultados jurisdicionais (decisões jurisdicionais que resolvem os casos pendentes ou *outputs*³¹³).

O que pode ser ilustrado pelo modelo descritivo de Wolf Heydebrand e Carrol Seron, utilizado por estes autores para apontar as dimensões básicas de análise dos tribunais distritais federais norte-americanos:

³¹² É uma das teses centrais da obra Wolf Heydebrand e Carroll Seron, que procede a uma abordagem empírica da história dos tribunais federais norte-americanos, examinando a tensão existente entre o ambiente que condiciona a procura jurisdicional, e, pela via da quantidade e complexidade da litigância, também a própria decisão jurisdicional e a administração dos tribunais, com a emergência de novas fórmulas de organização dos tribunais – assim, Heydebrand, Wolf; e Seron, Carroll (1990). Consulte-se, do mesmo modo, o modelo analítico da jurisdição que parte da sua aferição territorial e organizativa, proposto pelos mesmos autores a propósito do tópico da territorialização da justiça.

³¹³ Serão características desse produto do sistema judicial, o volume, a qualidade, a prontidão e a produtividade das decisões jurisdicionais.

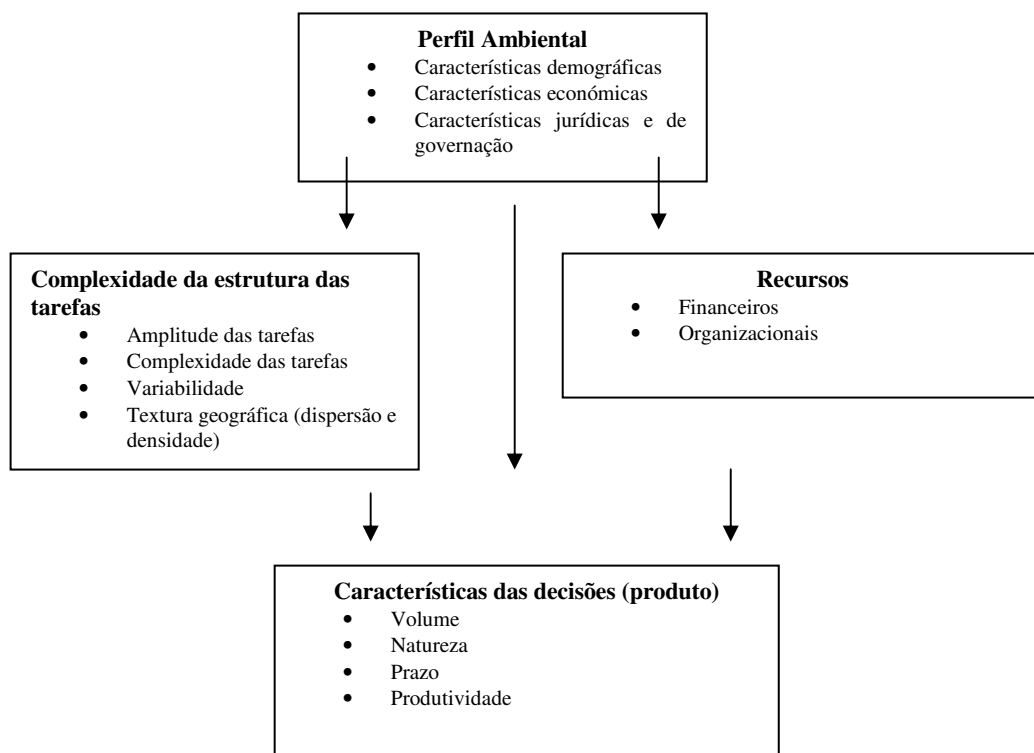
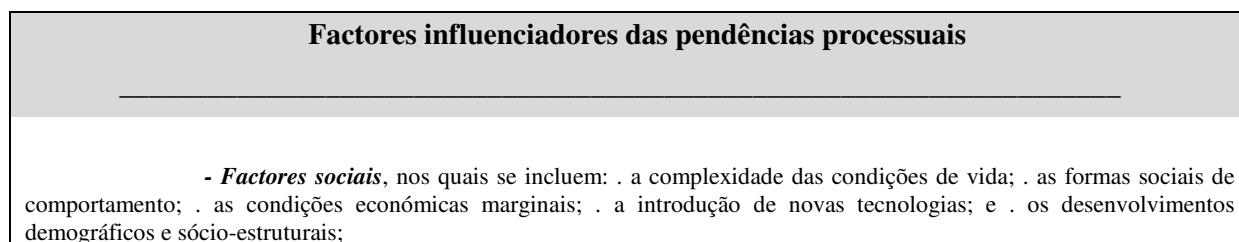


Figura 2 – Estrutura social dos tribunais no modelo de Wolf Heidebrand e Carrol Seron

Fonte: Wolf Heydebrand e Carroll Seron, 1990, *Rationalizing Justice – The Political Economy of Federal District Courts*, New York: State University of New York Press, pp. 3-10.

Dentro destas características aqui enunciadas são concerteza de reter os factores de índole económico, social e jurídico-institucional que podem vir a condicionar as pendências processuais, portanto o nível de procura jurisdicional, a integrar neste modelo de estrutura social dos tribunais atrás indicado. O perfil ambiental molda, efectivamente, o volume, as variáveis ou a complexidade da carga de trabalho (volume de trabalho)³¹⁴ e, também, as características das decisões.

Assim, segundo Johannes Stock, que produziu um estudo visando encontrar os condicionalismos que influenciam as pendências processuais e, portanto, capaz de prever as inflexões da litigância³¹⁵, tais factores poderão ser elencados nas seguintes categorias:



³¹⁴ Seron, Carroll (1990), pp. 453-454.

³¹⁵ Estudo descrito por Héctor Fix-Fierro na referência Fix-Fierro, Héctor (2003), a pp. 94.

- **Factores do sistema jurídico**, nos quais se contemplam: . os custos legais; . a atractividade dos tribunais enquanto instituições de resolução de disputas; e . a certeza e a aceitação do direito; e, por último, os

- **Factores respeitantes ao nível de “filtragem” dos casos**, nos quais se contabilizam: . o comportamento face aos assuntos jurídicos; . o aconselhamento de contencioso na fase prévia ao tribunal; . a influência dos seguros jurídicos; . a influência das formas extra-judiciais de resolução das disputas; e . o comportamento da advocacia.

Quadro 2 – Factores influenciadores das pendências processuais

Fonte: Johannes Stock, “Der Geschäftsanfall der Zivilgerichte und die Filterwirkung außergerichtlicher Konfliktbearbeitung”, in Walther Gottwald and Dieter Stempel (eds.) *Streitschlichtung, Rechtsvergleichende Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung*, Köln: Bundesanzeiger, pp. 117 e ss..

Entre os recursos ao dispor dos tribunais, avulta o número de juízes colocados (efectivos ou auxiliares) e a estrutura dos vários lugares de exercício da função jurisdicional (número de secções, juízos ou varas), bem como a existência ou não de assessorias ou secretariado de apoio ao trabalho dos juízes. No cenário dos tribunais norte-americanos, por exemplo, o crescente recurso à utilização de “law clerks” tem sido justificado com o aumento da litigância e das pendências processuais, sendo genericamente vistos como um factor de aumento da produtividade judicial, não obstante o problema da sobre-utilização da delegação de competências por parte dos juízes nestes assessores jurídicos³¹⁶.

A distribuição geográfica e especializada da oferta judiciária, resultante da definição e estruturação de uma determinada rede de competência dos tribunais, implica, por seu turno, a ordenação e a distribuição processual dos litígios e casos pelos vários sectores ou polos de decisão jurisdicional, segundo as regras processuais e de atribuição de competência aplicáveis, mais ou menos flexíveis ou conformáveis com as ideias de gestão e administração dos tribunais e dos processos e com a salvaguarda das descritas garantias procedimentais. Tal distribuição dos processos que se tem como um momento essencial para obter ganhos de eficiência e qualidade no produto e nos resultados do sistema judicial, vai implicar uma determinada dimensão processual para julgar a cargo de cada tribunal e de cada juiz.

Essa ponderação do trabalho jurisdicional convocado em termos de procura, traduzido na carga processual (quantidade) e também na composição dessa tarefa (qualidade), pode

³¹⁶ Entre esses recursos avulta o número de juízes colocados (efectivos ou auxiliares) e a estrutura dos vários lugares de exercício da função jurisdicional (número de secções, juízos ou varas), bem como a existência ou não de assessorias ou secretariado de apoio ao trabalho dos juízes. No cenário dos tribunais norte-americanos, v.g., o crescente recurso à utilização de “law clerks” encontra-se ligada ao aumento da litigância e das pendências processuais, sendo genericamente vistos como um factor de aumento da produtividade judicial, não obstante o problema da sobre-utilização da delegação de competências por parte dos juízes nestes assessores jurídicos – cfr. Choi, Stephen J.; Gulati, G. Mitu, e Posner, Eric A. (2007), pp. 31-32. Sobre a análise das estruturas sociais e das

afectar a decisão jurisdicional em dois sentidos: num primeiro sentido trata-se de obter um padrão razoável dos casos ou processos – em que quantidade e em que tempo - que um juiz ou o tribunal possa apreciar e julgar devidamente³¹⁷; enquanto, num outro sentido, tendo em conta a composição dos casos a decidir, se poderá aferir ou não dos méritos de uma especialização da orgânica ou da distribuição processual, ou dos seus efeitos perniciosos, designadamente por induzir factores de rotina, cristalização, fechamento e trivialização nas práticas decisórias³¹⁸.

Assim, a pressão do volume de trabalho sugere, face à resposta que se espera de um actor que implementa estratégias mais ou menos diferenciadas de racionalização e maximização das suas utilidades, que o juiz venha a reagir em vários sentidos para alterar o número de casos que tenha para apreciar. Fazendo designadamente um uso mais racional do seu tempo disponível, aumentando o seu tempo de disponibilidade para o exercício das suas funções, diminuindo o grau de profundidade e análise do seu trabalho, restringindo o nível de fundamentação ou a amplitude do discurso decisório, de forma a incrementar o número de saídas das suas decisões³¹⁹.

conexões profissionais e sociais retiradas dos fluxos do mercado dos “law clerks”, consulte-se Katz, Martin Daniel; e Stafford, Derek K. (2008).

³¹⁷ Tratamos aqui de aspectos essenciais para o funcionamento do sistema judicial no seu todo, e, por outro lado, de um assunto de extrema dificuldade técnica, gestonária e política. Estamos a falar, justamente, da instituição das designadas “cargas processuais” e da consagração de tempos ou prazos médios de demora processual. A aferição das chamadas “cargas de trabalho” ou “contingentes processuais” encontra-se por fazer, no nosso espaço nacional, num estudo integrado, completo e que possa lançar as bases de um instrumento dinâmico de leitura e monitorização do sistema judicial no seu todo, no que respeita ao seu desempenho, mas também que constitua uma ferramenta de gestão do trabalho e de avaliação do desempenho de cada um dos núcleos jurisdicionais em causa, incluindo aqui todos os seus actores. Poderiam ser salientadas, aqui, algumas referências básicas sobre a metodologia de aferição da carga ou volume processual adequado à tarefa jurisdicional, e das suas valências, bem como conhecidos e divulgados os modelos instituídos nos Estados Unidos, em Espanha e até em França. O mesmo se pode dizer relativamente aos tempos ou prazos médios de duração dos processos, com apelo à sua optimização e previsibilidade na resolução dos casos judiciais.

³¹⁸ Cfr. Legomsky, Stephen H. (1990), pp. 18-22; Posner, Richard (1999), pp. 254-265, e Fix-Fierro, Héctor (2003), pp. 213-215. Owen Fiss fala, a propósito do fenómeno que apelida de “burocratização da jurisdição”, que a criação de tribunais especializados suscita interrogações pertinentes acerca do valor de uma perspectiva geral e não especializada dos assuntos jurídicos, aliás em conformidade com o movimento que agora se assiste, no mundo académico, da análise pluridisciplinar dos problemas jurídicos. Assim, a especialização dos tribunais só deveria fazer sentido nas áreas em que a visão do generalista - mais fresca, menos fragmentada e menos exposta aos grupos de interesses - apresentasse mais desvantagens do que as vantagens retiradas da especialização (isto é, nos chamados casos de “especialização extrema”). É que a especialização imponderada surge sempre como uma agravante da fragmentação da experiência humana que é consubstancial à ideia de causa judicial e ao seu julgamento - assim, Fiss, Owen (2007), pp. 111-112 e 122-123. Consulte-se, também, Arnaud, André-Jean (1977), pp. 177.

³¹⁹ Pode ser salientado, a propósito das referidas medidas de contingência processual e de aferição do desempenho, que a consagração destas medidas empíricas não está isenta de críticas, nomeadamente pelos seus eventuais reflexos organizacionais nefastos na actividade jurisdicional – v.g. selecção estratégica de processos, gestão táctica dos tempos e das tarefas de preparação dos actos processuais, avaliação oportunista dos recursos investidos em preparação de decisões anteriores ou padronização artificial das decisões e dos casos em apreço -

Num artigo de abordagem sobre uma pesquisa do “Federal Courts Study Committee” em torno dos efeitos do volume processual nos hábitos de trabalho e nas vidas dos juízes federais norte-americanos, Lauren K. Robel retira, das opiniões recolhidas, que essa sobrecarga processual tem um significativo efeito negativo na satisfação que os juízes poderiam retirar do seu trabalho e na capacidade de decidir os casos de acordo com aquilo que os mesmos acreditam que constituiriam os padrões apropriados³²⁰. Relata, ainda, que essa pressão gera um nível elevado de *stress*, de frustração e uma diminuição do sentimento de gratificação com a função e com as tarefas correspondentes, bem como ainda faz erodir a motivação que resultaria da percepção de se encontrarem envolvidos num processo que produz resultados. Tal situação não deixa de redundar, como afere naturalmente o mesmo autor, na melhor das hipóteses, em comportamentos adaptativos a essa situação de volume processual considerado excessivo, por vezes enquanto mero efeito de um sentido natural de sobrevivência, através da implementação de inovações processuais ou mesmo por via do racionamento dos casos a julgar, designadamente com a delegação de competências nos seus adjuntos judiciais, ou, mesmo, conferindo uma ênfase reforçada aos acordos ou aos meios alternativos de composição dos litígios.

No que respeita ao tipo e espécies de casos que entram nos contingentes processuais a cargo de cada um dos juízes, não podemos deixar de concluir que o universo judicial é muito feito, também, de aspectos triviais e rotineiros (quase mecânicos), em grande parte fruto da evolução dos caracterizados fenómenos de litigância e da manifestação dos mercados judiciários, os quais geram os constrangimentos inerentes à massificação.

Repare-se que os factores condicionantes mais próximos e integrantes da função jurisdicional, mesmo ao nível dos seus actos materiais, podem implicar, de um modo mais imediato, a inevitabilidade do que é ou não possível apurar e decidir em tribunal. Assim, os condicionamentos directos da tarefa de apuramento dos factos, de selecção e interpretação das normas jurídicas, ou mesmo da elaboração e redacção das decisões (despachos, sentenças ou

podendo a qualidade das decisões judiciais ser sacrificada em prol do incremento da produtividade, ou mesmo por via da instauração de um clima de competição ou “torneio” entre os juízes.

³²⁰ Assim, Robel, Laure K. (1990), pp. 3-6; consulte-se, também, Choi, Stephen J.; e Gulati, G. Mitu (2005), pp. 1088-1089. Sobre o impacto do aumento da carga processual no tratamento dos casos pelo Supremo Tribunal Federal norte-americano, veja-se Easterbrook, Frank H. (1982), sobretudo ao nível da fragmentação da estrutura do discurso decisório e da sua inconsistência, o que retiraria o fundamento institucional aos críticos dessas decisões. Não obstante, o referido comportamento adaptativo funcionar de acordo com as coordenadas próprias de cada sistema jurídico-processual, a verdade é que o tipo de fenómeno é generalizável e observável em qualquer ordem judicial. Do ponto de vista patológico, não custará muito a perceber que estes factores provocam impressivamente, desmotivação e frustração nos juízes, face à sua actividade e, por essa via, também face à profissão escolhida.

acórdãos), afirmam-se no peso da sua dependência face aos meios de suporte ou de auxílio àquelas tarefas jurisdicionais – meios humanos e organizativos, aconselhamento científico e técnico, suporte tecnológico e estrutural, sistemas de informação e comunicação, redes de comunicação e informação -, que são pontos vitais em casos, situações ou jurisdições de maior complexidade ou de litigância massificada. Basta pensar nos problemas de maior dificuldade técnica, que implicam um maior esforço temporal ou de reflexão ou que exigem uma maior agilidade e resistência nos meandros das regras de garantia procedimental para confirmar estas conclusões. Pense-se, por exemplo, no tratamento de grande volume de pendências processuais em atraso, no escrutínio e ponderação do conteúdo das intercepções de telecomunicações ou electrónicas (e de outras formas *ocultas* de produção e obtenção de prova)³²¹, na escolha e estratégia de execução dos meios de prova, com perícias de cariz multidisciplinar, no desenrolar de julgamentos com grande número de intervenientes, incidentes e diligências probatórias, ou, por último, na resolução de um somatório elevado de incidentes e nulidades processuais.

Depois, a questão da especialização dos tribunais introduz outras cambiantes na actividade jurisdicional, necessariamente condicionantes da decisão judicial, que estão para além destes factores ligados com a carga e a distribuição processuais. A especialização dos tribunais pode, face a elementos que precisaríamos de desenvolver com maior amplitude, potenciar a eficiência da intervenção jurisdicional, gerando ganhos na actividade jurisdicional especializada, mas também pode redundar, pela sua utilização imponderada e generalizada, em impressionantes problemas negativos. Desde logo pela sua desadequação com as exigências da procura jurisdicional, da litigância pendente e de uma estrutura mais qualificada da oferta jurisdicional disponível.

Certo é que esta actuação mais ou menos racional ou mais ou menos condicionada do juiz, o que envolve também outras ponderações de cariz emocional e simbólico, terá de ser necessariamente compatibilizada com um esquema de gestão e administração das tarefas jurisdicionais, tanto por via da consagração de mecanismos de integração sistemática de administração dos tribunais, do nível macro para o micro, como pela via da disponibilização de métodos de gestão processual, de auxílio funcional e de outro instrumental técnico e material que possibilite solucionar os problemas suscitados, mormente com a sobrependência

³²¹ Estamos a falar no processamento, tratamento e análise jurisdicional das chamadas escutas telefónicas e também de outros tipos de intercepções na comunicação digital ou electrónica, entendidos como meios de obtenção de prova no processo penal – cfr. Art.ºs 187.º a 190.º do CPP.

processual ou com a complexidade processual ou substantiva dos casos ou tipos de casos³²² em presença.

Mas, por outro lado, a complexificação das tarefas a cargo dos tribunais, o aumento das pendências e o acréscimo do número dos juízes e dos funcionários cria a necessidade, por si própria, de implementar estruturas organizacionais complexas, as quais, de maneira inevitável, influem no modo pelo qual as decisões jurisdicionais se vão conformar³²³.

A reflexão, neste ponto, não deixará de incluir a intervenção e o papel dos Conselhos Judiciários, tanto para as clássicas matérias de acompanhamento do estatuto profissional da magistratura judicial (disciplina e avaliação), como também - e sobretudo - para a gestão do quotidiano judiciário, no desenvolvimento da gestão dos tribunais e dos processos. Por via da indispensável produção genérica de instrumentos e guias de administração e gestão dos tribunais e de gestão processual, e também pela via casuística das recomendações, circulares informativas e informações singulares (saídas de deliberações dos órgãos colegiais do Conselho, ou de decisões de órgãos unipessoais, como o presidente ou vice-presidente do Conselho, de algum dos seus vogais com competência delegada, ou mesmo do juiz presidente do tribunal no âmbito das suas competências representativas), bem como, ainda, num plano mais vasto, pela doutrina teórica que deve ser estabelecida sobre a deontologia judiciária e sobre o relacionamento dos tribunais com a sociedade e os outros ramos do poder³²⁴.

³²² Trata-se do tema da administração e gestão dos tribunais e também da gestão processual e que aqui se revela com a sua importância e indispensabilidade. As ferramentas ou instrumentos utilizados para conseguir a gestão e a organização das tarefas processuais (*case management*), do fluxo processual (*caseflow management*) e de outras actividades acessórias, são, no fundo, técnicas de racionalização das tarefas judiciárias. A introdução destes mecanismos de racionalização das tarefas jurisdicionais não está imune a críticas pelos efeitos perniciosos que o seu uso não ponderado e desequilibrado pode criar. Assim, por exemplo, a introdução de *guidelines* para o proferimento de sentenças, com vista a obter ganhos de desempenho, e portanto de eficiência e de tempo, não constituirá, a médio prazo, um factor de padronização decisória e de redução da satisfação profissional dos juízes? Para a análise desse efeito nos juízes federais norte-americanos, os quais se encontram confrontados com esse fenómeno desde 1989, ano em que foram implementadas as “federal sentencing guidelines”, consulte-se Boylan, Richard T. (2004).

³²³ Assim, Fiss, Owen (2007), pp. 116; e Katz, Martin Daniel; e Stafford, Derek K. (2008).

³²⁴ Esta função de intermediação assumida pelos Conselhos Judiciários, entre o juiz ou o tribunal, a sociedade e os outros órgãos de poder, é essencial que seja devidamente apurada, a fim de permitir uma actuação jurisdicional o mais serena e qualificada possível, sobretudo em casos de maior impacto social e político, ou mesmo em questões de maior melindre no relacionamento institucional e gestor. A visão do Conselho Judiciário pode ser, assim, associada ao modelo do “agente principal”, como um corpo intermediário entre o agente (que é o juiz ou a jurisdição) e o principal (que é a comunidade), e que visa reduzir os chamados “custos de agência” resultantes do desalinhamento de interesses entre a sociedade e o judiciário ou mesmo relativamente à pressão política ou de grupos de interesses - assim, Garoupa, Nuno; e Ginsburg, Tom (2007). Segundo essa mesma teoria, a exacta medida de conformação desse órgão depende, ao nível da reflexão política de topo, do que se pretende com a política dos incentivos judiciais (prestígio, avaliação e remuneração), do papel do judiciário (maior ou menor papel da jurisprudência) e de outros cambiantes de cariz organizativo e institucional (tradição constitucional no que respeita à organização político e institucional dos órgãos judiciários no relacionamento com os demais órgãos de soberania).

Mas, dentro do catálogo geral dos factores condicionantes da decisão jurisdicional, deve ser dada a devida relevância, do mesmo modo, à integração do juiz na sua comunidade profissional, no corpo judiciário a que pertence, e também à sua posição na hierarquia dos tribunais, na sua categoria funcional ou no mapa de distribuição e especialização dos tribunais. Recorde-se que o nível de autonomia e liberdade interpretativa que o juiz dispõe no sistema judicial pode variar na medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica³²⁵, da capacidade técnica e da disponibilidade de que dispõe no sistema judicial, derivada da sua experiência e da possibilidade de escolha dos lugares mais apetecíveis no mapa judicial em face de um melhor posicionamento na carreira profissional³²⁶.

Nas relações estabelecidas entre o juiz, o seu corpo profissional e os respectivos órgãos de governo³²⁷, geram-se mecanismos de alguma complexidade, em que as relações interpessoais são muito marcadas por um corpo profissional particularmente atento à progressão na carreira profissional, como se passa, obviamente, nas magistraturas judiciais que assumem um perfil burocrático³²⁸. A classificação aí obtida nas inspecções ou nos relatórios avaliativos, segundo determinados critérios valorativos³²⁹, assume uma importância

³²⁵ Damaška fala, a este nível, de um verdadeiro controlo sobre o comportamento dos tribunais de menor hierarquia pelos tribunais hierarquicamente superiores, atenta a vinculação hierárquica própria das estipulações da instância de recurso – assim, Damaška, Mirjan (1975), pp. 495. A influência da jurisprudência firmada pelos tribunais superiores é um dado evidente, sendo que na definição do direito aplicável a determinado caso, o tribunal do recurso, a julgar em instância de recurso, tem a última palavra na decisão das questões levantadas e, por força dessa autoridade jurídica, suscita uma conformação das posições jurídicas ao nível das instâncias inferiores. Num sistema de *case law*, tal como ele vigora na tradição anglo-saxónica do direito, as análises respeitantes à aplicação do direito na dinâmica dos processos permite, aqui, a abordagem segundo a óptica da “relação de agência”. Segundo determinado entendimento, atrás suscitado a propósito da abordagem da *judicial decision making*, esta teoria do “agente principal” funciona ao nível da hierarquia substancial dos tribunais no que respeita à aplicação do direito realizada pelas instâncias cimeiras – cfr. Benesh, Sara C.; e Wendy L. Martinek (2002). Embora nos termos da crítica dos estudos empíricos à abordagem *top-down*, normativista e hierárquica, a influência das instâncias judiciais não pode deixar de se definir como recíproca, uma vez que os casos judiciais se encontram sempre delimitados no seu objecto pelos tribunais inferiores o que acaba por ser determinante na litigância de cariz rotineiro – assim, Friedman, Barry (2005), pp. 295-299.

³²⁶ Continuando a prosseguir alguns pontos da narrativa de Pierre Bourdieu, agora a propósito da experiência judicial francesa, refira-se que “a liberdade de interpretação varia consideravelmente quando se passa da «Cour de Cassation» (...) aos juízes dos tribunais de instância, os quais, pela sua formação escolar e pela sua «deformação» profissional, são dados a abdicar da liberdade de interpretação de que dispõem teoricamente e a aplicar a situações codificadas, interpretações codificadas (...)” – assim, Bourdieu, Pierre (1986), pp. 8, nota 16.

³²⁷ Sendo, aqui, que se levantam as mais sensíveis questões no tratamento da chamada “independência interna”, em que esta é muito resultado da função do desenho constitucional e organizativo desses órgãos (quem os integra e que tarefas desempenham) – assim, Rangel, Paulo Castro (2001^a), pp. 287 -, mas também, é bom não esquecer, do nível das suas práticas e do apuramento técnico e sobretudo ético-social dos respectivos actores.

³²⁸ Sobre a importância destes aspectos comparatísticos, ressalte-se o pensamento mais recente de Richard Posner – assim, Posner, Richard (2008), pp. 129-131.

³²⁹ Segundo o Regulamento de Inspeções Judiciais dos juízes portugueses, aprovado pela Deliberação n.º 55/2003, do Conselho Superior da Magistratura (publicada no DR, IIª Série, n.º 12, de 15/1/2003, pp. 666-670), no seu Art.º 13.º, a inspecção dos magistrados judiciais incide sobre as suas capacidades humanas para o exercício da profissão, a sua adaptação ao tribunal ou serviço a inspecionar e a sua preparação técnica. Depois

que depende muito de uma cultura de elite que é em tudo similar, nestes casos, aos sectores da alta administração pública do Estado³³⁰. Estes mecanismos de elite podem também explicar a forma como são escolhidos os pares que compõem a estrutura de gestão estatutária, designadamente o colectivo dos Conselhos Judiciários, segundo uma eleição geralmente associada aos vários níveis hierárquicos da judicatura, e em que as listas são encabeçadas pelos juízes dos tribunais superiores. O que pode relançar a ideia que a prevalência das carreiras judiciais promove a supervisão e o controlo por parte dos juízes mais seniores, cada vez com maior antiguidade, mesmo nas matérias do controlo da profissão pela regulação do acesso à formação inicial e contínua, ou até da avaliação e dos salários dos juízes, produzindo uma forte pressão no sentido do conformismo³³¹.

Por outra via, muito ainda haveria que reflectir sobre a existência de um efeito uniformizador ou padronizador das inspecções judiciais no que respeita ao estilo decisional, aos conteúdos das respectivas motivações ou fundamentações, ou ainda na replicação de um determinado modelo de juiz, mais ou menos interventivo, mais ou menos activo, mais ou menos fundamentador ou motivado por determinados princípios ético-jurídicos³³².

Gera-se, nesta órbita, um mecanismo (*informal*) de redistribuição geracional dos conhecimentos e do “perfil” de conduta, bastante intenso nalgumas situações - sobretudo no seio de relacionamentos em que prepondera algum ascendente de tipo formativo, de

essas vertentes são desenvolvidas num rol alargado de critérios inspectivos, alguns de questionável objectividade e percepção classificativa.

³³⁰ Cultura de elite (burocrática) que é assimilada, de forma institucional, desde a fase de recrutamento, formação e selecção, cuja caracterização não cabe aqui tratar ao pormenor mas que não deixa de caracterizar, nestes sistemas judiciais continentais, um sentido ideológico imanente de realizar a justiça e o direito, em concorrência com o desenvolvimento de uma certa meritocracia formativa e uma orientação para padrões coincidentes com a alta função pública – assim, Arnaud, André-Jean (1977), pp. 170-171, e Boigeol, Anne (1995), pp. 29-39. Relembre-se, aqui, que muitas das disfuncionalidades da administração judiciária são comuns, neste plano, às disfuncionalidades presentes no seio da administração pública – assim, referencia-se Mozzicafredo, Juan (2001), pp. 8-18.

³³¹ Assim, Baar, Carl (1999), pp. 345. Neste ponto, o mesmo autor refere que em resultado de uma reforma judiciária que promova a independência e a autonomia dos tribunais, num sistema de tribunais mais centralizado, no contraponto dos benefícios daí resultantes, pode privilegiar as necessidades dos tribunais superiores em detrimento dos tribunais inferiores com maior volume processual, realçando o poder dos juízes menos interessados na inovação.

³³² Sobre a avaliação do exercício jurisdicional escreve o inspector judicial Joaquim de Sousa Lima, na sua qualidade de Inspector Coordenador do CSM e com uma apurada visão da função jurisdicional, que a acção inspectiva tem por princípios essenciais, para além da preservação da independência do juiz (a proibir a interferência e a pronúncia sobre o mérito substancial das decisões), a consagração de uma acção pedagógica, a significar “que o inspector deve facultar aos juízes todos os elementos para uma reflexão dos próprios quanto à correcção dos procedimentos anteriormente adoptados, tendo em vista o aperfeiçoamento e uniformização dos serviços judiciais, pondo-os ao corrente das práticas processuais e administrativas mais correctas, actualizadas ou convenientes à obtenção duma mais célere administração da justiça” – assim, Lima, Joaquim Maria Melo de Sousa (2003) pp. 184.

competência ou de antiguidade na carreira³³³ -, particularmente importante para caracterizar a vida do corpo da magistratura judicial.

O que inclui aqui as referências à sua selecção, recrutamento e formação (a sua origem e iniciação profissional), e também ao desenrolar da vida profissional.

Ao equacionar o ingresso na profissão teremos de perspectivar o próprio sistema de recrutamento e nomeação dos juízes, apurando da origem social e cultural destes últimos, dos requisitos de candidatura³³⁴, mas também e sobretudo dando especial ênfase à forma como os objectivos e os métodos de formação e avaliação são, na prática, concretizados através das instituições ou organizações vocacionadas a fazer esse recrutamento, antecedido que este seja, ou não, de um tempo especial de formação. Neste ponto não deixa de ser necessário detectar bem qual o equilíbrio consentido entre aquilo que são as qualidades exigíveis para o exercício das funções, por um lado, e as competências técnicas, pré-existentes e a adquirir, que são pedidas àqueles que se apresentam ao cargo judicial.

Também aqui, ao momento do recrutamento e formação inicial dos juízes, em sistemas de carreira profissional, vêm desembocar, geralmente, as preocupações referentes à ideologia conformista e aplicativa aí difundida, aos valores prevaletentes que aí são cultivados, bem como aos hábitos decisoriais adquiridos por aqueles, segundo padrões mais ou menos tecnicistas, burocráticos, funcionais e produtivistas³³⁵, ou, porventura, com a efectiva e sólida mistura de saberes e de uma cultura virada para a realidade da vida social e económica de onde emergem verdadeiramente os litígios e os casos judiciais.

O percurso biográfico inerente à carreira judicial é ele próprio rico em traços significativos, pelos ciclos temporais e de progressão que conjuga, todos eles com níveis diferenciados de cambiantes, desde a formação e o ingresso na magistratura até ao momento

³³³ Recorde-se, como ilustrativo, que Montaigne, que assumiu o cargo de magistrado na Cour des Aides de Périgueux, no sudoeste de França, e depois de conselheiro na Chambre des Enquêtes, não foi imune ao relativo ascendente, sobretudo de ordem intelectual, que sobre ele exerceu o seu colega magistrado (e amigo) La Boétie, “de algum modo desempenhando em relação a ele um papel determinante como se tratasse de um irmão mais velho” - cfr. Romão, Rui Bertrand (1998), pp. 27.

³³⁴ Salientando-se a importância que tem a formação jurídica e académica dos respectivos candidatos, a sua experiência profissional, e o facto de se estar ou não perante um sistema de carreira profissional, adstrita a um modelo de candidatura por concurso público, aparentada ao modelo de emprego público utilizado na demais administração pública. Fizemos referência, logo de início, a que a actual Lei 2/2008 de 14/1, deu corpo à indispensabilidade da formação jurídica académica (licenciatura e/ou grau de mestre ou doutoramento, a par da valorização da experiência profissional) para o ingresso na magistratura, tanto judicial como do Ministério Público, confirmando esse requisito presente nos diplomas legais anteriores (Lei 16/98 de 8/4 e DL 374-A/79 de 10/9).

³³⁵ Em que o acento é colocado nas “técnicas judiciais de base”, o que é facilmente perceptível pelos formadores e formandos nas suas estratégias de gestão dos tempos e das prioridades formativas, no recurso a um

da jubilação, mas também por via da recordação marcante das pessoas que se relacionaram no labor diário, dos locais de exercício funcional, das vestes profissionais, dos gabinetes e dos palácios de justiça (quantas vezes cerceados de brilho arquitectónico e destituídos de um inventário histórico), dos corredores percorridos, da textura e da cor dos processos, dos “códigos” de manuseio recorrente e dos outros objectos de cunho pessoal que ganham um valor mais que estimativo e que são traços indeléveis da construção da personalidade ali em presença.

Parece ser evidente que os juízes exercem significativa influência uns nos outros, interagindo de diversas formas e com níveis distintos. A própria estrutura colectiva do tribunal em julgamento³³⁶, o que é regra em determinados tipos de casos apreciados em primeira instância e também nos tribunais de recurso (instâncias de recurso), faz intuir que as decisões aí obtidas serão muito resultado, não apenas do estilo singular do relator, mas também fruto de negociação entre posições díspares. Num contexto em que se têm matizado os modelos de adopção das decisões por órgãos judiciais pluripessoais, nas definições tradicionais de decisão *per curiam* (europeu continental), decisão *seriatim* (anglo-saxónico) e opinião do tribunal divulgada pelo juiz relator (norte-americano), resultando daí uma certa aproximação nesses vários modelos em que se articulam as opções pela regra da maioria e da liberdade do voto dissidente ou, ainda, da unanimidade resolvida num consenso construído em concessões recíprocas³³⁷. O que se reflecte, por vezes, na própria composição do texto em que as teses antagónicas geram soluções de compromisso nem sempre clarificadas. Processo de consensualização/divergência esse que, por seu turno, nem a publicação dos votos de vencido nem a divulgação das opiniões dissidentes consegue fazer entender em toda a sua latitude³³⁸.

thesaurus que ninguém se encontra disposto a alterar – sobre esta preocupação no tema da formação de magistrados, consulte-se Azevedo, Luís Eloy (2007), pp. 164-166.

³³⁶ As reformas processuais e da organização judiciária que implicam uma alteração na estrutura do tribunal de colectivo para singular, em determinados tipos de casos ou processos, com outros objectivos de política judiciária (v.g. economia dos meios e disponibilidade dos juízes), não deixam de ter repercussões nos métodos de trabalho e na própria estrutura de criação decisória, a qual passa a ser menos dialogada e escrutinada, e, portanto, mais isolada, talvez mais consistente, clara e célere.

³³⁷ Assim, numa clarificadora introdução à dinâmica destes três modelos de adopção das decisões jurisdicionais por órgãos pluripessoais (tribunal colectivo), e também dos factores culturais, ideológicos e organizacionais de que os mesmos modelos partem para um cruzamento entre os estilos judiciais e as estratégias de decisão – Ruiz, Maria Angeles Ahumada (2000), pp. 156-170.

³³⁸ Certo que a possibilidade de lavar votos de vencido ou simples declarações de voto alarga o espaço de autonomia do juiz individual perante o tribunal colegial de que faça parte. Para aquilatar do processo de estabelecimento, dentro dos tribunais, de correntes de opinião jurisprudencial e também a sua sedimentação em posições ideológicas divergentes, nas chamadas coligações de opiniões, consulte-se, dentro do modelo comportamental (*attitudinal*), Segal, Jeffrey A.; e Spaeth, Harold J. (2002), pp. 381-405. Numa referência à influência do painel colegial (“um par entre pares”) nas decisões jurisdicionais de carácter colegial, enquanto “peer effects” ou “panel effects”, veja-se Rubin, Paul H. (1999), pp. 549-550; e Miles, Thomas J.; e Sunstein, Cass R. (2007), pp. 5-6. Para a abordagem do auditório dos juízes constituído pelos seus colegas, consulte-se

Essa influência recíproca entre os juízes pode ser mais ou menos notável conforme a fórmula que seja conseguida para a organização do próprio corpo judiciário, da vida que lhe é própria e que se gera em cada tribunal onde se encontra um espaço comum de actividade jurisdicional que necessita de ser organizado e administrado, segundo determinados ditames que se pretendem, o mais possível, garantes da autonomia e da independência dessa função judicial.

A concepção da administração e gestão dos tribunais passa, dessa forma, sobretudo, por definir o papel mais adequado ao juiz que dentre os outros passa a assumir um posição de liderança nas questões de organização e gestão da actividade do tribunal, segundo um estatuto de competências que, tal como defendido atrás, deve permitir o equilíbrio entre o que são as exigências de racionalidade e de organização do sistema e as aludidas garantias de independência e autonomia. Sabendo-se, de antemão, que a propósito da consagração das figuras do juiz presidente e do administrador do tribunal, se entra numa zona de grande proximidade com a actividade judicial em que a afinidade profissional e cultural dos respectivos interlocutores (por exemplo juiz presidente v. juízes do tribunal presidido) pode gerar alguns equívocos de competências e um risco de intromissão na esfera de salvaguarda da independência interna dos juízes.

Ainda dentro do universo dos tribunais, surgem como importantes outras relações estabelecidas intramuros, entre os vários corpos de magistrados, funcionários e auxiliares das funções jurisdicionais, mormente com aqueles com quem os juízes tratam mais de perto, pois todos são sensíveis à manutenção de um bom clima de trabalho, reconhecendo-se, porém, ser essa influência objecto de alguma discricção. Neste quadro há que recordar que a natureza muito própria dos tribunais enquanto organizações, numa complexidade que cruza cambiantes profissionais e burocráticas, suscita um acréscimo de dificuldade na detecção e definição das cadeias de autoridade e de hierarquia funcional, bem como no apuramento dos fluxos comunicacionais³³⁹. Neste espaço de partilha que são os tribunais, em que se distribuem tarefas de diversa índole, umas de cariz profissional outras de cariz burocrático, conjugam-se também outras lógicas de divisão de espaços e de núcleos de trabalho (poderiam chamar-se de

Baum, Lawrence, pp. 50-60, sobressaindo aqui, também, para além de outros objectivos de cariz político-jurídico, certas influências e interesses mais triviais ou esporádicos voltados para a minimização dos dissensos entre colegas (em práticas fundadas no “vive e deixa viver” ou no “ir com os outros”) ou para a gestão dos níveis de trabalho (quando é necessária a elaboração escrita dos votos contrários ou a assunção da posição de relator da decisão por vencimento da tese contrária ao juiz inicialmente titular do processo) – cfr. Posner, Richard A. (1995), pp. 123-126, e Joondeph, Bradley W. (2008), pp. 6-8.

³³⁹ Sobre a análise destas redes de complexidade das estruturas sociais existentes no universo dos tribunais federais norte-americanos, veja-se Katz, Martin Daniel; e Stafford, Derek K. (2008).

células), coincidentes com a definição de equipa de trabalho de cada secção judicial, juízo, vara ou secretaria, que, como polo de distribuição processual, trabalha em torno da tarefa jurisdicional, isto é do decisor jurisdicional (juiz ou colectivo de juízes), e que marca a organização unitária do trabalho e a atomização característica da actividade dos tribunais³⁴⁰.

Nesta organização do trabalho existe, à evidência, uma diferença assinalável entre os diversos tribunais, percebendo-se casos em que o corpo de juízes e do *staff* do tribunal é mesmo incapaz de gerir a repartição de tarefas.

Claro que esta arrumação organizativa pode redundar em grandes diferenças e arranjos pelos quais os jogos organizacionais³⁴¹ se processam, enquanto as posições de poder são formadas e transformadas consoante a calendarização dos trabalhos, tudo gerado num espaço e ambiente partilhado, nas quais se vão criando situações, relacionamentos e estratégias vários. Na estrutura algo complexa do tribunal, diferentes jogos organizacionais são possíveis, podendo originar diferentes configurações de alianças, modos de interacção ou compromissos, particularmente evidentes no processo de implementação das mudanças³⁴².

Assim, as mudanças que podem vir a ser determinadas por via directiva ou hierárquica do sistema organizativo ou legal, mormente na figura do juiz presidente e da sua liderança³⁴³, conduzem a um conjunto de alianças ou compromissos tanto dentro da jurisdição (tribunal) como na sua envolvente institucional (ambiente institucional), com a fidelização dos actores envolvidos. Estes relacionamentos organizacionais desenvolvem-se em função das oportunidades concedidas pela presença de interlocutores interessados que passam a colocar-

³⁴⁰ Um modo de organização em unidades especializadas e autónomas que, com uma lógica irredutivelmente particularista, tal como defendem Werner Ackermann e Benoit Bastard, torna difíceis as intervenções que buscam obter as vantagens próprias da colaboração entre serviços e uma coordenação mais estreita no funcionamento – assim, Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit (1993), pp. 33.

³⁴¹ Esta definição de “jogos organizacionais”, construída em torno da metáfora do jogo, parte da falada concepção de Werner Ackermann e Benoit Bastard, preocupada em conciliar a análise da estratégia dos actores com os constrangimentos das estruturas organizacionais – Ackerman, Werner; e Bastard, Benoit (1992), pp. 67.

³⁴² Numa complexidade bem avivada pela análise das redes de interacção entre os vários actores sociais aqui em destaque – cfr. Katz, Martin Daniel; e Stafford, Derek K. (2008).

³⁴³ Quanto a esta liderança do juiz presidente, para uma definição dos seus elementos integradores, a propósito do tema da administração e gestão dos tribunais, consulte-se Federal Judicial Center (2003), pp. 5-23. Para os elementos referentes ao seu papel de liderança, veja-se a sua autoridade formal e informal, as suas responsabilidades, o seu relacionamento, as estruturas e as práticas de governação, a formação e o exercício de orientação e coordenação dos serviços e das pessoas. Para a gestão das suas aptidões e métodos, anote-se o reforço da adesão colegial à liderança, a construção dos relacionamentos, a consulta, audição, partilha de informação, persuasão, clarificação das expectativas, monitorização do tribunal, e o confronto com os problemas, bem como o estabelecimento de uma visão estratégica. Numa alusão aos relacionamentos estabelecidos pelo juiz presidente e pelo administrador do tribunal no desempenho das suas tarefas de administração e gestão, no seio dos tribunais estaduais norte-americanos, consulte-se Tobin, Robert W. (2004), pp.180-186. Para a definição da responsabilidade funcional dos juízes presidentes na experiência judiciária francesa, consulte-se Gaboriau, Simone (1999).

se na disponibilidade e ao serviço da inovação na prática judiciária. São, dessa forma, condições da efectividade e consistência das transformações pretendidas.

Podem observar-se, assim, situações em que são postas em prática algumas políticas internas de mobilização do conjunto dos intervenientes na jurisdição por parte dos responsáveis pela direcção e organização do tribunal, com respostas ao nível das modificações e redifinições das práticas de cooperação interna e externas, emergindo, então, novas alianças e jogos de relacionamento mais estáveis.

Mas, outras situações existem que são caracterizadas pela inexistência desses relacionamentos, designadamente nos tribunais nos quais nem a gestão material nem a organização de trabalho são objecto de uma qualquer estratégia dirigente. Nestes casos reina, na aparência, um bom entendimento geral, em que os membros do tribunal praticam jogos muito individuais e limitados ao núcleo organizativo ao qual pertencem funcionalmente. Nestas situações são particularmente sensíveis os inevitáveis e obrigatórios problemas de interacção, indutores de bloqueios e disfunções no tratamento e decurso dos processos, problemas esses que convivem e se alimentam da atomização que caracteriza o funcionamento dos tribunais³⁴⁴. Sendo que existe sempre o risco desta fragmentação da organização destes tribunais os poder vir a tornar reféns dos interesses específicos e das estratégias dos litigantes.

Cumprе salientar que a realidade judiciária, enquanto sistema, se demonstra também no modo como os diversos actores judiciários se dispõem estrategicamente e interagem a propósito da litigância, dos processos e nos vários actos, diligências e audiências que decorrem em cada um dos processos³⁴⁵ que suscita uma determinada unidade dinâmica e organizada de formas, ritos, fórmulas, tempos, competências, poderes, prerrogativas, esclarecimentos, articulados, requerimentos, intervenções, alegações e decisões.

O juiz é, naturalmente, o centro personalizado da decisão jurisdicional e aquele que concede sentido aos poderes e prerrogativas que podem vir a ser utilizados no âmbito do tratamento dos processos. Mas é também, por essa via, aquele que dá unidade e sentido à dimensão da actividade de organização e gestão do tribunal onde, para além de outras

³⁴⁴ Acompanhamos de perto o desenvolvimento de Werner Ackermann e Benoit Bastard a propósito da gestão e da inovação organizativa nas instituições judiciárias tendo em conta as estruturas de relacionamento e os vários actores intervenientes – cfr. Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit (1993), pp. 15-113.

³⁴⁵ Disso dá conta Bruno Latour ao percorrer a actividade quotidiana do “Conseil d’État”, dando um significado mais impressivo à dinâmica dos vários casos em apreciação, num apelo à análise narrativa e à percepção de mecanismos de circulação e transferência de referências, impressões, mensagens e sentimentos (“objectos de valor”), como no encadeamento de um drama de romance – assim, Latour, Bruno (2002), pp. 141-152.

actividades elucidadas noutros lugares do texto, se procede basicamente à tramitação e ao tratamento dos fluxos processuais com vista à resolução dos casos judiciais que os vários processos transportam. Mas a prática ensina que esses poderes e prerrogativas dependem também da utilização que deles se faz, sendo que a prática depende sempre de vários factores, entre várias outras condicionantes, suscitados em torno das relações estabelecidas com os outros actores processuais, tanto na jurisdição como também fora dela. Torna-se necessário, então, distinguir a natureza e o peso dos parâmetros e condições nas quais os vários sujeitos de acção, aqui em relevo, são suscitados a interagir.

É indispensável, nesta vertente, tomar em conta o papel dos funcionários judiciais, na linha das considerações atrás desenvolvidas, bem como a relação estabelecida com os demais grupos profissionais do universo forense.

Ao lado do juiz, o advogado é uma personagem essencial para a condução dos processos, sendo a natureza mais ou menos dispositiva do processo (superior nas causas de natureza civil) relevante para aferir dessa determinação. O relacionamento entre a advocacia e os tribunais pode oscilar entre a concertação e a desconfiança, numa designação que pode ser caracterizada, na senda das considerações de Werner Ackermann e Benoit Bastard, como de “cooperação conflitual”³⁴⁶.

A influência da advocacia relativamente ao funcionamento dos tribunais e ao seu pendur organizativo suscita também considerações importantes ao nível da estruturação e dinâmica da procura judicial, por via da descoberta do funcionamento dos mercados jurídicos e da organização profissional e empresarial dos próprios escritórios de advocacia³⁴⁷, mas também por via da análise da dinâmica da intervenção dos advogados enquanto patrocinantes de alguma causa, pela implementação da estratégia demandante ou de defesa das partes que representam. Também aqui os pressupostos organizativos do exercício do mandato judicial e

³⁴⁶ Cfr. Ackermann, Werner; e Bastard, Benoit (1993), pp. 71-75. Neste plano do relacionamento entre a advocacia e os tribunais podem ser evocados diferentes elementos, como a influência dos responsáveis da jurisdição e o colégio de advogados (aqui incluindo o responsável local – representante da Ordem dos Advogados -), as modalidades das relações estabelecidas entre advogados e magistrados, ou as pressões exercidas no sentido da produtividade ou da qualidade no tratamento dos casos. Tais elementos vão apresentando um dinamismo próprio e de conjunto, alterando entre períodos de estabilização dos relacionamentos e outros períodos de alteração, tensão e ruptura, sendo que tais dinâmicas podem vir a suceder-se na mesma jurisdição, assistindo-se então a momentos de acordo, de tensão e de ruptura, e depois de avaliação, reformulação e reconstrução do relacionamento. Sobre a consideração deste relacionamento consulte-se, também assim, Baum, Lawrence (2006), pp. 99-100.

³⁴⁷ O que pode promover a litigância de cariz massificado quando os contenciosos se baseiam no trabalho em escala dos escritórios de advocacia, com o recurso à utilização crescente dos grandes contingentes de juristas formados nas últimas décadas em Portugal. Sobre as incidências do funcionamento do mercado dos advogados, consulte-se Hadfield, Gillian K. (2000), e Patrício, Miguel C. Teixeira (2005), pp. 68-73.

das práticas forenses se afirma como importante, designadamente quando a organização e gestão dos tribunais e dos processos se demonstra deficitária e particularmente volúvel a essas estratégias das partes³⁴⁸.

O comportamento do público, enquanto auditório universal a que se dirigem as decisões a proferir pelos juízes, enquadra-se também como um factor influenciador, embora sempre temperado pelo reforço institucional da justiça que tende a evocar permanentemente o carácter imparcial, isento e não influenciável dos tribunais e dos juízes, no fundo com a reafirmação do seu capital de prestígio e de autoridade. Não são aqui de descurar os apontamentos suscitados pela *judicial decision making* em torno dos constrangimentos ao papel do julgador que lhe são suscitados pela perspectiva institucional dos seus vários auditórios. Na acepção psicológica fundamental de que o respeito, o prestígio e a popularidade, correspondem a estímulos importantes e relevantes para qualquer pessoa e mais ainda para actores sociais, como os juízes, que têm vindo a assumir um relevante papel político-social³⁴⁹. Essa influência não se pode, pois, menosprezar sobretudo em determinados contextos, assimilada que seja a conformação com o modelo profissional ou burocrático dos juízes em questão ou mesmo a sua forma de recrutamento e estabilidade na profissão.

Outros factores existem que influem na actividade jurisdicional, que têm a ver com inserção social e comunitária do juiz, os quais condicionam o seu comportamento e se expandem em círculos concêntricos, tais como os ligados à família, às amizades, à vizinhança, aos clubes e às comunidades religiosas e políticas, que podem reforçar, ou não, a sua auto-estima pessoal e profissional.

São também de realçar, as relações estabelecidas entre o judicial e os outros ramos do poder do Estado, designadamente com o legislativo e o executivo, pelos fenómenos impressionantes que a esse nível são suscitados para a actividade dos tribunais e, por essa via, no ambiente dos juízes. Os ramos de poder entram necessariamente em interconexão, num jogo estratégico de actos, omissões, decisões e declarações, num espaço político, social e mediático comum, com reflexos na actividade de cada um desses ramos: legislação, governação e

³⁴⁸ Estratégias que podem ter incidência na gestão temporal dos litígios e na sua dilação ou, porventura, levar a uma litigância meramente virtual, declaratória ou frívola, nos casos em que não se afirma uma real disputa entre as partes e o exercício do direito de acção se baseia em objectivos meramente administrativos ou fiscais, ou então se trata de litigância baseada em fundamentos que muito provavelmente não terão sucesso, sobretudo por via do recurso aos tribunais pelos litigantes recorrentes ou institucionais – cfr. Montfort, A. J. G. M. van ; de Jong, P. O. ; Herweijer, M., e Marseille, A. T. (2005).

³⁴⁹ Assim, Baum, Lawrence (2006), pp. 21-48, e Joondeph, Bradley (2008).

jurisdição³⁵⁰. Assim, os ramos políticos do poder podem reagir perante uma actuação mais activa e interventiva do judiciário, mediante a composição de determinados constrangimentos de cariz político, legislativo ou administrativo³⁵¹. Ou até pelas alterações criadas no estatuto profissional que são sentidas numa dimensão política ou então percebidas enquanto tentativas disciplinadores dessas atitudes judiciais mais activas. Mas o reverso também não deixa de ser verdadeiro. Basta pensar no efeito negativo³⁵² que por vezes é criado pelas alterações legislativas nos meios forenses, e também nos juízes, resultante de reformas processuais ou substantivas menos apreciadas. Mas também se pode pensar naquele clássico mecanismo de ajustamento jurisprudencial³⁵³ das inovações legais, o qual tende a minimizar o impacto legislativo na prática do direito, atenuando a directriz da nova norma legal no sentido interpretativo que era ou sempre foi considerado como o mais ajustado.

O impacto dos meios de comunicação social e do espaço mediático³⁵⁴ no quotidiano dos tribunais é crescente, demonstra-se de uma forma ambivalente e processa-se a vários níveis, tanto por via da absorção dos temas da ineficácia e da morosidade da justiça, no clássico problema da sua reforma e crise, como sobretudo pelo acompanhamento dos casos judiciais de maior destaque, num fenómeno que se pode designar de amplificação do drama da cena judiciária³⁵⁵. É certo que numa sociedade democrática, aberta e plural, a salvaguarda

³⁵⁰ Num exercício que, numa outra oportunidade de desenvolvimento, elucidaria um espaço de tensão entre os vários ramos do poder, marcado também pela perspectiva do acréscimo de centralidade e de visibilidade dos elementos do judiciário face aos demais actores da vida pública e mediática, numa dualidade entre o activismo e a reserva das magistraturas – assim, Barak, Aharon (2002), pp. 116-127.

³⁵¹ Barry Friedman fala aqui, relativamente à dimensão política do controlo jurisdicional das leis (*judicial review*), de algumas armas utilizadas pelos poderes políticos para lidar com os judiciários demasiado maçadores ou problemáticos: *impeachments*, despojamento de competências jurisdicionais, assoberbamento das pendências processuais (manipulando as nomeações do número de juízes e dos seus assistentes ou auxiliares) e redução dos orçamentos dos tribunais – assim, Friedman, Barry (2005), pp. 313-320.

³⁵² Efeito negativo e reactivo que pode tornar compreensíveis certas atitudes judiciárias menos empenhadas ou menos motivadas à execução das reformas ou até menos complacentes com as dificuldades interpretativas criadas pelas novas regras leis.

³⁵³ Neste ponto o pensamento do modelo institucional estratégico dos académicos norte-americanos fala de “ajustamentos de rotina” (*routine adjustment*) das leis por parte do Supremo Tribunal, o qual tende a afirmar-se, dessa forma, perante a comunidade, atenuando a preponderância política e social do legislativo – assim, Baum, Lawrence (2006), pp. 73-74. A matriz ideológica e política dos juízes, assim percebida, que pode não ser conformada pelas matrizes partidárias, assume-se assim como um ponto analítico de grande interesse, marcando determinadas dimensões do relacionamento entre o judiciário e o legislativo: - o grau de consensos “super-majoritários” no processo legislativo (opções legislativas de largo consenso para acautelar decisões judiciárias refradoras das medidas mais radicais da governação); - a magnitude da negociação dos custos das medidas legislativas; - a competência técnica dos juízes; e – o modelo de selecção e escolha política dos juízes que possa favorecer a diversidade ideológica do judiciário – assim para o mesmo universo norte-americano, Posner, Eric A. (2008).

³⁵⁴ Jornais, rádios, estações de televisão e *internet*, basicamente.

³⁵⁵ Miguel Teixeira Patrício procede a uma análise económica do fenómeno de mediatização processual, expressando a dado passo, numa ponderação genérica, que “a justiça depara-se com a involuntária absorção de *inputs* que, mesmo de forma neutra, isolam processos e lhes podem emprestar uma visibilidade eventualmente não merecida, conduzindo a resultados que são individual e socialmente prejudiciais (p. ex., sobre ou sub-

da democraticidade da função jurisdicional, e, por aí, a sua legitimação³⁵⁶, se opera também através do controlo da opinião pública sobre as decisões judiciais - que são públicas -, valorizando-se aqui a acessibilidade generalizada ao seu conteúdo e sentido. Tal crítica tem de ser devidamente equacionada de modo a reforçar e não afectar a independência e a isenção dos juízes, pois eles passarão a beneficiar, na adesão à lei e ao direito, da confiança de uma opinião pública bem formada, com o reforço ético daí resultante. Mas a tensão entre a justiça e a comunicação social é inevitável³⁵⁷, criando para os julgadores uma considerável zona de exposição pública, num misto cruzado de atracção e de ansiedade na apreciação, julgamento e resolução dos casos judiciais, que necessita de ser envolvida por um suporte institucional³⁵⁸.

São pensáveis várias soluções institucionais como os gabinetes de imprensa, com assessorias técnicas no domínio da comunicação social, os gabinetes de comunicação social, com um enquadramento mais estruturado e densificado ao nível do entendimento de fenómeno comunicacional da justiça e também da estratégia comunicacional a aplicar em cada situação, ou mesmo, a figura cada vez mais reconhecida dos “juízes-imprensa” (“*press*

avaliação de custos pelo tribunal, ou a gestão de informação que é internalizada involuntariamente pelos intervenientes de um processo); e, em simultâneo, com a gestão de *outputs* que não estão a ser controlados (podendo ser deturpados ou desvirtuados) ou que, muito simplesmente, decorrem de quebras ou deficiências de comunicação entre os diversos operadores da justiça (tome-se o exemplo do rigor ou da extensão da linguagem técnica, pouco compaginável com o imediatismo actual) e os *media* (impulsionados por uma necessidade ou vontade de “vulgarização” que rege a maioria dos propósitos informativos e pouco aceitável perante *subtilezas* jurídicas que revelam um impacto prático mais ou menos evidente, mas quase sempre justificável) – assim, Patrício, Miguel C. Teixeira (2005), pp. 104-105.

³⁵⁶ “O espaço de publicidade e abertura à sociedade representa, por si, um elemento de legitimação do poder judicial. A publicidade das audiências, a transparência das sentenças constitui um permanente esforço de convencer o público da legitimidade das decisões” – assim, Rangel, Paulo Castro (2001^a), pp. 286. Serve, aqui, a análise respeitante às novas formas de *accountability* – entendidas enquanto modos de *soft accountability* pela sua contraposição às tradicionais formas de responsabilização do judiciário (*hard accountability*) - que promovem a transparência e a lealdade das práticas e da actividade judicial, tanto por via da informação disponibilizada pelos tribunais mediante solicitação (acesso à informação) como por via da informação espontaneamente divulgada pelos tribunais (divulgação) – assim, Voermans, Win (2007). Anotem-se, aqui, da mesma forma, os relatos informativos dos casos judiciais, as conferências de imprensa, a divulgação dos balanços, os relatórios periódicos dos tribunais e das instituições judiciais, a publicidade das audiências, os códigos de relacionamento com a imprensa, as iniciativas de educação para a cidadania e para o direito (tanto para a comunidade local como para a escolar em particular), o relacionamento com as instituições universitárias, etc.. Ressalta-se, aqui, também assim, as conclusões do Conselho Consultivo dos Juízes Europeus sobre esta matéria – assim, CCJE – Conselho Consultivo dos Juízes Europeus (2007).

³⁵⁷ Num terreno em que se exigem particulares capacidades técnicas e de sentido cultural, político e social, gerindo a relação tensa existente entre a independência judicial, o segredo de justiça, o direito fundamental à liberdade de informação e de opinião e o direito à reserva de intimidade pessoal e profissional dos cidadãos ou mesmo dos magistrados participantes no processo em questão.

³⁵⁸ Gerando a serenidade, a reflexão e o aprofundamento indispensáveis à tarefa jurisdicional de julgamento e decisão. E que poderá regular, num mesmo passo, os comportamentos jurisdicionais mais predispostos a afirmar o seu capital de prestígio social e afirmação pessoal através dos canais mediáticos e que possibilitam a difusão da sua imagem e personagem por um auditório muito mais amplificado. Claro que persistirá sempre um papel desempenhado pela própria personalidade do juiz e do seu reforço subjectivo (ético-social), que se tem entendido como “independência interior” – cfr. Rangel, Paulo Castro (2001^a), pp. 287. Sobre o relacionamento entre os tribunais e os *media*, nos parágrafos 33. a 55., a Opinião n.º 7 do CCJE – Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, referenciada enquanto CCJE – Conselho Consultivo dos Juízes Europeus (2005), pp. 8-12.

judges”, enquanto juízes que assumem a qualidade de porta-vozes na explicação dos casos judiciais ou outras situações do judiciário, enquanto experiência dos tribunais holandeses mas que tem sido equacionada também em outros países)³⁵⁹. Nessa certeza, demonstra-se como necessária a preparação dos juízes para utilizar os *media* no sentido de promover um melhor entendimento do público sobre o seu papel, dado que a sua reputação profissional, a sua imagem pública e a confiança social que devem gerar em torno da sua actividade, têm repercussão no crédito sobre a sua competência técnica, mas sobretudo sobre a sua neutralidade e a sua imparcialidade. Certo, também, que os responsáveis pela comunicação dos tribunais devem estar cientes de que o sucesso na arena dos media depende de um certo grau de aptidões e de uma estratégia para assegurar que a integridade e a complexidade da sua mensagem serão preservadas nos relatos mediáticos.

c. Distinguir, classificar e calibrar os factores organizativos

Nesta análise acabada de realizar ponderámos, numa amplitude considerável, os factores motivantes e também os constrangimentos à actividade jurisdicional que podem provir dos elementos mais conexonados com a organização do sistema judicial.

Uma ponderação que, com salvaguarda de níveis adequados de autonomia, isenção e independência jurisdicionais, teve em conta a existência de factores e constrangimentos mais ou menos relevantes que cumpre calibrar na proporção adequada ou razoável, pois funcionam na esfera de actuação do judiciário³⁶⁰, condicionando-o e influenciando-o.

No catálogo destas condicionantes estão efectivamente presentes os elementos que consubstanciaram a noção alargada de organização judiciária (ou organização do sistema judicial) de que partimos inicialmente.

Este tema dos factores e das condicionantes organizativos da realização jurisdicional do direito, perante o cenário desenvolvido, admite uma pluralidade de pontos de vista e de classificações.

Numa primeira classificação podemos contrapor, por um lado, condicionantes externas (ou factores exógenos) ao sistema dos tribunais, na sua globalidade entendíveis como o ambiente condicionante dos tribunais e do sistema judicial, composto por factores sociais, políticos e económicos, e, do outro lado, condicionantes internas a esse sistema judicial (ou

³⁵⁹ Consulte-se Gies, Lieve (2005). Obviamente que, nesta última opção, não se pode cair no erro dos próprios julgadores da causa assumirem essas funções em concreto, sendo desde logo confundidos enquanto interessados na visão pública do caso e conotados como manipuladores da opinião pública.

³⁶⁰ Assim, de novo, como no início deste capítulo, Burbank, Stephen B.; e Friedman, Barry (2002), pp. 35-39.

factores endógenos), sendo que ao lado desta dualidade ainda se poderá encontrar um terceiro género de condicionantes, de cariz misto ou complexo, que perfazem os factores ou elementos respeitantes à conexão entre o sistema judicial e os outros sistemas ou com o seu ambiente envolvente.

Levando em conta o seu grau de latitude, isto é respeitante ao sistema judicial na sua organização *macro*, no plano médio – *meso* – da organização dos tribunais, ou antes no núcleo atomístico – *micro* - de realização da tarefa jurisdicional, teremos factores-macro, factores-meso ou factores-micro, condicionantes da decisão jurisdicional nos seus vários níveis de elucidação.

No ambiente que envolve a actividade do sistema judicial e com implicações condicionantes da sua organização, temos presentes elementos de grande heterogeneidade e variada compleição:

- características demográficas, territoriais, económico-sociais, influenciadoras da demanda judicial, e também da forma e cultura de organização da oferta judicial;
- características do sistema jurídico, do seu funcionamento e das práticas instituídas pelas várias profissões jurídicas e grupos sociais;
- características respeitantes às actuais exigências políticas, sociais e económicas sobre o desempenho do sistema judicial; e
- características próprias do modelo de governação político-social e de cruzamento entre as várias esferas do poder público, designadamente ao nível institucional e constitucional.

Uma primeira perspectiva mais ampla e de topo, vai atender à própria organização do sistema judicial, albergando a dimensão institucional e política do Estado no que respeita aos tribunais mas também a do pensamento político e estratégico do sistema, com grande ênfase na planificação legislativa mas também na programação e desenvolvimento das políticas públicas no domínio judiciário, mormente na sequência do movimento global de reforma do judiciário. A este nível podemos considerar:

- a envolvente institucional e constitucional do sistema judicial e o relacionamento e articulação dos vários órgãos e instituições político-constitucionais nesta área de partilha de competências;
- o modelo de governo e de gestão dos tribunais e das profissões judiciais;

- o delineamento dos estatutos (deontológicos ou profissionais) das magistraturas e dos funcionários judiciais, tanto enquanto incentivos, benefícios ou prerrogativas profissionais, como enquanto constrangimentos de cariz institucional visando a responsabilização e a disciplina do judiciário (formação, recrutamento, disciplina, carreira profissional, ética profissional, remuneração, prerrogativas profissionais e sociais);

- as garantias de cariz procedimental e organizativo;

- a estruturação dos tribunais no território e na sua divisão orgânica, tanto no que respeita à distribuição ou concentração como no que tange ao grau correspondente de especialização; e

- os recursos financeiros, os equipamentos judiciários e as infra-estruturas tecnológicas e informacionais;

- a recolha e o tratamento da informação empírica (índices quantitativos e qualitativos) sobre a actividade judicial, bem como a elaboração de diagnósticos integrados e sistemáticos e, também assim, de medidas ou padrões de desempenho e de duração dos actos e tarefas judiciais;

- os esquemas de distribuição e tratamento da litigância processual e a articulação com os demais meios de composição dos litígios;

- os modelos instituídos ou a instituir de administração e gestão dos tribunais e também de gestão processual; e

- o relacionamento institucional e informal dos tribunais e das instituições do seu governo com o público, com os demais poderes públicos e com os meios de informação e comunicação social.

Num passo seguinte, para o plano intermédio da actividade do sistema judicial, vamos articular outros elementos factoriais respeitantes:

- à divisão sectorial da administração e gestão dos tribunais, com os seus núcleos intermédios de cariz organizativo e administrativo, numa rede partilhada de atribuições e competências;

- à escolha, à nomeação e à assunção de competências pelos diversos responsáveis sectoriais (v.g. vogais do Conselhos Judiciários, presidentes dos tribunais das Relações, juízes presidentes das várias circunscrições territoriais, magistradores coordenadores do Ministério Público e administradores dos tribunais);

- à programação sectorial e à definição dos respectivos objectivos;
- ao acompanhamento da distribuição da litigância e ao levantamento dos bloqueios e disfunções no seu tratamento;
- à recolha e à utilização dos índices quantitativos e qualitativos (informação empírica) e dos padrões de desempenho aplicados aos diversos sectores; e
- à implementação de programas e planos de organização, administração e gestão dos tribunais nas suas várias incidências (recursos humanos, recursos financeiros, estruturas e equipamentos, processos e comunicação) e dimensões (antecedentes organizacionais, cultura organizativa, procedimentos e instrumentos processuais).

E, por último, ao culminar com o nível mais atomístico da organização do sistema judicial, vamos encontrar múltiplos factores organizativos que se inserem na preparação, programação e execução da tarefa jurisdicional de realização do direito e que com ela se articulam, podendo seguir a seguinte enumeração:

- o enquadramento social, cultural e comunitário dos vários actores judiciais e a sua interacção com a comunidade e com os vários grupos sociais;
- o local de exercício de funções na sua vertente territorial e organizativa (no acervo constituído de distribuição e especialização das jurisdições);
- as regras de atribuição de jurisdição e de competência e critérios de assunção das tarefas jurisdicionais;
- a especialização e a estrutura do tribunal em julgamento e na decisão judicial;
- a gestão, pendência e distribuição dos contingentes processuais, com os correspondentes volumes, composições e cargas de trabalho;
- o grau de intervenção jurisdicional na tramitação do processo;
- as regras e as práticas seguidas no processo de tomada de decisão em tribunal singular e em tribunal colectivo;
- a faculdade de delegação de competências e de auxílio técnico, científico ou funcional nas tarefas jurisdicionais;
- as regras processuais e procedimentais de pendor organizativo e gestionário;

- as regras, directrizes e práticas do estatuto profissional e da organização do corpo profissional dos juízes (formação, recrutamento, disciplina, carreira profissional, ética profissional, remuneração, prerrogativas profissionais e sociais);

- a rede organizativa, tanto em termos horizontais como verticais, e de administração e gestão dos tribunais;

- a estrutura e a organização das unidades ou equipas funcionais relativas ao trabalho nos tribunais (liderança, hierarquia e redes de organização do trabalho);

- o nível da estrutura de equipamentos, instrumentos, tecnologias e instalações;

- o orçamento do tribunal e o seu financiamento no sistema de tribunais; e

- o relacionamento institucional e informal do tribunal com o público, com os demais poderes públicos e com os meios de informação e comunicação social.

Com outro critério classificativo, atende-se ao carácter normativo-legal ou factual (não normativo) dessas mesmas condicionantes.

Por via da natureza material que assumem essas mesmas condicionantes poderíamos classificá-las segundo as matérias envolvidas, em psicológicas, institucionais, culturais, económicas, orçamentais e político-sociais.

Tendo em conta outro critério, caracterizaríamos as condicionantes como estáticas e dinâmicas, envolvendo estas últimas, no seu conjunto, aqueles factores conexionsados com as relações entre indivíduos, agentes, grupos e instituições hierarquizadas ou não, dentro do sistema judicial ou com ele relacionados.

Segundo uma lógica que tenha em conta o critério patológico ou saudável (benéfico) desses factores, podemos enquadrar as condicionantes como disfuncionais, encarando aqui os bloqueios, anomalias ou congestionamentos do sistema judicial, ou, por outro lado, classificar as condicionantes como regulares ou não disfuncionais.

De acordo com outro critério, assimilando uma visão pretérita ou situacional dessas condicionantes e/ou factores disfuncionais, ou, ao invés, de uma visão prospectiva sobre essas condicionantes, temos que aqueles primeiros se encontram dependentes dos instrumentos de diagnóstico, podendo estes corresponder a falhas ou bloqueios nos instrumentos de diagnóstico, e, os segundos, encontrar-se ligados aos instrumentos de intervenção ou terapêutica e às suas falhas e bloqueios. Note-se, a este propósito, que o tipo de conclusões que retirámos nos primeiros capítulos são tanto ou mais importantes quanto se sabe que a maior parte das circunstâncias que congestionam ou bloqueiam a actividade judiciária têm origem em factores de índole organizativa ou de gestão que se manifestam tanto ao nível do

sistema judicial no seu todo como ao nível da sua unidade jurisdicional mais básica, querendo aqui contemplar as dimensões *macro*, *meso* e *micro* correspondentes. Tais circunstâncias contrariam os pressupostos em que assenta a função jurisdicional; isto é, não permitem, de forma adequada, o exercício do direito que tem qualquer pessoa de ver a sua causa examinada de forma equitativa e publicamente, num prazo razoável (ou optimizado), por um tribunal independente e imparcial.

Mas também, por via do caminho aberto pelas reflexões anteriores, podemos distinguir com alguma margem de moderação, entre as condicionantes que terão uma influência mais directa, com um grau maior de preponderância, sobre a tarefa jurisdicional, isto é, sobre a decisão jurisdicional e o seu acto de realização. A organização judicial que sustenta e permite a função jurisdicional, em que se assume com uma evidente natureza estrutural, não deixa também de a condicionar e conformar.

Essa organização judicial assumida no seu sentido decisório – o que é o mesmo que dizer a jurisdição enquanto estrutura ou organização – é composta por elementos heterogéneos, de diversa magnitude, funcionalidade e orientação. Em que apenas uma consideração pragmática pode responder honestamente, com alguma autenticidade, pertinência e utilidade, às questões sobre o alcance e a influência dos factores organizativos no sentido da decisão jurisdicional. Mas esse posicionamento pragmático não retira às categorias desenvolvidas no curso do texto e às classificações agora assinaladas a grande virtualidade de reduzirem o grau de complexidade da realidade dos tribunais em presença e permitirem detectar de forma mais clara e descritível o grau de influência, magnitude e operacionalidade de cada um dos factores organizativos elucidados.

A realização do direito assenta, como vimos, numa estrutura comunicativa entre um poder que se encontra organizado de uma determinada forma e um saber jurídico assente numa determinada articulação disciplinar, sedimentação cultural e tradição histórica.

Esta mesma dimensão estrutural pode, depois, ser assimilada a um esquema em que se integram as categorias do sistema judicial, da decisão judicial e da organização, nas quais o sujeito jurisdicional é inserido na dinâmica desses factores essenciais que projecta o processo de decisão jurisdicional. Em torno das categorias essenciais anteriormente desenvolvidas da organização, do sistema e da decisão. No fundo, uma organização judicial abordada com um sentido decisório e uma preocupação analítica de pendor sistemático.

Destacando-se que a organização judicial intervém nessa estrutura de realização do direito de uma forma assaz complexa, difusa e pluri-dimensional, que só a metáfora dos círculos concêntricos, de magnitude e alcance diferenciado, pode fazer compreender de forma mais impressiva. Pressupondo-se que este esquema é apenas um estrato explicativo e simplificado – reduzido a categorias essenciais – do processo decisório judicial que é concretizado no sistema judicial (sendo este mais ou menos influenciado pelo ambiente em que se insere), e que é realizado em termos organizacionais.

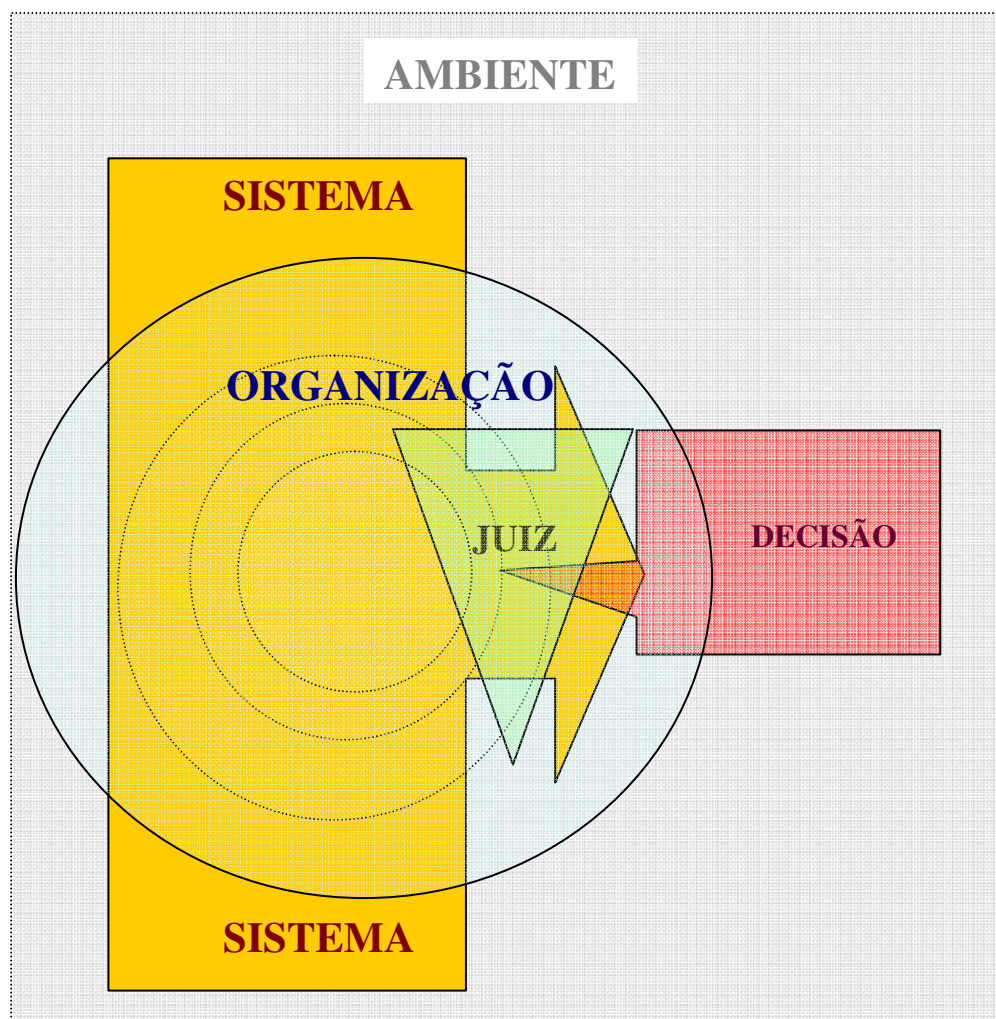


Figura 3 – Estrutura social da organização do sistema judicial no processo decisório judicial

Assim, factores organizativos existem, tendo em conta a variabilidade de magnitudes assinaladas, que são sempre considerados no funcionamento normal e regular do sistema judicial e na prática jurisdicional. Tudo depende, nesta hipótese, no relacionamento que têm esses mesmos factores organizativos com os elementos decisoriais e jurisdicionais no seu núcleo mais essencial. Estaremos aqui a falar, num primeiro grupo, de condicionantes jurisdicionais, e, num segundo prisma, dos demais factores condicionantes, que terão a ver com a organização judiciária no seu sentido mais estrito.

Acredita-se que os factores condicionantes de maior proximidade – ou mesmo integrantes – da função jurisdicional influem nas próprias atitudes avaliativas dos decisores, uma vez que se projectam na estrutura comunicacional que se gera na diversidade das fontes de informação que são convocadas no processo de tomada de decisão judicial.

Entre os factores ou condicionantes jurisdicionais destacam-se: - a atribuição de competência e os demais critérios de assunção das tarefas jurisdicionais; - o grau de intervenção jurisdicional na tramitação do processo; - o estilo dos actos processuais e das decisões jurisdicionais, incluindo aqui a sua fundamentação, estrutura, argumentação, redacção e linguagem; - as regras processuais e procedimentais; - os critérios de interpretação e aplicação das normas e o valor atribuído às várias fontes de direito, maxime à lei; - as regras e as práticas seguidas no processo de tomada de decisão em tribunal colectivo; - a estrutura e a prática do processo de averiguação e julgamento da matéria de facto, com apelo às suas regras e práticas; e - a faculdade de delegação de competências e de auxílio técnico, científico ou funcional nas tarefas jurisdicionais.

Enquadram-se nas mencionadas condicionantes de cariz organizativo: - a estrutura orgânica, profissional e funcional; - o estatuto profissional e a organização do corpo profissional (formação, recrutamento, disciplina, carreira profissional, ética profissional, remuneração, prerrogativas profissionais e sociais); - o enquadramento social, cultural e comunitário dos vários actores judiciários e a sua interacção com a comunidade e com os vários grupos sociais; - a estrutura de equipamentos, instrumentos, tecnologias e instalações; - a implantação da rede judiciária no espaço territorial (distribuição e especialização das jurisdições); - a plataforma tecnológica e dos fluxos de informação; - a gestão, pendência e distribuição processuais; - o nível de auxílio e coadjuvação técnico-funcional; - a especialização e a estrutura do tribunal em julgamento e na decisão judicial; - a rede organizativa dos tribunais, tanto em termos horizontais como verticais; - a estrutura e a organização das unidades ou equipas funcionais relativas ao trabalho nos tribunais (liderança, hierarquia, redes de organização do trabalho); - o orçamento e o financiamento do sistema de tribunais; - o relacionamento institucional e informal dos tribunais com o público, com os demais poderes públicos e com os meios de informação e comunicação social; e – a gestão dos meios humanos, materiais e financeiros do sistema judicial e dos tribunais.

Muitos destes factores, no entanto, encontram-se apenas latentes e necessitam de ser conjugados com determinado contexto ou circunstancialismo para virem a exercer a sua influência, pressão ou constrangimento no exercício da decisão judiciária. Tal como acontece

nas situações em que um determinado estado de relacionamento entre os diversos actores judiciários ou uma específica conjuntura adversa vem a evidenciar essa relevância. Veja-se o exemplo dos casos judiciários que ganham uma valorização política ou mediática e que por via dessa maior exposição e acompanhamento públicos vêm a reivindicar novos e melhorados instrumentos organizacionais e comunicacionais de intermediação entre a decisão jurisdicional – entre a instituição tribunal – e a opinião pública. Ou, por outra via, a situação em que determinada falha, erro ou disfunção assacável a algum juiz ou colectivo de juízes, vem a redundar no recurso a soluções de pendor disciplinar ou institucional (v.g. decisão ou deliberação do Conselho Judiciário com vista ao exercício da acção disciplinar, ou então de uma recomendação ou directriz para atender em situações futuras e dirigidas a todo o corpo de juízes), o que evidencia a necessidade de um melhor desempenho e a utilização, por parte do juiz decisor, de mecanismos organizativos e gestionários mais qualificados.

Cabe, agora, numa síntese final, elucidar da organização do sistema judicial - realidade que se torna também mais compreensível desta forma mais extensa e multiforme -, enquanto condicionante da realização do direito, vendo como essas questões organizativas da justiça devem ser valorizadas na própria forma de ver e pensar a jurisdição. O que passa por tratar a organização do sistema judicial enquanto realidade mais compreensível, tanto pela sua extensão como pela sua multidimensionalidade.

d. A organização do sistema judicial enquanto condicionante da realização do direito

Tratámos no capítulo introdutório da relação existente entre a tarefa de realização jurisdicional do direito e a organização do sistema judicial. Esta temática veio sendo desenvolvida e especificada a propósito de cada um dos tópicos que dessa forma passaram a estar melhor consolidados na sua individualidade e melhor relacionados entre si.

Quanto a nós, o desenvolvimento das matérias antecedentes, esclarece devidamente o porquê da importância para a jurisdição e, numa outra acepção, para a dinâmica e estruturação do sistema judicial, dos factores e das condicionantes respeitantes à organização judiciária. Não se podendo continuar a secundarizar, na percepção de Baptista Machado, o papel destas condições de realização do direito, estando elas tão imbricadas no esforço de institucionalização do plano normativo com a implantação de “instâncias autorizadas e

dotadas de uma organização capaz de conferir eficácia às normas e motivar os destinatários delas”³⁶¹.

Neste ponto não se defende que a organização do sistema judicial seja o único ou englobante condicionante da realização do direito, ou, mais precisamente, que aquela seja o factor mais influenciador da realização do direito actuada pela via jurisdicional. Antes se pretende afirmar que a realização jurisdicional do direito não pode ser bem elucidada, em todas as suas dimensões, se não se partir de uma visão sistémica da sua estrutura e dinâmica, contemplando também os elementos vulgarmente menos escrutinados da sua organização.

O fulcro desta abordagem passa muito por se descobrir a importância das condicionantes organizativas para a realização jurisdicional do direito, num contexto actual particularmente sensível às consequências do proferimento da decisão normativa e às exigências de programação e planificação desta última, com vista a assegurar os efeitos pretendidos. Sem que isso possa contender com o núcleo substantivo ou valorativo que é próprio do direito, isto é sem que suceda a sua instrumentalização ou funcionalização a objectivos de programação política ou à regulação do mercado. Uma discussão a que se voltará no capítulo final desta investigação.

Como se advogou logo desde o início, os actores judiciais não são inteiramente constringidos pelas estruturas da organização mas também não são inteiramente livres na sua actividade judicativa. Beneficiam de uma liberdade relativa e de uma latitude nas suas actividades e condutas, deixando o seu estilo e a sua marca nas tarefas prescritas e na interpretação sobre os seus papéis e interagindo com os demais actores em compromissos e acordos mais ou menos explícitos. Mas não se deixam de confrontar com as suas próprias capacidades e também com as dinâmicas organizativas que compõem o sistema judicial, numa tarefa de realização do direito que se insere, também ao nível da sua natureza específica, num contexto institucional que não pode ser ignorado³⁶².

³⁶¹ Numa referência que relembramos e que se insere nas alegações esparsas que os vários autores têm produzido ao nível das preocupações que procuramos retirar no texto de uma forma mais sistemática – cfr. Machado, Baptista (1990), pp. 256.

³⁶² Aponta-se, aqui, do novo, o pensamento de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, ao colocarem o tom nas considerações institucionais para a avaliação do acerto das teorias interpretativas. Dando corpo à definição das “capacidades institucionais” daqueles (intérpretes) que inseridos nas instituições que fazem parte, com as suas distintas habilitações e limitações, irão interpretar os textos legais. Pondo um ênfase particular nas questões interpretativas, numa mutação institucional, sobretudo no modo como as instituições, com as suas distintas capacidades e condicionamentos, interpretam certos textos legais – assim, Sunstein, Cass R., e Vermeule, Adrian (2003).

Na sociedade actual a decisão-julgamento é necessariamente produzida no quadro de uma organização profissional, sendo que os elementos de cariz profissional e burocrático são inter-relacionados e chegados entre si. Este aspecto não é ainda devidamente valorizado, pois não só os académicos especializados no direito mas também os próprios juízes não estão geralmente despertados para o modo profundo como o seu papel profissional é afectado por variáveis organizacionais, como se as suas tarefas fossem concretizadas num vácuo social e como se aquelas tarefas apenas exigissem, de uma forma mais ou menos explícita, os fundamentos legais e jurídicos.

Relembre-se, aqui também, a posição de Jacques Lenoble a propósito da crítica da tese de Hart suscitada por Jules Coleman, numa aproximação genética da convencionalidade do direito assente na abordagem das condições de acção cooperativa, numa viragem pragmática na filosofia do direito. Surpreendendo o facto, atrás relevado, de as instituições legislativas terem sido substituídas na sua centralidade pelas instituições de “aplicação do direito” como os tribunais, com uma insistência no plano da coercibilidade e da garantia da efectividade das normas e também na índole sistémica da realização do direito. Salientando-se, também assim, a reversibilidade da operação de aplicação do direito que decorre da própria reflexividade do juízo normativo pelo qual um grupo social tenta agir sobre ele próprio a fim de regular os seus comportamentos³⁶³ e a atender na própria génese produtiva do direito, através da percepção das condições de possibilidade que subjazem a essa génese convencional do direito.

O que torna claro que no momento genético da norma se encontra já presente o seu significado aplicativo e, daí, a conjugação das próprias condições institucionais e organizativas da sua realização. Num efeito de reflexividade da comunidade social em causa sobre o significado genético e finalístico (princípio e fim) da realização do direito³⁶⁴. A

³⁶³ Cfr. Lenoble, Jacques (2007), pp. 23-62, e Coleman, Jules (2001), pp. 70-78, 94-97 e 171-172. Recorde-se que aquele primeiro autor vaticina que a função condutora do direito não é possível se não forem respeitadas as condições institucionais (condições empírico-transcendentais) requeridas para a efectivação da acção cooperante partilhada (*shared cooperative action*) entre as autoridades encarregues da aplicação da regra de reconhecimento. Condições definidas como “empírico-transcendentais” para as distinguir das condições ideais de produção das normas que derivariam da sua normatividade transcendental no sentido que lhe deram Kant e Fichte – assim, Lenoble, Jacques (2007), pp. 24, nota 53. Condições essas que depois ditarão o modo como os cidadãos em geral farão o relacionamento das normas com as autoridades encarregue de as aplicar, o que é o mesmo que dizer, a maneira com que os cidadãos organizam a sua forma de representação de autoridade a fim de satisfazer as suas expectativas normativas na alusão ao mencionado efeito de reversibilidade normativa – cfr. Lenoble, Jacques (2007), pp. 63.

³⁶⁴ Concedendo-se, como é óbvio, que a existência de um relacionamento entre a realização do direito e a estrutura organizativa de cariz social implica a equação *ubi societas ibi jus* mas também a sua reversibilidade. É nesta acepção que Habermas se apercebe da insuficiência de uma redução das condições de validade do direito à mera organização “cooperativa” da prática dos juízes. Apercebendo-se, do mesmo modo, que os constrangimentos que são activados para a realização da função de governação atribuída ao direito moderno exige uma integração dos dispositivos de governação que vão para além da isolada organização “cooperativa”

lembrar, do mesmo modo, a abordagem originária ou genealógica do direito encetada por Foucault enquanto instrumento ou forma de *saber* que se articula com as práticas sociais e as estratégias de poder. O direito enquanto bússola localizadora do ponto onde a genealogia dos poderes se articula com a arqueologia dos saberes³⁶⁵.

Não se cai no exagero de afirmar que o sistema judicial assumiu, aqui, a qualidade de um verdadeiro *organon* criativo e conformador, que suscite a assunção de um papel de absoluta condicionante da possibilidade jurisdicional do direito, padronizando a sua realização. Isto porque nos estaríamos a esquecer de todas as outras dimensões a que fizemos apelo para sumariar a realidade dos fenómenos jurídico e judicial.

Temos, no entanto, por certo que a concepção predominante na teoria do direito sobre esta matéria, segundo a qual a obtenção do sentido do direito tem implicações unilaterais nas mutações operadas no sentido da jurisdição, se encontra, quanto a nós, cada vez mais distante da cultura que envolve a actividade dos tribunais e da discussão sobre o próprio direito como objecto da análise dos outros saberes³⁶⁶.

As condições de possibilidade da jurisdição, segundo o que agora se intui, não podem deixar de tocar e influenciar a essência desta última, como realidade construída e emergente da vida institucional e social, numa interpenetração entre o contexto do mundo da vida e os sentidos axiológicos e dogmáticos do direito³⁶⁷.

Uma jurisdição que na sua dimensão estrutural ou organizacional se assume, nessa medida, como uma exteriorização do jurídico, como uma sua “face exterior”³⁶⁸, volta-se a deixar afirmado. Mas que apesar da sua também componente material e factual, não deixa de condicionar e transformar esse mesmo jurídico, obrigando-o por vezes a uma resposta adaptativa a novas exigências.

própria dos aparelhos jurisdicionais do Estado moderno ou à colocação em cena da sua “heroicização” – cfr. Habermas, Jürgen (1997), pp. 281.

³⁶⁵ Cfr. Foucault, Michel (1994), pp. 423-476.

³⁶⁶ Se quanto ao direito se pode questionar uma qualquer determinação do seu sentido ou validade pelos factores da realidade não normativa, já no que respeita à jurisdição, dentro da noção mais enriquecida que aqui se advoga, parece-nos no mínimo redutora e compartimentada, a afirmação sustentada por Castanheira Neves de que os problemas estruturais da jurisdição – como a organização institucional, a legitimação decisória, os estatutos, a componente funcional – são externos ao sentido dessa jurisdição – assim, Castanheira Neves, António (1998), pp. 291-292.

³⁶⁷ Numa reformulação da unidade dos problemas da jurisdição, recorde-se, nos seus três núcleos problemáticos distintos: a *jurisdictio* como organização ou estrutura, a *jurisdictio* como intenção de resolução de controvérsias e a *jurisdictio* como dimensão da praxis - cfr. Aroso Linhares, José M. (2002), pp. 160-177. O que vem no seguimento do que tratámos a propósito da jurisdição enquanto estrutura ou organização.

³⁶⁸ Refira-se, de novo, a imagem que Fernando Araújo retira, num outro plano de preocupações, das “penumbras da teoria” nos seus Pontos de Interrogação na Filosofia do Direito – cfr. Araújo, Fernando (2004), pp. 20-22.

Analisando essa cadeia multifactorial de condicionamentos da decisão jurisdicional, vista aqui enquanto pressuposto de realização do direito, deu-se conta da importância, em primeiro lugar, dos factores de motivação do juiz ligados à sua remuneração, à sua estabilidade profissional, ao seu prestígio profissional, ao lazer e à promoção profissional, os quais se encontrarão, dessa forma, integrados no seu estatuto profissional.

De seguida salientou-se a importância da definição da procura e da oferta judiciais - aos seus vários níveis de distribuição, especialização e concentração -, que, transposta para a actividade jurisdicional, resultará sempre num determinado nível e composição do trabalho a cargo dos juízes e, por aí, virá a afectar o volume e a qualidade dos próprios resultados judiciais. Valorizou-se o equilíbrio que é devido na introdução dos mecanismos de especialização dos tribunais e das tarefas judiciais, compondo os aspectos positivos e negativos da inclusão de tais factores e perspectivando os limites dessa operação.

Cifrou-se, depois, a importância que revestem os factores mais próximos e integrantes da função jurisdicional, enquadrados como meios de suporte ou de auxílio às tarefas judiciais (v.g. apuramento e accertamento dos factos, selecção e interpretação das normas jurídicas, elaboração e redacção de despachos, sentenças ou acórdãos) – meios humanos, aconselhamento científico e técnico, suporte tecnológico e estrutural, sistemas de informação e comunicação, redes de comunicação e informação -, que são pontos vitais para essa actividade que se vem reflectindo centra cada vez mais nas situações de litigância complexa e massificada.

Evidenciou-se, também, o tema da administração e gestão dos tribunais, assim como da gestão processual, revelando a sua importância e indispensabilidade, sobretudo num quadro de complexificação das tarefas a cargo dos tribunais, de aumento das pendências e de acréscimo do número dos juízes e dos funcionários, gerador de uma maior complexidade das correspondentes estruturas organizacionais.

Reflectiu-se sobre a intervenção e o papel, neste campo, dos Conselhos Judiciais, na sua função estatutária, mas também regulativa, gestonária e de mediação político-social. Assim como se relevou a integração do juiz no seu corpo profissional, com a sua posição e progressão profissional, estatutária e especializada, bem como o facto disso poder resultar das formas de governação estatutária, e como isso tudo pode implicar na capacidade técnica, no modelo de julgador e no capital específico de autoridade jurídica de cada juiz.

Não se descurou, na mesma síntese, o contexto cultural e social inerente ao sistema de selecção, recrutamento e formação dos juízes, bem como a forma como as instituições e organizações encarregues dessas tarefas podem concretizar esse sistema. Partiu-se daí para suscitar o valor do percurso inerente à carreira ou profissão de juiz, nas diversas etapas e experiências particulares, com especial realce para as influências recíprocas que se suscitam entre os próprios juízes, o que é mais visível nos julgamentos que seguem uma estrutura colectiva e em que a decisão assume aspectos organizacionais específicos e de alguma complexidade.

Realçou-se o papel da administração e gestão dos tribunais e à forma como a mesma se pode compor com vista à maximização da independência e autonomia da função judicial e minimização dos seus condicionamentos, no desenho do quadro de liderança nessas questões da organização e gestão da actividade dos tribunais que deve ser assumida pelo próprio judiciário.

Esta actividade dos tribunais assenta num relacionamento, a diversos níveis, entre os vários actores e instituições envolvidas, também se deixou dito, enquadrando os vários corpos de magistrados, de advogados, de funcionários e demais auxiliares das funções jurisdicionais, o que terá muito a ver com as fórmulas processuais, procedimentais e organizacionais seguidas e que podem ganhar alguma heterogeneidade e especificidade locais. Alertou-se, assim também, para a influência da advocacia relativamente ao funcionamento dos tribunais, designadamente suscitando-se a implicação do seu pendor organizativo para o nível da estruturação e dinâmica da procura judicial, enquanto ambiente condicionante da estruturação e organização da oferta jurisdicional.

Enquadraram-se os vários auditórios dos juízes, nomeadamente com referência ao público, à opinião pública e aos diversos meios e modos (incluindo os vários tipos de comunicação social e informativa) como isso pode condicionar a potenciar a formação e as consequências das decisões judiciais, suscitando-se a necessidade de um suporte institucional.

Desenvolveram-se, do mesmo modo, alguns aspectos atinentes ao relacionamento organizacional e institucional entre o judiciário e os outros ramos do poder do Estado, numa interconexão que envolve um jogo estratégico de actos, omissões, decisões e declarações, num espaço político, social e mediático comum, com reflexos recíprocos na actividade legislativa, governativa e jurisdicional respectiva.

A descoberta e a valorização destes factores organizativos a que se procedeu anteriormente, fruto de uma construção simultaneamente teórica e prática, que se pode alicerçar, sem grande esforço analítico, num grande apoio institucional e de desenvolvimento político e sociológico, não deixa de ser também particularmente evidenciada pela análise do fenómeno da decisão jurisdicional e da sua perspetivação organizacional.

Sendo cada vez mais recorrentes, como se salientou no capítulo antecedente, nos estudos sobre os tribunais - mais há algum tempo nos Estados Unidos e mais recentemente na Europa - as abordagens de cariz organizacional na compreensão dos processos decisoriais, tanto no funcionamento daqueles mesmos tribunais como nas demais instituições judiciárias, sempre com grande destaque na especificidade que é própria aos fenómenos judiciários³⁶⁹.

Pode mesmo apontar-se um movimento de racionalização da justiça, com a progressiva transformação nas estruturas dos tribunais e uma mutação na apreciação dos casos por via do julgamento, segundo o modelo tradicional da decisão judicial, para a égide própria das exigências de organização e do modelo tecnocrático e interventivo da administração³⁷⁰.

Sabendo-se que os tribunais se vão tornando cada vez mais organizações tecnocráticas, o que se pode notar tanto na estrutura interna da sua organização como na estrutura da tarefa jurisdicional, ambas estas variáveis dependentes das condições económicas e políticas do ambiente que envolve a actividade judicial. Desta forma, resultado desta abordagem de cariz organizacional ou estrutural, as preocupações microsociais do processamento dos litígios e dos casos judiciários vão sendo substituídas por questionamentos de cariz macrosocial e histórico. Alterando o nível individual do caso judiciário para o domínio jurídico-institucional e para as condições estruturais onde os actores jurídicos poderão obter a concretização das suas expectativas.

Por outro lado, a complexificação das tarefas a cargo do judiciário, o aumento das pendências e o acréscimo do número dos juízes e dos funcionários cria a necessidade, por si própria, de implementar estruturas organizacionais complexas (redes de informação, especialização das tarefas e dos métodos de trabalho e racionalização dos meios) e tecnocráticas (com a criação de redes de trabalho e de tarefas especializadas e repartidas

³⁶⁹ Destaquem-se as mencionadas escolas norte-americanas da “decision-making”, explicativas da tomada de decisão jurisdicional e, nos sistemas de *civil law*, as abordagens que se baseiam nos modelos de decisão na aplicação, enquanto análise teórica da justificação ou argumentação das decisões jurisdicionais (modelos ideológicos, modelos descritivos e modelos estruturais). Um reavivar de um tema apresentado inicialmente e posteriormente desenvolvido.

³⁷⁰ Assim, Heydebrand, Wolf; e Seron, Carroll (1990), pp. 185-206.

segundo razões de cariz técnico e económico), as quais, de maneira inevitável, também não deixam de influir no modo pelo qual o direito é interpretado e aplicado³⁷¹.

Também o modelo tradicional de decisão jurisdicional, em atenção à sua inserção sistemática e organizativa, passa a ser repensado nas suas características e na sua assunção por parte dos juízes. Que se tornam, dessa forma, decisores mais activos e interventivos, mais abertos às preocupações do sistema no seu todo, gerindo as várias condições de cariz político da sua posição e também as consequências das suas decisões, solicitando muitas vezes a via negociada e consensual para a resolução dos casos judiciais, e percebendo que os casos judiciais não se circunscrevem, sobretudo nas suas “externalidades”, à bilateralidade das partes que compõem o litígio jurisdicional³⁷².

Daí que se possa dizer que a distinção entre aqueles que são os sentidos da administração da justiça, notáveis e indispensáveis à partida, com objectivos de esclarecimento do que é a estrutura analítica do sistema judicial, voltam aqui a ser questionados, pois a fórmula da “administração da justiça”, tal como consagrada constitucionalmente³⁷³, pode afinal corresponder a um sentido plural adequado a uma função jurisdicional repensada em face das exigências nucleares e organizativas do sistema judicial. Realização jurisdicional do direito que se apoia, ela própria, para além de todas as determinantes jurídicas e processuais, nas preocupações organizativas e administrativas do sistema judicial. No fundo, quando os juízes administram justiça³⁷⁴, fazem-no, para além da decisão-julgamento firmada no direito aplicável, também segundo os pressupostos de

³⁷¹ Assim, Fiss, Owen (2007), pp. 116.

³⁷² Em contraposição às características tradicionais do modelo de decisão-julgamento que vigora no arquétipo do processo civil: - um processo bipolar em que se defrontam dois núcleos distintos de interesses; um litígio conformado em termos retrospectivos e segundo uma sequência de actos processuais que se completam; - o confinamento dos efeitos e do impacto do julgamento à relação processual; - o controlo do impulso processual e da permanência do litígio nas mãos dos litigantes; e - o carácter interdependente entre a pretensão deduzida e o alcance da decisão proferida (limites da sentença ao pedido formulado). Neste ponto, na transposição do modelo tradicional da decisão-julgamento civil para o modelo aplicável na decisão pública administrativa, consulte-se, de novo, Heydebrand, Wolf; e Seron, Carroll (1990), pp. 198-200. Cumpre recordar, também assim, as tipologias de Mirjan Damaška acerca da organização do poder (organização hierárquica e paritária do poder) e as suas implicações para a caracterização do processo, enquanto actividade de escolha política e de resolução de conflitos – assim, Damaška, Mirjan (2003), pp. 301-391.

³⁷³ Segundo consagra o Art.º 202.º da CRP, ao definir a função jurisdicional, com o enunciado, no seu n.º 1, “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, e, no seu n.º 2, “Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

³⁷⁴ A justiça enquanto questão problemática, também segundo os índices da organização e da administração, motivou o já identificado Ángel del Burgo y Marchán, a intitular o seu livro de 2001 com a impressiva referência do juiz enquanto “administrador do direito”, particularmente feliz para as conclusões ora defendidas neste nosso trabalho – assim, Burgo y Marchán, Ángel Martín (2001).

funcionamento do próprio sistema judicial, com a consciência das possibilidades do mesmo, designadamente das respectivas condições administrativas e organizativas.

Os condicionamentos e as exigências próprios da possibilidade do sistema judicial manifestam-se, assim, tanto no decurso e na preparação da apreciação e julgamento do caso judiciário, como depois na tomada de decisão final e, ainda, no acompanhamento das suas consequências e da sua eficácia executiva. Elementos organizativos e administrativos do próprio sistema judicial, no qual é tomada a decisão jurisdicional, e elementos que, por via disso, passaram a complementar a racionalidade dessa decisão e a compõem³⁷⁵ com o grau de eficácia e adequação que é exigível, podendo ser designados como pressupostos pragmáticos da realização jurisdicional do direito.

É que para além do material jurídico-normativo fundamental, para que o operador jurídico possa compor a racionalidade da sua decisão tem de fazer uso dos meios aptos a prosseguir essa finalidade, segundo as condições mais adequadas para tanto.

Tal é, em síntese, o jogo dinâmico dos elementos que constituem, na prática, a salientada estrutura comunicativa entre o saber jurídico, numa definição do direito aplicável ou realizado, e o poder que o possibilita, condição da sua realização e que não o deixa de perspectivar com a sua instrumentalidade. Ora, já se viu do capítulo precedente, que esses pressupostos coincidem, na sua natureza social, institucional, profissional e pessoal, com os factores que condicionam a tomada de decisão jurisdicional.

Esta realidade dinâmica e estrutural do judiciário é evidenciada nas situações paradigmáticas da litigância de massa e da litigância complexa, mormente quando a estas situações se adiciona o impacto próprio das alterações ou das reformas da organização judiciária, tal como se poderia desenvolver em resultado das premissas desta investigação.

Nesta acepção conclusiva ficam bem demarcadas todas as questões que preenchem a visão de Luhmann sobre o jurídico, não já como estrutura funcional da sociedade (como acontecia na primeira fase da sua investigação teórica) mas sim como sistema integrado no mais vasto sistema social, paradigma que dá sentido à localização do direito na sociedade. O

³⁷⁵ Ou que passam a integrar, naquela “relação de integração” que descrevemos de início a propósito do tema dos direitos fundamentais, do procedimento, do processo e da organização, na justificação de Gomes Canotilho. Superando, dessa forma, a dualidade do modelo de legitimidade pelo procedimento, e o modelo de justiça material. Isto em face da relação recíproca de efeitos ou da interdependência relacional entre o direito substantivo e o procedimento. De novo se recorda, “o direito procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjectivo-material preexistente, pois a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim, antes de reconduz a uma relação de integração” – assim, Canotilho, Gomes (1990), pp. 158.

seu fechamento funcional e identificador e os limites da sua abertura, são assim assumidos como condições da sua análise e da produção de modificações na sua estrutura e na sua substância. Apontando, através desse conhecimento, qual a melhor estratégia e os instrumentos mais adequados para conseguir as reformas do direito e dos seus sub-sistemas, onde se incluem os tribunais.

Sem que o direito possa, com isso, ser funcionalizado, acreditando-se, tal como se disse de início, que lhe subjaz um princípio fundamental de razão, um sentido antropológico que lhe está ínsito³⁷⁶ e que lhe possibilita a sua função de uma “garantia sem falhas”³⁷⁷, no fundo a ordenação normativa da sociedade e que se enquadra como condição de realização da vida humana nesse conjunto social.

A hipótese autopoietica tem potencialidades explicativas que não podem deixar de servir, também, para o delineamento dos elementos constitutivos do sistema judicial (sub-sistema de realização ou aplicação do direito) e da procura dos seus referenciais organizativos e de interacção, dos padrões do discurso comunicativo que alimentam a sua subsistência e perpetuidade (comunicação enquanto processo dinâmico, circular e auto-perpetuado de interacção simbólica)³⁷⁸.

Salda-se, também assim, desta análise, o reconhecimento de uma fórmula de obtenção de um nível melhor e maior de relacionamento do direito com as ciências sociais que com ele concorrem na percepção e na actuação sobre a realidade social. Numa altura em que se convocam novas lógicas pós-disciplinares para compreender determinadas questões que são transversais aos vários domínios sociais e humanos, e em que se acentua um certo relativismo ético-político que admite como admissível a diversidade (pluralidade) de respostas e de opiniões relativamente aos mesmos problemas (numa conjugação de forças centrífugas), não deixa de ser no mínimo interessante a fórmula apontada por Luhmann para obter um sentido unitário do reconhecimento do idêntico na diferença, com a ampliação dos âmbitos de contacto entre o direito e a sociologia, mormente a discussão teórica direccionada a suscitar (com “ruído” e irritação) alterações na semântica e no património tradicional de um sistema funcional autopoietico como o direito; uma perspectiva de grande enriquecimento teórico e

³⁷⁶ Na definição que lhe dá Pierre Legendre, devidamente salientada, a seu tempo, no texto – assim, Legendre, Pierre (1992), pp. 355.

³⁷⁷ Garantia que é concedida, volta-se a insistir como de início, pela autoridade que ganha a resolução do caso que é julgado pelos tribunais logo que a decisão em causa não é passível de recurso e se torna indiscutível enquanto assunto decidido.

³⁷⁸ Remete-se, neste ponto, para as referências a seu tempo lançadas a propósito dos tópicos da decisão e do sistema.

prático para um jurista³⁷⁹, no confronto gerado com análises diferenciadas das suas categorias e artefactos próprios, alargando os seus horizontes de compreensão das realidades jurídica e social e possibilitando-lhe uma outra geografia para, talvez quem sabe, traçar novas fronteiras para o direito ou fundar novos saberes alternativos.

Como salientámos logo desde o início, a análise sistémica cifra-se como a mais adequada a proceder a esta tentativa de articulação entre esta pluralidade de abordagens que são convergentes no domínio do judiciário, bem como a assimilar devidamente o universo pluridimensional da justiça. Universo esse a desdobrar nos estratos da organização e da gestão do sistema judicial, da realização jurisdicional do direito e do ambiente cultural, social e económico em que se situa o sistema judicial e das exigências que lhe são próprias.

Uma matéria que coloca, concerteza, a questão sobre se a autonomia e o aventado fechamento sistémico do direito permite esse encontro de abordagens e a inevitável troca de informação e importação de soluções metodológicas, designadamente nesse âmbito pluridimensional do sistema judiciário. A articulação disciplinar não é fácil e tem os custos inerentes à ultrapassagem do mencionado princípio de especialização organizacional da sociedade, pressupondo-se que existe uma ligação intrínseca entre as várias disciplinas e os vários domínios organizacionais. Por outro lado, as várias profissões especializadas assumem uma atitude defensiva do domínio do campo disciplinar que lhe é próprio, o que lança desde logo a discussão mais evidente sobre a possibilidade de construção de um espaço de partilha e de experiência comum, tal como foi aventado de início a propósito do enquadramento pluri-disciplinar.

Trata-se, assim também, de uma abordagem que convive com aspectos da análise sistémica e com os pressupostos da teoria dos sistemas, mas também, na linha do atrás exposto, quanto à relação comunicativa de matriz foucaultiana entre o saber e o poder, com a análise da decisão judiciária, isto é com a inovação e conhecimento que se pode tirar da teoria decisional e da teoria das organizações e como tudo isso pode satisfazer a necessidade de racionalidade das leis processuais e procedimentais e a garantia de uma decisão juridicamente vinculada.

³⁷⁹ Disse “teórico” e “prático” quebrando desse modo o cepticismo melancólico - desencantado - de Luhmann para com a clássica distinção kantiana *razão teórica / razão prática*, tal como deixámos atrás evidenciado.

e. As questões organizativas da justiça e a sua influência na forma de ver e pensar a própria jurisdição

Pretende-se elucidar a dimensão organizacional da jurisdição de forma a permitir avançar no conhecimento da realidade judiciária, nas suas várias dimensões, e da forma como ela influencia e é influenciada pela vida do direito.

Mas, pergunta-se, qual pode ser o impacto deste tipo de análises e dos resultantes enquadramentos teóricos para a auto-compreensão do direito?

Será que deste enquadramento genérico que realizámos sobre a organização da justiça e da forma como esta realiza o direito (ou como nesta se realiza o direito), resulta necessariamente uma visão instrumental ou funcional do direito? E será que o mesmo enquadramento implica a mutação do juiz, de um julgador segundo o direito, para um administrador ou um gestor estratégico, enquanto agente das mutações sociais e maximizador do bem-estar social? Tudo isto traduzido no questionamento que é próprio da “ideologia tecnocrática” e de uma lógica de *performance*, através da sua “legitimação pela performance ou pela eficiência”: isto é, uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim prosseguido e este fim é ele próprio desejável se produz resultados que satisfaçam uma finalidade mais geral?³⁸⁰.

Resta ponderar se através desta abordagem a actividade jurisdicional se pode assimilar a um esquema metódico definido pela relação entre a estratégia programática e a tática decisória, enquanto concretização da decisão técnica operada especialmente pelos juízes ou pelas entidades administrativas. Com especiais exigências de performatividade e de eficiência, levando em conta a abertura à evolução dos contextos e das circunstâncias, e, assim à flexibilidade e à indeterminação dos critérios que lhe subjazem. E, por último, dando-se relevo aos resultados decisoriais (efeitos) para a orientação da própria decisão e, no fundo, como seu critério consequencialista, mais do que aos puros fundamentos retirados da hipótese normativa.

Não se esconde que por detrás da abordagem encetada se encontra uma racionalidade orientada para as finalidades, tal como apontava António Manuel Hespanha³⁸¹, sem esquecer que esta visão é muito resultado de uma abordagem crítica sobre essa própria racionalidade e

³⁸⁰ Assim, Castanheira Neves, que, sobre este ponto, conclui que, nesses termos, “o conhecimento das relações entre os elementos do sistema e a técnica da sua manipulação eficiente ocupam o lugar da ética” – assim, Castanheira Neves, António (1998c), pp. 30-31.

³⁸¹ Assim, de novo, Hespanha, António Manuel (2007), pp. 614-616, conforme atrás melhor se descreveu.

devedora do debate sobre a crise da racionalidade da vida quotidiana actual. Em que a “racionalidade instrumental”³⁸² se apresenta também como presente no plano do próprio direito produzido pela jurisprudência, e em que os padrões da decisão que estão inerentes a este direito jurisprudencial – na discussão judicial dos conflitos jurídicos e no processo de formação da decisão judicial – convivem, do mesmo modo, com constrangimentos de cariz técnico, funcional e organizativos não menos impressionantes do que aqueles que existem nos fóruns legislativos de decisão jurídica.

Estas considerações não pretendem afastar a importância de prosseguir, de uma certa forma, o modelo ideal de construir consensos³⁸³ que se encontra subjacente ao modo jurídico e judicial de decidir. Como tivemos ocasião de referir inicialmente, na lógica do pensamento de Hannah Arendt em torno das noções de “esfera pública” ou “espaço público”, sabe-se que estas últimas realidades se apresentam, precisamente, como zonas de encontro, meios de comunicação ou espaços de intermediação no qual funcionam, também, o direito e a administração da justiça³⁸⁴.

Certo é, do mesmo modo, que esta tónica racional e argumentativa da realização judicativo-decisória, não prescinde de um apelo à normatividade vigente, “enquanto expressão emblemática e dimensão constitutiva do Estado-de-Direito”³⁸⁵ e fundamento de validade das opções decisórias. Mas não se esconde que o juízo jurisdicional, podendo estar já constituído

³⁸² Contraposta à “racionalidade comunicacional”, na dualidade que se reconhece na obra de Habermas em que este surpreende, ao lado do processo de racionalização do diálogo e do consenso na vida quotidiana (incluindo aqui a vida inerente ao “espaço público”), uma outra forma de racionalização mais ligada com os aspectos técnicos da vida social, preocupada com o aumento de eficácia dos actos destinados a controlar os processos pelos quais as sociedades garantem a sua subsistência, reprodução e desenvolvimento. A este tipo diferenciado de racionalidades corresponderia, segundo Habermas, dois tipos de direitos: um “direito técnico-instrumental” e um “direito comunicativo” - assim, na leitura do pensamento intermédio de Habermas, cfr. Habermas, Jürgen (1997), e (1998), pp. 293- 300; e Hespanha, António Manuel (2007), pp. 151-170. Sobre este ponto, Pierre Guibentif procede a uma leitura da obra *Facticidade e Validade* de Habermas, concluindo, a propósito de uma das principais teses nela inscrita, que “a comunicação, nas sociedades modernas, permite que uma colectividade faça a sua história, isto é, se identifique e concretize projectos, se forem realizadas duas condições: (1) devem existir dois âmbitos de comunicação distintos: por um lado, os procedimentos formais de tomada de decisão política e administrativa (o “sistema político constituído em Estado de direito”; o centro político); por outro lado, o universo dos debates espontâneos (o “espaço público – fala nesta obra muitas vezes de «espaços públicos» (plural) «autónomos», «o poder comunicacional»); (2) tem que existir uma articulação entre estes dois âmbitos. Articulação que Habermas procura pensar, recorrendo nomeadamente à metáfora do *cercos* da comunicação espontânea aos procedimentos formais” – assim, Guibentif, Pierre (2006), pp. 7-8.

³⁸³ “Um processo de diálogo racionalizado, em que são regulados os meios de acertar a veracidade dos factos, em que é garantida a igualdade de intervenção das partes, em que se pressupõe a objectividade na ponderação dos pontos de vista, em que se explicitam todos os passos de raciocínio” – assim, Hespanha, António Manuel (2007), pp. 157-170, na análise, balanço e crítica das teses de Habermas sobre o modo jurídico de decidir e sobre a função comunicacional e emancipatória do direito.

³⁸⁴ Cfr. Hol, Antoine M. (2005), pp. 40-55.

³⁸⁵ Cfr. Bronze, Fernando José (2006), pp. 85, expressando, no mesmo passo, que essa “racionalizada realização judicativo-decisória da normatividade jurídica (...) é da autónoma e responsável competência dos tribunais, que

e objectivado em critérios positivos ou enunciado na assunção de princípios normativo-jurídicos, logra também ser assumido-constituído no próprio momento em que se considera um concreto problema decidendo³⁸⁶.

Neste exercício da tomada de decisão jurisdicional não deixa de ser considerado, pois, um momento argumentativo racional (embora de objectividade e de racionalidade limitada) e de experiência crítica³⁸⁷, conferindo a necessária autonomia e imparcialidade às posições assumidas, e convocando destarte a sua fundada legitimação.

Como se deixou assinalado nos objectivos desta investigação, pretende-se chamar a atenção, neste mesmo enquadramento sistemático e organizativo, para os condicionalismos com que o exercício da jurisdição se realiza na prática social, sistémica e organizativa da justiça, e, também ainda, para a relatividade das acepções demasiado optimistas sobre a possibilidade de o direito se realizar por si próprio. Note-se que mesmo o próprio diálogo jurídico se tem por circunscrito a ambientes, organizações e culturas que influenciam, marcam, condicionam e limitam o sentido neutral, igualitário, emancipatório e até libertador que se pretenderia alcançar por essa excelente via comunicativa própria do auditório judicial.

A reflexão inerente à presente tese pretende, precisamente, dar a entender que a organização do sistema judicial³⁸⁸ tem implicações bastantes para aferir, pelo menos nessa medida, das virtualidades e do verdadeiro alcance do modo de decisão judicial (do processo e da organização judiciários) e também dos pressupostos da sua institucionalização e reforma.

A realização do direito situa-se num ambiente institucional que marca a sua concretização, numa articulação que passa pelo seu contexto organizativo global e numa caracterização que atravessa os vários momentos de produção, interpretação e aplicação normativa. Nesta opção, uma melhor compreensão do direito obriga a ultrapassar a insuficiência reflexiva das abordagens positivistas ou hermenêuticas prevalecentes e a sugerir

deverão pressupor, para o efeito, em dialéctica correlatividade, o mérito jurídico do caso julgando, o pré-objectivado sistema jurídico e o específico sentido da juridicidade” – op. e loc. citis..

³⁸⁶ Neste sentido, Castanheira Neves, António (1998*), pp. 201-205, na linha do desenvolvido em pontos anteriores.

³⁸⁷ O que não prescinde da compreensão e domínio sobre o processo decisional, mediante o apuramento da intuição prática e jurídica, o desenvolvimento da capacidade de análise, da técnica de argumentação e do poder de síntese, bem como o apelo à ponderação de interesses e às consequências práticas da decisão.

³⁸⁸ Para além dos demais argumentos críticos suscitados por António M. Hespanha e Koen Raes a propósito do autêntico sentido social do discurso jurídico – v.g. enviesamento social e económico dos discursos judiciais e doutrinários, usos da linguagem e suas funcionalidades sociais e lógicas comunicacionais de estratégia e domínio – assim, Raes, Koen (1986), e Hespanha, António Manuel (2007), pp. 161-170. Numa análise do discurso jurídico em que para além das regras de construção gramatical deste tipo discursivo, necessárias a aferir da validade e correcção das decisões, se destaca a influência e a dependência dos elementos organizativos e institucionais.

que a função reguladora do direito exige, para a sua realização, uma extensão da reflexividade dos dispositivos institucionais de governação³⁸⁹.

Certo é que “a designada «querela dos métodos» não se move tanto no plano abstracto das concepções filosóficas sobre a natureza do direito ou a natureza do conhecimento, mas no plano concreto das reflexões sobre a natureza do trabalho dos juristas e das suas funções sociais”³⁹⁰. Como conclui o mesmo António M. Hespanha³⁹¹, com acentuado realismo e perspicácia, o direito é uma saber contextualizado, como tal inevitavelmente ligado a coisas com tempo e lugar, encarado enquanto saber não rígido – e portanto “mole” -, mas com aspirações a poder apresentar as suas conclusões como verdades científicas.

A estrutura em que se desdobra a jurisdição - enquanto (1) resolução de controvérsias, enquanto (2) prática judicativa e enquanto (3) organização ou estrutura -, tal como divisámos anteriormente³⁹², explica, com os todos os aludidos corolários, que não se deve menosprezar nenhum desses níveis, assegurando-se, por essa via, a percepção da riqueza multidimensional dos tribunais e da realização da justiça. A jurisdição, na verdade, não pode ser restringida, no seu sentido unitário e problemático, a qualquer um dos seus núcleos problemáticos (estrutura, resolução de controvérsias e prática) com menosprezo dos demais, tal como tivemos ocasião de afirmar atrás. Trata-se aqui de dar a devida relevância à dimensão da jurisdição enquanto organização ou estrutura, e como condicionadora e reciprocamente influenciadora e influenciada pelas demais dimensões.

A querela acerca do sentido jurídico-constitucional da função jurisdicional também convoca o debate para um nível similar de preocupações.

Assim, para Marcelo Rebelo de Sousa, a função jurisdicional “é aquela que é exercida através de órgãos entre si independentes, colocados numa posição de imparcialidade e de juridicidade que a recobre ou suscita. Ou seja, além da da implementação da lei «lato sensu» (que abarca a Constituição), quer encarada da óptica da protecção de direitos e interesses

³⁸⁹ Assim, Lenoble, Jacques (2007), pp. 64-67.

³⁹⁰ Cfr. Hespanha, António Manuel (2007), pp. 634. Este autor, no mesmo passo, ao falar da mencionada “querela dos métodos” e da sua evolução a partir dos inícios do séc. XX, defende que “a perspectiva metodológica deve subordinar-se a uma perspectiva teleológica (i.e., relativa aos fins do direito)”, ponto de partida comum à “jurisprudência dos interesses” de Phillip Heck.

³⁹¹ Assim, Hespanha, António Manuel (2007), pp. 615-616, onde este dá ênfase, justamente, à maleabilidade metodológica do saber jurídico e também à sua racionalidade orientada para as finalidades. Neste carácter de insatisfação e sofisticação do saber jurídico encontra-se, de novo nas palavras de António Hespanha, “a sábia consciência de que a sua história não está apenas ligada à mutabilidade dos objectos com que lidam, mas também à diversa maneira de os cientistas e as outras pessoas, lidarem com eles, em vista das finalidades sociais e culturais em mutação” – assim, ob. cit., pp. 613-614.

³⁹² Ao tratar, no primeiro capítulo, do tema da jurisdição enquanto estrutura ou organização.

legítimos (faceta subjectiva do princípio da legalidade), quer da óptica da repressão da sua violação (faceta objectiva do princípio da legalidade), e em abstracto ou pela dirimição concreta de litígios, entre interesses privados, entre interesses públicos ou entre interesses privados e públicos – além de tal incumbência, a função jurisdicional inclui na sua definição um elemento orgânico-material: os órgãos que a exercem são independentes (...), imparciais (...) e a sua actuação é essencialmente jurídica ou juridificada (...). Ou seja, a própria independência dos tribunais está ínsita na definição da função jurisdicional do Estado colectividade”³⁹³. Uma estruturação ou organização que integra a definição da função jurisdicional e que se assume como seu *distinguo* e, simultaneamente, como factor de garantia da independência dos tribunais: “a orgânica judicial deve dar assento e reforçar a independência dos tribunais”³⁹⁴.

Daí a evidência de que se retira do facto de a jurisprudência constitucional não ter vindo a optar, no dizer de Paulo Castro Rangel, “por um critério talhantemente científico, que recorte, com precisão cirúrgica, onde começa o lado organizatório e onde acaba a vertente material”³⁹⁵.

Esta acepção não deixa de ser, no entanto, discutível, mesmo tendo por pressuposto inultrapassável a ligação entre tribunais e função jurisdicional. Saber se a busca do sentido jurídico-constitucional da função jurisdicional deve ou não conter também elementos orgânicos e formais, é uma questão complexa objecto de algum debate, em que alguns preferem apostar num critério material que conceda à distinção tradicional das funções

³⁹³ Assim, Rebelo de Sousa (1992), Marcelo, pp. 8-9. Nesta mesma linha assenta o entendimento de Stéphane Rials sobre a jurisdição, a qual contém uma dimensão material (função contenciosa) e uma dimensão orgânica e formal (função de um terceiro independente e imparcial e através de uma garantia orgânica e procedimental) – cfr. Rials, Stéphane (1989), pp. 8-9.

³⁹⁴ Idem, Rebelo de Sousa (1992), pp. 11.

³⁹⁵ Deste modo, Paulo Castro Rangel, no tratamento da jurisprudência constitucional que se tem debruçado sobre a questão da reserva de jurisdição e do monopólio estadual da função jurisdicional – cfr. Rangel, Paulo Castro (2001^a), pp. 299. Anotem-se, para a construção jurisprudencial desta “reserva de jurisdição”, entre outros, os Acs. do TC n.ºs 71/84, de 4/7/1984, CJ, tomo 3, pp. 25 e ss.; 171/92 de 6/5/1992, BMJ 417, pp. 165 e ss.; 452/95, de 6/7/1995, BMJ 451 (suplemento), pp. 309 e ss.; 496/96, de 20/3/1996, BMJ 455, pp. 535 e ss.; 114/98, de 4/12/1998, BMJ 474, pp. 24 e ss.; e 279/98, de 10/3/1998, BMJ 475, pp. 196 e ss.; pelos quais arestos se destaca que a noção jurisprudencial de “tribunal” não se afere simplesmente pela atribuição de competência de natureza (materialmente) jurisdicional. Assim, no citado Ac. do TC n.º 452/95, que teve de se pronunciar sobre um dos casos de zona de fronteira, acentuou-se: “A função jurisdicional consubstancia-se, assim, numa “composição de conflitos de interesses”, levada a cabo por um órgão independente e imparcial, de harmonia com a lei ou com critérios por ela definidos, tendo como fim específico a realização do direito e da justiça. Aquela função estadual diz respeito a matérias em relação às quais os tribunais têm de ter não apenas a última palavra, mas logo a primeira palavra.”. Neste mesmo sentido os Acs. do TC 80/2003, de 12/2/2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030080.html>, e 620/2007, de 20/12/2007, atrás citado a propósito do estatuto dos juizes, em que ao valorizar o princípio da unidade e especificidade deste último o conexas com a reserva de jurisdição que pressupõe a necessária convergência entre a dimensão material e a dimensão organizatória da jurisdição – assim, no DR 1ª Série, n.º 9, de 14/1/2008, pp. 463.

política, administrativa e judicial por via de caracteres próprios, exigindo-se que tais caracteres devam subsistir qualquer que seja o órgão que jogue o papel principal no exercício de cada uma das funções respectivas³⁹⁶.

Não é despidendo aqui relevar, contudo, mais uma vez, que o próprio texto constitucional português, no seu Art.º 202.º, identifica a função jurisdicional (cfr. a epígrafe do preceito) com a tarefa de administração da justiça (no seu n.º 1), projectando-se esta última numa tríplice direcção: a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos; a repressão da violação da legalidade democrática, e a dirimição dos conflitos de interesses públicos e privados (no seu n.º 2). Deste carácter ambivalente da função jurisdicional – dimensão de tutela dos direitos e de tutela do direito (dupla vertente subjectiva e objectiva) – que é retratado na definição normativa do citado Art.º 202.º/2 da CRP, retira-se um sentido não rigorista ou pragmático dessa mesma função, o qual não pode deixar de ser mesclado, no seu núcleo material, com elementos ou notas características de cariz orgânico, formal e subjectivo, conexionados com a qualidade dos órgãos jurisdicionais ou dos seus titulares, mas também com os seus estatutos, com os elementos estruturais do sistema e da sua organização.

O que leva a reforçar onexo fundamental que tem de existir entre a função jurisdicional, os tribunais e a sua actividade de administração da justiça, onde se inclui, como apurámos, a tarefa de realização jurisdicional do direito, que marca a sua essência, mas também todas as outras actividades e realidades que a podem fazer prosseguir e que marcam o seu estilo, a sua forma e, irrefutavelmente, o seu conteúdo. Sob pena de perda de unidade, de integridade e de eficácia do sistema judicial – no fundo de funcionalidade da jurisdição - e, por aí, da sua legitimação no quadro das exigências políticas, sociais e económicas. Trata-se, afinal, de um conteúdo normativo-constitucional que legitima a intervenção judiciária e edifica legalmente a sua organização.

Esta mesma ideia é reforçada se vier a ser composta dos cambiantes dessa funcionalidade da jurisdição, numa articulação com o tema dos poderes político-constitucionais inerentes aos órgãos de soberania, onde os tribunais se inserem. E enquanto exercício de poder a actividade dos tribunais não deixa de estar dependente das suas especiais condições materiais de exercício ou de produção, num enquadramento salutarmente político, adoptando aqui uma noção que não pretende confundir planos (entre o juízo judicativo e o

³⁹⁶ Nesse sentido, Medeiros, Rui; e Fernandes, Maria João (2007), pp. 19-24, dando conta, estes mesmos autores, dos termos desse debate na tarefa de explicitação do sentido jurídico-constitucional da função jurisdicional, à luz do preceituado no citado Art.º 202.º da CRP.

político), mas devolver a verdade da importância social e política dos tribunais e das suas decisões, para mais num cenário de expansão da sua influência, tal como sublimado no decurso deste trabalho, e, num mesmo passo, recusar o dogma da sua neutralidade ideológica, cultural e política.

Paulo Castro Rangel, expõe, com particular ênfase, estas mesmas conclusões: “(...) Como sustentar esta nova «neutralidade», que é «política», sem o ser, quando se reconhece (e se prescreve) o alargamento do espaço vital da função jurisdicional? Como defender essa «angelização» da justiça, quando se pretende que a jurisdição se erija em sede de autenticação e validação das decisões políticas? Como relegar para segundo plano – para o limbo das simples «condições» não constitutivas – o problema institucional (organização e governo da justiça), o problema estatutário (legitimidade e responsabilidade do juiz) e o problema funcional (eficiência do sistema judicial), quando, como nenhum outro, no poder judicial, o *momento organizatório* é parte e essência do *momento material*”³⁹⁷.

Daí que se perceba, do mesmo modo, que quem possua o estatuto de independência e imparcialidade, enquanto juízes, para o exercício da função jurisdicional, passe a estar indissociavelmente enquadrado e garantido pela reserva de jurisdição³⁹⁸, tal como está consagrada nos Art.ºs 202.º e 203.º da CRP, não admitindo o exercício da mesma a quem se situar fora desse campo legitimador de exercício. Âmbito esse reforçado por um estatuto unificado e específico, isto é constituído por um complexo de normas que são apenas aplicáveis aos juízes, sendo essas disposições normativas, ainda que de natureza remissiva, que determinam e conformam o respectivo regime jurídico-funcional³⁹⁹.

Nesse quadro, sintetizando as ideias lançadas no decurso deste trabalho, o princípio da efectividade da tutela judicial exige, desde logo, a consagração, pelo Estado, de uma organização judiciária e de um regime de processual tais (normas, estatutos, meios e estruturas) que garantam o exercício dos direitos e dos interesses legítimos.

Depois, a interdependência entre a estrutura organizacional e programática e a racionalidade do acto de decisão, leva a encarar o direito como um saber e uma actividade que se desenvolve em espaços organizativos, povoados que estão estes de competências

³⁹⁷ Cfr. Rangel, Paulo Castro (2001^a), pp. 270.

³⁹⁸ Assim, Canotilho, Gomes (1998), pp. 583-590.

³⁹⁹ Na expressão do mesmo Ac. 620/2007, de 20/12/2007 (publicado no DR 1^a Série, n.º 9, de 14/1/2008, pp. 463), que cita Gomes Canotilho e Vital Moreira, na sua Constituição da República Anotada, edição de 1993, aqui referenciada como Canotilho, Gomes; e Moreira, Vital (1993), pp. 821.

organizativas e especializações profissionais, sendo ao mesmo tempo, o direito, condicionado e condicionador dessa acção.

Nesse contexto, o juiz assume uma importância fundamental, enquanto actor no sistema, finalisticamente legitimado e justificado para o momento decisional e para a argumentação encontrada nessa decisão, segundo uma racionalidade juridificada mas, também, adstrito às condições de possibilidade desse sistema.

A realização jurisdicional do direito, por si própria, não deixa de estar também muito dependente – o que é ainda mais patente em contextos de maior complexidade - do acervo dos vários saberes e experiências da vida social e humana, que lhe possibilitem chegar à compreensão da riqueza das realidades factual e jurídica. O que obriga também a sublimar o valor dos factores sistémicos e organizativos, e, do mesmo modo, ao repensar da organização judiciária em torno da complexidade e do papel sistémico e de síntese do juiz, sem que este possa vir a perder o domínio da acção jurisdicional para outros actores (burocratas, tecnocratas, peritos ou mesmo cientistas).

Também assim, a natureza atomística e individualizante da tarefa jurisdicional exige, por si mesma, um mecanismo de compensação funcional e integradora, fomentando não só um melhor regime normativo garantístico de organização (mormente nas cambiantes de imparcialidade, independência e isenção), mas também com uma maior intensidade e inteligência organizativas, gerando parâmetros seguros e compatibilizados de eficácia, qualidade, isenção, independência e confiança.

Tudo se encontra então dependente da dinamização e desenvolvimento de uma cultura organizativa e administrativa dos tribunais, da profissionalização da função judiciária e da estruturação dos meios e dos instrumentos materiais que garantem essa actividade judiciária.

Seria no mínimo redutor pensar que o sujeito institucionalmente convocado a realizar a intenção jurídica, no cruzamento dos vários pluralismos e dos conflitos e na vocação integrante e imparcial da justiça, não dependesse também das suas condições de independência social e institucional. Prosseguindo a realização do Estado de direito não simplesmente da normatividade jurídica mas, sobretudo, do império da última palavra (segundo determinada justificação e argumentação de saber) que se concede à jurisdição na medida apropriada e legitimada de poder⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Numa leitura de Castanheira Neves que, embora partindo da afirmação autónoma do direito enquanto jurisdição e da necessidade do seu sustentáculo institucional, não faz depender, no entanto, o Estado de justiça e

Numa acepção própria dos condicionantes organizativos e institucionais da função jurisdicional que asseguram a sua legitimação político-constitucional e também a sua disciplina normativa e estatutária, mas que também devem moldar devidamente um espaço de independência e autonomia, sobretudo no plano da realização do direito. Que possa consentir, destarte, a existência de um espaço de liberdade permeável ao florescimento de vários perfis jurisdicionais (mais ou menos criativos, mais ou menos activos ou reservados), sem menosprezo das limitações que se impõem à eventualidade do “juiz errático e aberrante”⁴⁰¹.

Percebendo, do mesmo modo, que o processo decisional do juiz se enquadra numa dinâmica procedimental, tal como atrás salientado pelas várias teorias explicativas, reconhecendo-se aí, mais realisticamente, uma multiplicidade de escolhas nas várias etapas decisórias. Numa complexidade que pode atravessar o próprio cenário mais global da realização do direito em que a intervenção jurisdicional se cifrará como a última fase e derradeira e em que os factores políticos que subjazem ao processo legiferante fazem realçar a importância de um pensamento reflexivo ou reversível sobre os condicionamentos ou constrangimentos ao exercício da função jurisdicional⁴⁰².

de jurisdição – e o juiz enquanto seu sujeito -, portanto a própria independência jurisdicional, de uma qualquer neutralidade ideológica ou esclarecimento axiológico-normativo. Consulte-se, neste ponto, Castanheira Neves, António (1975), pp. 268-269, ao referir que “se a intenção do direito, tal como a pudemos compreender, é uma intenção axiológica-normativa universal, não partidária e justificada pela sua própria validade, bem se pode dizer que o juiz – se verdadeiramente o for ou na medida em que pela sua voz fale autenticamente o direito – é «o representante originário da soberania ainda não delegada do povo»; proclamando o direito, reconhece todos e cada um dos membros da comunidade, na sua dignidade, na sua liberdade, na sua igualdade, na sua participação e na sua responsabilidade social”. Como se percebe, os objectivos da nossa reflexão ficam-se pela afirmação da importância dos factores organizativos para a definição de um sentido mais convincente, apurado e satisfatório da jurisdição.

⁴⁰¹ Assim, Thomas, E. W. (2005), pp. 241-261. Num modelo que possa divisar, tal como atrás exposto, uma linha de condicionamentos respeitantes ao ambiente externo à actividade judicial (constrangimentos externos) e uma outra linha de condicionamentos (constrangimentos internos) respeitantes à própria metodologia judicial – cfr. Posner, Richard (2008), pp. 125-203.

⁴⁰² Na acepção de um “realismo prático”, veja-se Thomas, E. W. (2005), pp. 305-307. Numa outra acepção, que aqui mais uma vez se reforça, a realização do direito coloca a questão relativa às condições de possibilidade dessa operação, no desenvolvimento da análise sobre essas condições institucionais (condições empírico-transcendentais). Reflecte-se aqui, de novo, o pensamento Jules Coleman e de Jacques Lenoble – cfr. Lenoble, Jacques (2007), pp. 23-62, e Coleman, Jules (2001), pp. 70-78, 94-97 e 171-172.

Capítulo 5. Conclusões. A relevância da jurisdição enquanto organização ou estrutura

O ponto culminante deste trabalho aponta, justamente, para a aferição da relevância que tem a análise e a qualificação da jurisdição enquanto organização e estrutura, para a actividade dos tribunais, para a tarefa e para a função jurisdicional, e, ainda, para o domínio do jurídico e da sua realização.

Por aqui se veio a constatar, efectivamente, de que a concepção até agora predominante na teoria do direito sobre esta matéria, segundo a qual a obtenção do sentido do direito tem implicações unilaterais nas mutações operadas no sentido da jurisdição, se encontra, quanto a nós, cada vez mais distante da cultura que envolve a actividade dos tribunais e da discussão sobre o próprio direito como objecto da análise dos outros saberes.

A justiça, enquanto aplicação do direito ou na qualidade de sistema de realização do direito, como vimos, apresenta-se com várias dimensões a explorar *pluri* ou interdisciplinarmente, nos seus atributos políticos, sociais, económicos e procedimentais.

Uma análise mais atenta e abrangente sobre a actividade dos tribunais, sobre o processo e o direito naqueles aplicado (ou realizado), o que se diferencia segundo a experiência comparada de que se parta (v.g. *common law* e *civil law*), fez suplantar a ideia de que aquelas matérias são meras realidades jurídicas *adjectivas*, destituídas de “espessura” para a análise da política e das demais ciências sociais.

Uma realidade que advinha um campo mais vasto do jurídico, em que as disciplinas e as teorias não-jurídicas são aproveitadas, numa zona fronteiriça, como um enriquecedor *instrumentarium*, com o qual o teórico do direito pode chegar a uma compreensão da realidade jurídica mais profunda do que a que teria se o não tivesse utilizado. O valor destes estudos empíricos ou de cariz mais positivo (político-social) não se encontrará, em definitivo, nos debates que são próprios a cada disciplina, mas sim no impacto prático dessas análises e resultados para a compreensão significativa dos tribunais, no que essas análises nos podem dizer sobre o comportamento dos juízes e das instituições jurídicas e como estes interagem com as outras instituições políticas de governo e com a própria sociedade⁴⁰³. Trata-se, mesmo, de uma das condições fundamentais para o crescimento dos estudos interdisciplinares do

⁴⁰³ Assim, de novo, Friedman, Barry (2006), pp. 262-272, e Heise, Michael (2002), pp. 849-850.

direito, em que a evolução das disciplinas “externas” ao mundo jurídico tem de passar pela aferição clara do seu potencial para a compreensão e a melhoria do direito⁴⁰⁴.

Estes objectivos não podem ser alcançados com uma permanente assunção céptica sobre a própria compreensão do direito, mas sim através da obtenção de melhor informação e de análises qualificadas sobre o conhecimento do direito enquanto tal, nas suas práticas e dinâmicas, isto é, na sua metodologia, na sua substância normativa e no seu processo.

Assim também os juristas devem firmar a substância das suas opiniões sobre o jurídico e a sua concreta realização em horizontes diferentes da tradição do formalismo ou normativismo jurídicos, ao mesmo tempo fazendo integrar os materiais e os específicos elementos das metodologias básicas do seu estudo e análise com componentes até agora entendidos como externos ao método de aplicação do direito, superando, através disso, uma visão meramente instrumental ou funcional do direito⁴⁰⁵.

Não pode aqui deixar de se lembrar a expressão de Rogério Ehrhardt Soares, que, embora num outro cenário de preocupações, propugnava uma perspectiva substantiva e politicamente integrada do papel do jurista. Tal como este autor defendia em 1969, “se (...) o jurista fizer um esforço por compreender que só uma teoria política não formal permite o acesso ao mundo em que estão ancorados os valores que a constituição empreendeu firmar entelequialmente, não poderá recusar-se a aceitar essa teoria com um seu instrumento de trabalho. Não se lhe pede que deixe de ser jurista; apenas que, sendo-o, vá acreditar que a sua missão é mais ampla e mais digna que a de prestar homenagem passiva a tudo aquilo que se fornece como sendo direito”⁴⁰⁶.

Traduz-se, esse diferenciado papel do jurista, como se apontou de início, numa visão prática e operante do direito, enquanto realidade viva, pragmática e contextualizada, que se opõe à representação do direito mais tradicional nos sistemas como o nosso, em que se perspectivam as relações sociais ainda muito fora da órbita das bases em que se funda o direito.

Esta acepção reconstituída do direito enquadra-se, no fundo, neste esforço de o encarar como uma actividade, um fenómeno ou uma *instância* diferenciada, em cruzamento ou

⁴⁰⁴ Cfr. Posner, Richard (2002), pp. 1317-1318.

⁴⁰⁵ Refutando, assim, as avisadas críticas sobre os perigos de uma visão meramente instrumental ou funcionalizada do direito, que pode perpassar tanto na prática como na teoria dos juristas e dos demais saberes ou profissões que se debruçam sobre o direito – assim, Castanheira Neves, António (2006/2007); Tamanaha, Brian Z. (2005), e (2007); e Scordato, Marin Roger (2008), pp. 401-440.

⁴⁰⁶ Assim, Soares, Rogério Ehrhardt (2008), pp. 162.

interferência com outras actividades ou instâncias, em que, no dizer de Pierre Guibentif, o discurso jurídico se enuncia, “mais concretamente, em contextos específicos, estruturados não apenas pela «lógica jurídica», mas também por lógicas económicas, pedagógicas, etc., que criam as condições materiais de possibilidade desta enunciação”⁴⁰⁷.

Neste ponto, o direito pode ser visto, “como um instrumento de iniciativas de actores individuais e colectivos que procuram interpretá-lo, modificá-lo ou preservá-lo no interesse próprio. Trata-se, assim, de desenvolver uma teoria da relação entre regras e acção fundada numa visão do funcionamento do direito como mecanismo social, situando a observação socioeconómica no coração das disposições jurídicas”⁴⁰⁸. Pressupostos em que assentaria o desenvolvimento de um pensamento jurídico revivificado e criativo que seria capaz de interrogar as estruturas dos direitos em vez de se submeter a elas⁴⁰⁹.

Uma realidade que beneficia da elucidação de um conceito mais enriquecido de *poder* na devida contraposição com as suas condições de exercício, bem como de um diálogo estabelecido entre aquele poder e os pressupostos mais duradouros do saber jurídico, no enquadramento de uma estrutura comunicacional dos mecanismos de interpretação e aplicação do direito⁴¹⁰.

As condições de possibilidade da jurisdição, segundo o que agora se intui, não podem deixar de tocar e influenciar o núcleo essencial desta última, como realidade construída e emergente da vida institucional e social, numa interpenetração entre o contexto do mundo da vida e os sentidos axiológicos e dogmáticos do direito.

A operação de aplicação do direito – de realização jurisdicional do direito – coloca, dessa forma, a questão relativa às condições de possibilidade dessa operação através da qual a actividade racional de julgamento produz os efeitos do sentido normativo na realidade, isto é, como se aplica ou se realiza na realidade social⁴¹¹. Talvez se possa mesmo dizer, em apelo retórico, que esta ideia é ainda um pouco mais verdade nas questões da justiça, pois face às condições actuais da realização da administração da justiça só faz *sentido*, quanto a nós,

⁴⁰⁷ Cfr. Guibentif, Pierre (2006), a pp. 18.

⁴⁰⁸ Assim, Gonçalves, Maria Eduarda (2004).

⁴⁰⁹ Conforme Wahlgren, Peter (2000), 521.

⁴¹⁰ Na linha do atrás salientado para o delineamento da noção de realização do direito e do pensamento de Foucault em torno das ideias polarizadoras do “poder” e do “saber” - assim, Foucault, Michel (1994), pp. 423-476; e Frydman, Benoît (2005), pp. 32-34.

⁴¹¹ Confronte-se, de novo, o pensamento de Jules Coleman e de Jacques Lenoble na análise das condições institucionais (condições empírico-transcendentais) requeridas para a efectivação da acção cooperante partilhada (*shared cooperative action*) entre as autoridades encarregues da aplicação da “regra de reconhecimento” – cfr. Lenoble, Jacques (2007), pp. 23-62, e Coleman, Jules (2001), pp. 70-78, 94-97 e 171-172.

pensar o sistema judicial num unidade sistémica que faça *sentido*, isto é, em que se perceba qual o *sentido* que tem a aplicação da justiça que determinado juiz realiza em determinado caso concreto para a compreensão do sistema judicial e do sistema social e económico no seu todo. E, por outro lado, nessa reversibilidade fundamental, perceber qual o sentido que se pode obter do sistema judicial, através da sua estruturação, organização e condicionamento, e que poderá vir a iluminar e capacitar essa mesma tarefa jurisdicional de julgamento de um caso concreto.

O que é particularmente perceptível, como se fez alusão, na análise dos pressupostos de governação e das políticas públicas de reforma do sistema judicial, em que a legislação se manifesta particularmente atenta e procura atender e conformar o momento jurisdicional de realização do direito. E, também, na querela acerca do sentido jurídico-constitucional da função jurisdicional⁴¹² e pela afirmação do sentido jurisprudencial à jurisdição, tal como tem vindo a ser entendido pelo Tribunal Constitucional a propósito dos casos que lhes têm sido submetidos à apreciação em torno da reserva da jurisdição e do âmbito da função jurisdicional.

Nesta percepção, o que entendemos como verdadeiramente fundamental, a actividade do aplicador jurisdicional do direito insere-se num contexto institucional, isto é, num processo institucional e organizacional que lhe confere sentido, legitimidade e validade⁴¹³.

Sem querer entrar, neste ponto, pela elucidação da concepção do direito que perpassa pelas várias abordagens sobre a realização jurisdicional do direito que teríamos de percorrer⁴¹⁴ para a descrição de um papel minimamente convincente às condições organizativas do direito para uma assunção plena e integral do que é actualmente a jurisdição no universo jurídico e social. Sabendo-se que a prática jurisprudencial, mesmo na sua faceta de prática social

⁴¹² Recorde-se que esse debate passa pela questão de saber se a busca do sentido jurídico-constitucional da função jurisdicional deve ou não conter também elementos orgânicos e formais.

⁴¹³ Para além da compreensão que coincideria, numa assimilação adequada entre situação de facto e hipótese normativa, haveria que introduzir a dimensão do “grau de comprometimento” do decisor com o sistema institucional. Efectivamente, na expressão de José Lamego (embora na elucidação do carácter relativo da distinção ponto de vista interno / ponto de vista externo), “o juiz enquanto «órgão» do sistema, enquanto detentor de uma «competência», tem um grau de comprometimento diverso do do jurista dogmático, e, sobretudo, do do juscomparatista ou do historiador do Direito” – cfr. Lamego, José (1990), pp. 160-161. Consultem-se, acerca desta ênfase da característica institucional da aplicação jurisdicional do direito e da interpretação jurídica, Frydman, Benoît (2005), pp. 659-661; Sustain, Cass R.; e Vermeule, Adrian (2003); Sesma, Victoria Iturralde (2003) pp. 31; e Andrés Ibáñez, Perfecto (1994), pp. 862-863.

⁴¹⁴ Devedoras de um “convencionalismo” do jusnaturalismo ou resultantes do novo positivismo ou normativismo jurídico, concebendo o direito como um vigente e socialmente reconhecido sistema de regras, de um funcionalismo jurídico, ou mesmo de um pragmatismo jurídico ou, finalmente, de um direito encarado como integridade e referido em termos determinantes aos direitos e aos seus princípios (uma fundamental dimensão

interpretativa, não se compadece com as orientações de um ponto de vista do participante (ponto de vista “interno”), mesmo na sua prática jurídica, e deve conviver, através de afirmações sistémicas e de contraposições com o seu ambiente social e económico, no horizonte global dos seus pressupostos organizativos e institucionais, com as afirmações próprias de todas as abordagens externas ao direito (ponto de vista “externo”). Em que o plano da própria prática jurídica, enquanto prática normativo-justificativa, se engloba de elementos de cariz analíticos e explicativos, deles beneficiando e ganhando um plano de legitimação, de validade e correcção discursiva e também de argumentação e fundamentação acrescida. A narrativa do jurídico ganha assim a sua plena integração no real social a que se destina, relevando devidamente o plano da organização ou da estrutura em que a jurisdição se concretiza ou realiza.

A realização do direito, enquanto dimensão constitutiva e concretização prática, exige como indispensável uma indefectível condição institucional onde os tribunais estão presentes na sua organização e estrutura, seja ou não para percorrer o caminho do comprometimento com a incondicionalidade da realização do Estado de direito⁴¹⁵. A afirmar, no fundo, uma perspectiva englobante e que tenha em devida conta a afirmação do direito enquanto síntese das suas três dimensões constitutivas: - uma dimensão social ou de interferência social; - uma dimensão de ordem-institucionalização; e – uma dimensão de cariz ético⁴¹⁶.

Sem querer implicar, nesta conclusão, uma qualquer opção pela dimensão pela qual se encontrará o carácter distintivo do direito, mas percebendo que a realização do direito, pelo menos na sua implicação jurisdicional, terá de ser entendida na sua plenitude constitutiva⁴¹⁷. Incluindo aqui a sua fundamental faceta institucional, organizativa e estrutural, que se encontra minorizada na preocupação do universo jurídico, situação que tem empobrecido e enfraquecido a própria posição do jurídico, justamente na sua afirmação perante as especiais exigências das sociedades contemporâneas.

ético-jurídica aferida à prática judicativa) – assim, no apuramento destas distinções em Castanheira Neves, António (2001), pp. 264-270.

⁴¹⁵ Percurso que Castanheira Neves enceta mas que não invalida o pressuposto da inevitabilidade institucional do direito na sua realização prática e, por essa via, da interpenetração dos elementos organizativos e estruturais na própria concepção da jurisdição – cfr. Castanheira Neves, António (2002), pp. 74.

⁴¹⁶ Uma síntese que o mesmo Castanheira Neves adopta para a defesa da afirmação do direito diante as propostas, por ele designadas, do funcionalismo tecnológico-social e do funcionalismo sistémico (que atrás deixámos enunciadas) – Castanheira Neves, António (2006/2007), pp. 151. Autor que, nesta linha, parece ter atenuado o seu posicionamento anterior segundo o qual os problemas estruturais da jurisdição – como a organização institucional, a legitimação decisória, os estatutos, a componente funcional – seriam externos ao sentido da jurisdição - assim, Castanheira Neves, António (1998), pp. 291-292.

Permitimo-nos, assim, concluir com as propostas lançadas de início e que foi nossa ambição confirmar com o percurso pelos vários capítulos precedentes, em que se deu conta do manancial de questões que atravessam actualmente (e se calhar sempre atravessaram embora de forma menos explícita) o sistema judicial e a própria assunção do jurídico na sua afirmação prática.

Ao fazer apelo à importância da organização da justiça e das condições de concretização da tarefa jurisdicional para a compreensão da realização jurisdicional do direito não se pretendeu sequer sugerir, reafirma-se, que sejam estes os únicos factores envolvidos nesse complexo de factores ou concausal de cariz global da actividade que está ínsita à jurisdição.

A abordagem anterior não se restringiu, quanto a nós, aos aspectos de cariz estrutural ou funcional, nem nos pareceu ser possível estabelecer em moldes precisos – nunca seria alcançável esse objectivo nem prudente tal desafio - qual o contributo dos vários factores ou condições da actividade judicial para essa tarefa de realização do direito. Antes se pretendeu chamar a atenção para a importância destes factores organizativos entre outros, sobretudo em determinadas dimensões, e para o seu especial significado.

Concedendo-se, para esta análise conclusiva, a existência de umnexo entre a realização do direito e a estrutura organizativa e social que a sustenta, o que implicará a aludida equação *ubi societas ibi jus* mas também, como vimos, a sua reversibilidade. Ou, por outras palavras, uma *relação recíproca de efeitos* ou uma *interdependência relacional* entre a realização do direito e a sua organização, funcionando ambas essas dimensões numa “relação de integração”⁴¹⁸.

Numa actualidade rica de sentidos perturbantes e de muitas coisas que não fazem *sentido*, talvez seja motivante encontrar algum *sentido* no que se pretende ao fazer justiça e no que se pretende ao fazer justiça da forma, com os meios e com a organização que conhecemos⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Admitindo-se, com algum desafio, que a estrutura de realização do direito possa ter implicações na concepção adoptada sobre o próprio direito – assim, para o deslinde do legalismo v. pragmatismo nos sistemas jurídicos da Europa-continental e dos EUA, Posner, Richard (2008), pp. 196-203.

⁴¹⁸ Na linha do defendido por Gomes Canotilho – insiste-se na referência inicial -, a propósito da ultrapassagem da dualidade entre os dois modelos fundamentais de relações entre o direito material e o direito procedimental, na análoga temática específica dos direitos fundamentais – assim, uma vez mais, a referência Canotilho, Gomes (1990), pp. 158.

⁴¹⁹ O que motivará compreender como um desafio principal de justificação e compreensão do papel do judiciário a necessidade de reduzir o fosso entre o direito e a realidade, necessitando-se de um pressuposto teórico e prático que possa vir a criar pontes entre ambos e que se assuma como resposta satisfatória às cada vez mais complexas e

A prática do direito, sobretudo na sua faceta de realização jurisdicional, tem muito a ver com a permanente superação das limitações e condicionamentos com a realidade que se lhe depara e a que não pode radicalmente fugir, qualquer que seja o ideal normativo ou valorativo a prosseguir⁴²⁰. Realidade que se traduz na dimensão do que a justiça é realmente, na delimitação dos seus condicionamentos e capacidades, mas também na realidade casuística, tantas vezes complexa e massiva, que lhe surge para apreciar, julgar e decidir. Em que a afirmação do que é possível, mesmo na prossecução de ideais exigentes, surge como a síntese conclusiva mais prudente face ao peso considerável – força gravitacional – das condições de exercício que são naturais a qualquer poder⁴²¹ e também (e sobretudo) para o poder que se entende ainda como o mais difícil de entre todos os demais poderes políticos e sociais.

O que irá possibilitar, talvez, passar do “pouco que pode o sujeito sem organização” (do “pouco que pode o actor sem sistema”) para o “muito que pode o sujeito com organização” (o “muito que pode o actor no sistema”), inclusive para tornar mais compreensível o porquê de atribuir a alguns – o que sempre foi assumido como indispensável em todos os períodos históricos – a capacidade de julgar os assuntos e a vida dos outros – no fundo de fazer justiça enquanto juiz, terceiro e imparcial - através dos meios, da organização, dos procedimentos, das garantias, mas também dos ritos e da simbologia que fazem parte da actividade dos tribunais.

No fundo de uma justiça que seja capaz, através dos actores e do sistema que lhe dão vida, de assumir as suas tarefas, as suas funções e os seus poderes, exercendo-os num apelo continuado à consciência ético-jurídica da sociedade, através de decisões fundamentadas, justificadas e proferidas em tempo razoável, com uma legitimação política e social robustecida, com o grau de confiança, de aceitação e de prestígio perante os seus destinatários que lhe deve estar inerente e segundo os padrões actuais de exigência social e económica.

intensas mudanças sociais – cfr. Barak, Aharon (2006), pp. 310-315 -, o que passará, na visão deste autor, pelo desenvolvimento do instrumental teórico e prático ao dispor dos juízes (recursos, meios e técnicas, também de cariz interpretativo e aplicativo), de um novo relacionamento entre os vários ramos do poder político-constitucional, de um ambiente propício a uma salutar confiança no judiciário e, por último, na manutenção de uma operativa independência dos tribunais.

⁴²⁰ Sendo particularmente adequada a evocação inicial de Miguel Torga, enquanto expressão da ambiguidade da vida humana, em que a superação da sua condição de humanidade, em sucessivas afirmações e negações, afinal não consegue fazer calar o que é mais primário, o “chão” que se assimila pela raiz e interioriza e que se manifesta inelutavelmente sob a sua forma mais radical, isto é, na força de um grito. “Senhor, ergo-me do fim / Desta minha condição: / Onde era sim, digo não, / Onde era não, digo sim; / Mas não calo a voz do chão / Que grita dentro de mim.” (1934).

⁴²¹ Numa compreensão alargada e compreensiva de poder a que demos relevo de início e no decurso deste texto, aqui incluindo as designadas condições de “produção do poder” na acepção de António Hespanha – de novo a referência Hespanha, A. Manuel (2003), pp. 27-31, e (2004), pp. 23-25.

Sem quebras inultrapassáveis da índole jurídica da jurisdição, isto é, da sua pertença disciplinar. Mas sem esquecer, ao mesmo tempo, que o direito realizado, aquele que na realidade influencia e determina a vida das pessoas não é, muitas vezes, aquele objecto pretendido pelos cultores do direito e o fruto das decisões políticas legiferantes. É sobretudo e cada vez mais o direito que resulta dos pressupostos discursivos e das condições culturais, humanas e materiais daqueles que têm a autoridade de o definir no caso concreto. Quantas vezes e tão só o direito possível⁴²².

⁴²² Num equilíbrio pragmático entre o optimismo irrazoável e o pessimismo desesperante, passando da certeza do direito para a possibilidade do direito, tal como John Watkins advogou, num timbre céptico, para a ciência - assim, em Watkins, J. W. N. (1990), pp. 84-87.

REFERÊNCIAS (Bibliográficas e Documentais⁴²³)

Aarnio, Aulis, 1991, *Lo racional como razonable: Un retrato sobre la justificación jurídica*, tradução castelhana do original inglês de 1987 *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ackermann, Werner, e Bastard, Benoit, 1988, "Efficacité et gestion dans l'institution judiciaire, in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n.º 20 1988, pp. 19-48.

--- 1992. "Les jeux organisationnels dans l'activité de justice", in François Ost et Michel van de Kerchove, *Le jeu: un paradigme pour le droit*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pp. 66-77.

--- 1993, *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Alberto dos Reis, José, 1909, *Organização Judicial – Lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1908 a 1909*, Coimbra: Imprensa Académica (proprietário editor: o auctor).

Albuquerque, Paulo Pinto de. 2007, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

Alexy, Robert, 1989, *Teoria de la argumentación jurídica*, tradução em castelhano do original alemão de 1983 *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alpa, Guido, 1996, *L'Arte di Giudicare*, Roma/Bari: Gius Laterza & Figli Spa.

--- 1998, "La rédaction de la décision de justice en Italie », in *Revue internationale de droit comparé*, N.º 3, Juillet-Septembre 1998, pp. 853-861.

Amblard, Henri; Bernoux, Philippe; Herreros, Gilles; e Livian, Yves-Frédéric, 2005, *Les nouvelles approches sociologiques des organisations*, troisième édition augmentée, Paris: Éditions du Seuil.

American Political Science Association, 1994, "Authors Meet Critics: The Supreme Court and the Attitudinal Model", symposium based on a roundtable at the 1994 meeting of the American Political Science Association, in *Law and Courts*, Spring 1994, Volume 4, Number 1, pp. 3-12, disponível em <http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/newsletter/spring94.pdf>.

--- 2003, "Supreme Court Attitudinal Model Revisited: Author Meets Critic", symposium based on a roundtable at the 2003 annual meeting of the Midwest Political Science Association, in *Law and Courts*, Spring 1994, Volume 4, Number 1, pp. 10-38, disponível em <http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/newsletter/summer03.pdf>.

Andrade, Manuel A. Domingues de, 1993, *Noções Elementares de Processo Civil*, atualizações e reedição do volume publicado em 1956 por Antunes Varela e Herculano Esteves, Coimbra: Coimbra Editora.

Andrés Ibáñez, Perfecto, 1994, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencias del formalismo", in *Doxa [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Doxa, N.ºs 15-16, vol. II, 1994, pp. 861-879, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_20.pdf.

--- 2000, "Jurisdição e Democracia Política: lições de um século", in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 19, Julho/Dezembro, pp. 7-14.

⁴²³ Todas as referências que incluem hiperligações foram verificadas em 21/6/2008.

--- 2003, “Derecho y Justicia en el Siglo XXI: Mas difícil todavía”, in *Colóquio Internacional – Direito e Justiça no Século XXI*, Coimbra, 29 a 31 de Maio de 2003, disponível em <http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/PerfectoAndresIbanez.pdf>.

--- 2006, “Cultura(s) de la Jurisdicción”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 27, Jan-Mar 2006, Número 105, pp. 7-15.

Andres Ibáñez, Perfecto, e Alvarez, Claudio Movilla, 1986, *El Poder Judicial*, Madrid: Ed. Tecnos.

Araújo, António de, 1997, *O Tribunal Constitucional (1989-1996) – Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra: Coimbra Editora.

Araújo, Fernando, 2004, *Pontos de Interrogação na Filosofia do Direito*, Lisboa (mimeo).

--- 2005, *Introdução à Economia*, 3ª edição, Coimbra: Almedina.

Arendt, Hannah, 2001, *A Condição Humana*, tradução do título original *The Human Condition*, de 1958, Lisboa: Relógio D'Água Editores.

Arnaud, André-Jean, 1977, *La Justice – Collection « Clefs »*, Paris : Editions Seghers.

--- 1990, “Repenser un droit pour l' époque post-moderne”, in *Le Courrier du CNRS, Les Sciences du Droit*, n.º 75, Avril 1990, pp. 81-82.

--- 1993, “Système (en sociologie du droit)”, in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris: L.G.D.J., pp. 598-600.

--- 1996, “Modélisation de la décision complexe en droit. Quelques pistes de recherche”, in *Les Cahiers du CIRESS*, Nouvelle série, n.º 2, décembre 1996, pp. 7-28, disponível em <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/arnaud1.rtf>.

--- 2003, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (EJA).

Arnaud, André-Jean, e Andrini, Simona, 1993, “Systémisme”, in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris: L.G.D.J., pp. 601-604.

Aroso Linhares, José M., 2002, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a *Law & Economics Scholarship*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVIII, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 65-178.

Associação Jurídica de Braga, 1972, “Colóquio sobre Organização Judiciária”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, N.ºs 118/119, Setembro-Dezembro de 1972, pp. 434-536.

Atienza, Manuel, 2007, *Las razones del derecho: Teoría de la argumentación jurídica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México.

--- 2007^a, “Argumentación y Constitución” in Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (eds.) *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, Madrid: Iustel, pp. 128-143.

Azevedo, Luís Eloy, 2007, “CEJ: História e Problematização”, in *IV Encontro Anual – 2006 do Conselho Superior de Magistratura: Funcionamento do Sistema Judicial e Desenvolvimento Económico – Sistema de Recrutamento e Formação de Magistrados*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 161-170.

Baar, Carl, 1999, “The development and reform of court organization and administration”, in *Public Administration and Development*, Volume 19, Issue 4, pp. 339-351.

Bacelar de Vasconcelos, Pedro Carlos, 1996, *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público*, Lisboa: Edições Cosmos.

Badinter, Robert, e Breyer, Stephen, 2003, *Les Entretien de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris : Fayard/Publications de la Sorbonne.

Baker, R. J. S., 1974, "The New Courts Administration: A Case for a Systems Theory Approach", in *Public Administration*, Autumn 74, Vol. 52 Issue 3, pp. 285-302.

Bancaud, Alain, 1993, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyenne*, Paris : LGDJ.

Barak, Aharon, 2002, "The Supreme Court – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", *Harvard Law Review*, Nov. 2002, Volume 116, Issue 1, pp. 19-162.

--- 2006, *The Judge In a Democracy*, New Jersey: Princeton University Press.

Barberis, Mauro, 2005, "Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione", in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, 2004, pp. 1-21, disponível em http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/04barberis.pdf.

Bartole, Sérgio, 2006, *Il potere giudiziario*, Bologna: il Mulino.

Bastard, Benoît, 1993, "Organisation (Sociologie)", in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris: L.G.D.J., pp. 419-420.

Baum, Lawrence, 2006, *Judges and Their Audiences. A Perspective on Judicial Behavior*, New Jersey: Princeton University Press.

Bauman, Zigmunt, 2006, *Confiança e Medo na Cidade*, Lisboa: Relógio D'Água Editores.

Becker, Gary, 1976, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago/London: The University of Chicago Press.

Bell, John, 2006, *Judiciaries within Europe – A Comparative Review*, Cawbridge/New York/Melbourn/Madrid/Cape Town/Singapore/São Paulo: Cambridge University Press.

Benesh, Sara C., e Wendy L. Martinek, 2002. "State Court Decision Making in Confession Cases", in *Justice System Journal* 23(1), pp. 109-133.

Boigeol, Anne, 1995, "Les Transformations des Modalités d'Entrée dans la Magistrature », in *Pouvoirs – Revue Française d' Études Constitutionnelles et Politiques*, Les Juges, n.º 74, pp. 27-39.

Bone, Robert, 2006, « Who Decides ?: A Critical Look at Procedural Discretion » in *Boston University School of Law Working Paper N° 06-29*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=928974>.

Bourdieu, Pierre, 1971, « Sístems of Education and Sístems of Thought », in M. F. D. Young (ed.) *Knowledge and Control*, London: Collier-Macmillan, pp. 189-207.

--- 1986, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, *De quel droit ?*, Septembre 1986, pp. 1-24.

--- 1986a, "Habitue, code, codificacion", in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, *De quel droit ?*, Septembre 1986, pp. 50-55.

--- 1989, "A génese dos conceitos de *habitus* e de *campo*", in *Poder Simbólico*, tradução do original "The genesis of the concepts of *Habitus* and *Field*", Lisboa: Difel, pp. 59-73.

--- 1997, "Espíritos de Estado. Génese e estrutura do campo burocrático", in *Razões Práticas. Sobre a Teoria da Acção*, tradução do título original de 1994, *Raisons pratiques: sur la théorie de l'action*, Oeiras: Celta Editora, pp. 67-92.

Bourcier, Danièle, 2007, "À propos des fondements épistémologiques e science du droit", in *Mission de recherche Droit et justice, Quelles perspectives pour la recherche juridique*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 69-74.

Boylan, Richard T., 2004, "Do the Sentencing Guidelines Influence the Retirement Decisions of Federal Judges?", in *The Journal of Legal Studies*, Volume 33, 1, January 2004, pp. 231-253.

Brandão, António José, 2001, "Fenomenologia da sentença" in *Vigência e Temporalidade do Direito e outros ensaios de filosofia jurídica*, (texto primeiramente publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 2, Setembro de 1947), Vol. II, Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, =, pp. 299-308.

Brion, Denis J., 2001, "Review – Robin Paul Malloy, Law and Market Economy: Reinterpreting the Values of Law and Economics", Washington & Lee Public Law Research Paper n.º 02-6, in *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 15, n.º 2.

Brito, Wladimir, 2004, « O Poder Judicial », in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXX, Coimbra : Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 231-270.

Bronze, Fernando José, 2002, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora.

--- 2006, "Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt jurisprudentiae, jurisprudentiae", in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II, A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 77-87.

Büllesbach, Alfred, 2002, "Saber jurídico e ciências sociais", in A. Kaufmann e W. Hassemer, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 481-509.

--- 2002a, "Princípios de teoria dos sistemas", in A. Kaufmann e W. Hassemer, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 409-442.

Burbank, Stephen B., 1999, "The architecture of judicial independence", in *Southern California Law Review*, 72, pp. 315-351.

--- 2006, "Judicial Independence, Judicial Accountability and Interbranch Relations", *University of Pennsylvania Law School, Public Law Working Paper N.º 06-29*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=922091>.

Burbank, Stephen B., e Friedman, Barry, 2002, "Reconsidering Judicial Independence", in Stephen B. Burbank e Barry Friedman (eds.) *Judicial Independence at the Crossroads – An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks/London/New Delhi: Sage Publications, pp. 9-42.

Burgo y Marchán, Ángel Martín del, 2001 (republicação do artigo de 1967), "La administración de la Jurisdicción", in *La justicia como problema. El juez como administrador del derecho*, Barcelona: Editorial Bosch.

Cadiet, Loïc, 2001, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française – Mythe et réalité », in *Archives de philosophie du droit, L'américanisation du droit*, Tome 45, Paris: Dalloz.

--- 2003, "Introduction" in Loïc Cadiet e Laurent Richer (dir.) *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris: Presses Universitaires de France.

Canaris, Claus-Wilhelm, 1989, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução do original alemão *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* de 1983, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Canotilho, Gomes, 1990, “Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais – Procedimento, Processo e Organização”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXVI, 1990, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 151-201.

--- 1998, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina.

--- 1998^a, “A questão do autogoverno das magistraturas como questão politicamente incorrecta”, in Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho (orgs.) *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora – 1920-1995*, pp. 247-264.

--- 2007, “Julgar e Decidir. As Invisíveis Manhas da Decisão nos «Tribunais Académicos»”, in *Julgar*, Janeiro-Abril, 2007, N.º 1, pp. 13-18.

Canotilho, Gomes, e Moreira, Vital, 1993, *Constituição da República Anotada*, 3ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora.

--- 2007, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora.

Capeller, Wanda, e Simoulin, Vicent, 2003, “La gouvernance: du programme de recherche à la transdisciplinarité », in *Droit et Société*, n.º 54, Paris : L.G.D.J., pp. 301-305.

Cappelletti, Mauro, 1990, “Des Juges Legislatifs?”, in *Le Pouvoir des Juges*, Collection Droit Public Positif, Aix-en-Provence: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, pp. 23-114.

--- 1990^a, “Quis custodes custodiet”, in *Le Pouvoir des Juges*, Collection Droit Public Positif, Aix-en-Provence: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, pp. 132 e ss..

--- 1994, “Una carriera al servizio della giustizia. Esame di coscienza di un processualcomparatista” in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna: il Mulino, pp. 157-183.

Capron, Alexander Morgan, 1992, « The Blind Men and the Elephant: An Introduction to Multidisciplinary Legal Analysis », in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Volume 1, Number 1, pp. 1-7.

Cardoso, Benjamim Nathan, 1921, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, aqui consultado na sua versão electrónica disponibilizada pela University of Virginia Library, Call No. K 230 .C3N3, em <http://xroads.virginia.edu/~HYPER/CARDOZO/CarNat.html>.

Cartuyvels, Yves, e Ost, François, 1998, *Crise du lien social et crise du temps juridique*, Rapport réalisé à la demande de la Fondation Roi Baudouin, Citoyen, Droit & Société, Fondation Roi Baudouin, disponível em <http://www.kbs-frb.be/files/db/fr/>.

Casanovas, Pompeu, 1998, *Las formas sociales del derecho contemporáneo: el nuevo ius commune*, working paper n.º 146, Barcelona: ICPS, 1998, disponível em http://www.diba.es/icps/working_papers/docs/wp_I_146.pdf.

--- 1999, *Pragmatics and Legal Culture: A General Framework*, working paper n.º 159, Barcelona: ICPS, 1999, disponível em http://www.diba.es/icps/working_papers/docs/wp_I_159.pdf.

Castanheira Neves, António, 1968, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra: João Abrantes (dactilografia).

--- 1975, “Justiça e Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LI, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 205-269.

--- 1985, “Interpretação Jurídica”, in *Polis- Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa: Editorial Verbo, pp. 651-707.

- 1993, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora.
- 1998, “Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Anos 130.º (pp. 290 a 300, 322 a 329) e 131.º (pp. 8 a 14).
- 1998a, “Da «Jurisdição» no actual Estado-de-direito”, in Antunes Varela, D. Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J.J. Gomes Canotilho (orgs.) *Ab Uno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 177-227.
- 1998b, *Teoria do Direito*, Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, Coimbra: Universidade de Coimbra (composição e impressão de João Abrantes).
- 1998c, *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e textos)*, Coimbra: Universidade de Coimbra (composição e impressão de João Abrantes).
- 2001, “Dworkin e a Interpretação Jurídica – Ou a Interpretação Jurídica, a Hermenêutica e a Narratividade”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, pp. 263-345.
- 2002, *O Direito hoje e com Que Sentido – O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa: Instituto Piaget.
- 2003, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2003^a, *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2006/2007, “O funcionalismo jurídico – Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 136.º, Setembro-Outubro, Novembro-Dezembro e Janeiro-Fevereiro, pp. 3-31, 66-86 e 122-151.
- Catena, Víctor Moreno, 2005, *Manual de Organización Judicial*, 2ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CCJE – Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, 2005, *Opinion n.º 7 (2005) on “justice and society”*, disponível em http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/judicialprofessions/ccje/textes/Avis_en.asp.
- 2007, *Opinion n.º 10 (2007) on the structure and role of the High council for the judiciary or another equivalent independent body*, disponível em [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2007\)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLoged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2007)OP10&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLoged=c3c3c3).
- Centro de Estudos Judiciários, 2006, *Documento Orientador da reforma da Lei do Centro de Estudos Judiciários – Proposta da Direcção do CEJ*, Novembro de 2006, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/ficheirospdf/Doc_Orient_Ref_LOCEJ.pdf.
- Chaves e Castro, Manuel de Oliveira, 1910, *A Organização e Competência dos Tribunais de Justiça Portugueses*, Coimbra: F. França Amado.
- Choi, Stephen J., e Gulati, G. Mitu, 2004, « A Tournament of Judges », *California Law Review*, January 2004, disponível em <http://ssrn.com/abstract=394700>.
- 2004a, « Choosing the Next Supreme Court Justice: An Empirical Ranking of Judicial Performance », February 2004, UC Berkeley Public Law Research Paper N.º 141, Georgetown Public Law Research Paper N.º 473281, Georgetown Law and Economics Research Paper N.º 473281, disponível em <http://ssrn.com/abstract=473281>.

Choi, Stephen J., Gulati, G. Mitu, e Posner, Eric A., 2007, "Are Judges Overpaid?: A Skeptical Response to the Judicial Salary Debate", in *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper N.º 376*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1077295>.

Church, Thomas W., 1990, *The American Court Manager: A Quest for Professionalism*, Melbourn: Australian Institute of Judicial Administration.

Clark, David S., 2002, « The Organization of Lawyers and Judges », in Mauro Cappelletti (ed.) *Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 3, Tübingen / Dordrecht . Boston . Lancaster: Mohr Siebeck / Martinus Nijhoff Publishers.

Clayton, Cornell W., 1999, "The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms", in Cornell W. Clayton and Howard Gillman (eds.) *Supreme Court Decision-Making – New Institutional Approaches*, Chicago/London: The University of Chicago Press, pp. 15-41.

Coase, Ronald, 1960, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, Outubro, pp. 1-44.

Cohen, M., March, T. e Olsen, J., 1972, "The garbage can model of organizational choice", *Administrative Science Quarterly*, 17, March 1972, pp. 1-25.

Coleman, Jules, 2001, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.

Commaille, Jacques, e Kaluszynski, Martine, 2007, *La fonction politique de la justice*, Grenoble: La Découverte/PACTE.

Commaret, Dominique, 1999, « Responsabilité du juge ou responsabilités des magistrats : les multiples sens d'un même terme » in *La responsabilité du juge – Dossiers de réflexion*, Bordeaux: École Nationale de Magistrature, disponível enquanto [recurso electrónico em](http://www.enm.justice.fr/centre_de_ressources/dossiers_reflexions/responsabilite/responsabilite.htm) http://www.enm.justice.fr/centre_de_ressources/dossiers_reflexions/responsabilite/responsabilite.htm.

--- 2000, « Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », in *Juger les Juges – Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Association française pour l'histoire de la justice, Paris: La documentation Française, pp. 201-216.

Connolly, Kim Diana, 2003, "Elucidating the Elephant: Interdisciplinary Teaching, Practice, and Scholarship", in *Washington University Journal of Law and Policy*, Volume 11, pp. 11-62.

Cooter, Robert, e Ulen, Thomas, 1997, *Law and Economics*, second edition, Reading/Menlo Park/New York/Harlow/Don Mills/Sydney/Mexico/Madrid/Amsterdam: Addison-Wesley.

Correia de Mendonça, Luís, e Mouraz Lopes, José, 2004, "Julgar: Contributo para uma Análise Estrutural da Sentença Civil e Penal. A Legitimidade pela Decisão", in *Revista do CEJ*, número 1, 2004, pp. 191-239.

Costa, Afonso, 1899, *Lições de Organização Judiciária – Synthese das preleções ao 4.º anno jurídico de 1898 a 1899*, Coimbra: Typographia França Amado.

Couture, Eduardo J., 1998, "Meditaciones sobre el Arte del Derecho", in *El Arte Del Derecho y Otras Meditaciones*, 2ª edição (reimpressão de 2004), Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, pp. 243-257.

Cover, R. M., 1981, "The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation" in *William and Mary Law Review*, 22, pp. 639-682.

Crozier, Michel, 1974, *The Bureaucratic Phenomenon*, Chicago: University of Chicago Press.

Crozier, Michel, e Friedberg, Ehrard, 1977, *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Paris: Éditions Seuil.

Dahlman, Christian, 2004, "Adjudicative and Epistemic Recognition", in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, 2004, pp. 229-242, disponível em http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/16dahlman.pdf.

Dalle, Hubert, 2001, "Administration de la justice et acte juridictionnel" in Simone Gaboriau et Hélène Pauliat (orgs.) *L'éthique des gens de justice*, Entretiens d'Aguesseau, Limoges: Pulim (Presses Universitaires de Limoges), pp. 93-102.

Damaška, Mirjan R., 1975, « Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure », in *Yale Law Journal*, Volume 84, N.º 3, pp. 480-544.

--- 2003, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Collezione di Testi e di Studi, Bologna: Società editrice il Mulino.

Davis, Sue, 1999, "The Chief Justice and Judicial Decision-Making: The Institutional Basis for Leadership on the Supreme Court", in Cornell W. Clayton and Howard Gillman (eds.) *Supreme Court Decision-Making – New Institutional Approaches*, Chicago/London: The University of Chicago Press, pp. 135-154.

Davous, P., e Melese, J., 1986, *Rapport sur les Sciences de l'Organisation*, Paris: Les Editions d'Organisation.

De Vita, Anna, 1998, "Aperçu Comparatif – L'élaboration de la décision de justice. Etudes de droit comparé", in *Revue internationale de droit comparé*, N.º 3, Juillet-Septembre 1998, pp. 809-815.

Deffains, Bruno, 2004, "Économie de la Justice", in Loïc Cadiet (dir.) *Dictionnaire de la justice*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 398-405.

Deflem, Mathieu, 2008, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press.

Delalay, Guillaume, 2005, *Le pouvoir judiciaire*, Paris: Presses Universitaires de France.

Dixon, Jo, 1995, "The Organizational Context of Criminal Sentencing", in *American Journal of Sociology*, Volume 100, Number 5, March 1995, pp. 1157-1198.

Doyle, Joe, 1978, "Comparing Court Productivity", *Judicature* Volume 61, Number 9/April, pp. 416-421.

Duarte, Ronnie Preuss, 2007, *Garantia de Acesso à Justiça – Os Direitos Processuais Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora.

Duvillier, Thibaut, 1999, *Crise de société et complexification sociétale. Crise du droit et régulation juridique*, Réseau Européen Droit et Société, disponível em <http://www.rets.msh-paris.fr/communication/docs/duvilli1.pdf>.

Dworkin, Ronald, 1978, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press.

--- 1986, *Law's Empire*, Portland/Oregon: Hart Publishing.

--- 2006, *Justice in Robes*, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press.

Engisch, Karl, 1988, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução do original alemão de 1983 *Einführung in das-juristische Denken*, 6ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Epstein, Richard A., 1990, "The Independence of Judges: The Uses and Limitations of Public Choice Theory", *Brigham Young Law Review*, Volume 1990, n.º 3, *Symposium on Public Choice and the Judiciary*, pp. 827-855.

Epstein, Lee, e Knight, Jack, 1997, “The New Institutionalism, Part II”, in *Law and Courts*, Volume 7, Number 2, Spring 1997, pp. 4-9.

Easterbrook, Frank H., 1982, “Ways of Criticizing the Court”, in *Harvard Law Review*, Feb. 1982, Volume 95, Issue 4, pp. 802-832.

Feldman, Stephen M., 2005, “The Rule of Law or the Rule of Politics? Harmonizing the Internal and External Views of Supreme Court Decision Making”, in *Law and Social Inquiry* 30, 1/Winter 2005, pp. 89-135.

Fernandes, Fernando, 2001, *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Coimbra: Almedina.

Ferrajoli, Luigi, 1966, “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIII, I, pp. 290-304.

--- 2005, “El papel de la función judicial en el Estado de derecho”, in Manuel Atienza e Luigi Ferrajoli (ob. col.) *Jurisdicción y Argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 87-108.

Ferrari, Vincenzo, 2000, *Acción Jurídica y Sistema Normativo – Introducción a la Sociología del Derecho*, tradução castelhana do título italiano original de 1997 *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, Madrid: Editorial Dykinson.

Ferreira, Pedro Lopes, Santos, Boaventura de Sousa, Leitão Marques, Maria Manuel, e Pedroso, João, 1996, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas – o caso português*, Centro de Estudos Sociais, Centro de Estudos Judiciários, Porto: Edições Afrontamento.

Figueiredo Dias, Jorge de, 1981, *Direito Processual Penal*, I Volume, Coimbra: Coimbra Editora.

Fiss, Owen, 2007, *El Derecho como Razón Pública*, tradução do título original *The Law as It Could Be* de 2003, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.

Fix-Fierro, Héctor, 1995, “La Eficiencia de la Justicia (Una aproximación y una propuesta)” in *Cuadernos para la Reforma de la Justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponível <http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia/cuad1/#indice>.

--- 2003, *Courts, Justice & Efficiency – A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Fondation Justice dans le Monde, 2004, *Traité d’Organisation Judiciaire Comparée*, Tome II, Indépendance des Juges, Madrid: Fundación Justicia en el Mundo.

Foucault, Michel, 1994, « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et écrits*, Paris: Éditions Gallimard, aqui consultado na colectânea de 2004, *Michel Foucault – Philosophie – anthologie*, Paris : Éditions Gallimard, pp. 423-476.

--- 2005, *As Palavras e as Coisas*, tradução do título original *Les Mots et les Choses* de 1966, Lisboa: Edições 70.

Friedman, Barry, 2005, “The Politics of Judicial Review”, in *Texas Law Review*, Volume 84, Number 2, December 2005, pp. 257-337.

--- 2006, “Taking Law Seriously”, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Year 2006, Paper 21, Forthcoming, Perspectives on Politics, volume 4, issue 2 (June 2006), pp. 261-276, disponível em <http://lsr.nellco.org/nyu/plltwp/papers/21>.

Frydman, Benoît, 1998, *Les transformations du droit moderne – Rapport réalisé à la demande de la Fondation Roi Baudouin*, Bruxelles : Fondation Roi Baudouin.

- 2005, *Les Sens des Lois*, 2005, Bruxelles – Paris: Bruylant – L.G.D.J..
- Fukuyama, Francis, 2005, *State building – Governance et ordre du monde au XXIe siècle*, tradução francesa, Paris: La Table Ronde.
- Gaboriau, Simone, 1999, « Responsabilité des Présidents » in *La responsabilité du juge – Dossiers de réflexion*, Annexe 12, Bordeaux: École Nationale de Magistrature, disponível enquanto recurso electrónico em http://www.enm.justice.fr/centre_de_ressources/dossiers_reflexions/responsabilite/responsabilite.htm.
- Gadamer, Hans-Georg, 1995, *Truth and Method*, tradução inglesa revista, em segunda edição, da 5ª edição alemã de 1986, New York: The Continuum Publishing Company.
- Galanter, Marc, 1974, “Why the «Haves» Come Out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, in *Law and Society Review*, Volume 9, Issue 1, e republicado com correções em 1994, R. Cotterrel (ed.) *Law and Society*, Aldershot: Dartmouth, pp. 165-230.
- 1983, “The Radiating Effects of Courts” in K. Boyum and L. Mather (eds.), *Empirical Theories about Courts*, New York: Longmans, pp.117-142.
- 1988, “The Life and Times of the Big Six; or, The Federal Courts Since the Good Old Days,” *Wisconsin Law Review* 1988, pp. 921-954.
- 1990, “Case Congregations and Their Careers,” in *Law & Society Review*, Volume 24, Issue 2, pp. 1201-1225.
- Galbraith, John Kenneth, 2007, *A Anatomia do Poder*, tradução do original *The Anatomy of Power* de 1983, Lisboa: Edições 70.
- Garapon, Antoine, 1997, *Bien Juger – Essai sur le rituel judiciaire*, Paris: Éditions Odile Jacob.
- 2002, “Imaginer la justice de demain”, in Daniel Larivière e Hubert Dalle (coord.) *Notre Justice - Le livre vérité de la justice française*, Paris: Robert Laffont, pp. 349-364.
- Garapon, Antoine, Allard, Julie, e Gros, Frédéric, 2008, *Les vertus du juge*, Paris: Dalloz.
- Garapon, Antoine, e Papadopoulos, Ioannis, 2003, “Conclusion”, in Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos (ob. col.), *Juger en Amérique et en France*, Paris: Odile Jacob, pp. 307-318.
- Garcia, Sofia Amaral, Garoupa, Nuno, e Grembi, V., 2007, *Judicial Independence and Party Politics in Constitutional Courts: The Case of Portugal*, Lisboa (mimeo).
- Garcia, Sofia Amaral, Garoupa, Nuno, e Vilaça, Guilherme Vasconcelos, 2008, *A Justiça Cível em Portugal: Uma Perspectiva Quantitativa*, Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento.
- Garcia Marques, José Augusto Sacadura, 1986, *Organização Judiciária Portuguesa*, texto da conferência do autor enquanto secretário de Estado adjunto do Ministro da Justiça integrada na semana sobre “O Direito Português e a CEE”, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Garoupa, Nuno, 2006, “Economia da reforma da justiça: algumas considerações”, *Scientia Iuridica*, Janeiro-Março 2006, Tomo LV N.º 305, pp. 105-121.
- Garoupa, Nuno, e Ginsburg, Tom, 2007, “The Economics of Judicial Councils”, in *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Paper 050207-02, disponível em <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-02>.
- Garoupa, Nuno, Simões, Ana Maria, e Silveira, Vítor, 2006, “Ineficiência do Sistema Judicial em Portugal: Uma Exploração Quantitativa”, *Sub Judice*, Janeiro-Março 2006, N.º 34, pp. 127-144.

- Gerhardt, Michael J., 2005, “Merit vs. Ideology”, *Cardoso Law Review*, Volume 26, Issue 2, pp. 353-375.
- Getso, Robert, 2004, “The institutional model of US Supreme Court decision-making”, in *International Journal of the Sociology of Law*, 32, pp. 119-141.
- Gey, Steven, e Rossi, Jim, 2004, “Empirical Measures of Judicial Performance: An Introduction to the Symposium”, Florida State University College of Law, working paper n.º 130, November 2004, disponível em <http://ssrn.com/abstract=614550>, também em Florida State University Law Review Symposium Issue, Volume 32, Summer 2005, Number 4, pp. 1001-1014.
- Geyh, Charls G., 2006, “Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric”, *Indiana Legal Studies Research Paper n.º 61, Case Western Reserv Law Review* (forthcoming), disponível em <http://ssrn.com/abstract=933703>.
- Gibson, James L., 1978, “Judges' Role Orientations, Attitudes, and Decisions: An Interactive Model”, in *The American Political Science Review*, Vol. 72, No. 3 (Sep., 1978), pp. 911-924.
- Giddens, Anthony, 2000, *Dualidade da Estrutura. Agência e Estrutura*, tradução do título original “Agency, structure”, in *Central Problems in Social Theory: Action, Structure and Contradiction in Social Analysis*, de 1979, Oeiras: Celta.
- 2004, *Sociologia*, 4ª edição revista e actualizada, tradução portuguesa da 4ª edição inglesa de 2001 *Sociology*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Gianformaggio, Letizia, 1983, “Modelli di Ragionamento Giuridico. Modello Deduttivo, Modello Induttivo, Modello Retórico”, in Uberto Scarpelli (ed.) *La Teoria Generale del Diritto. Problemi e Tendenze Attuali.*, Milão: Edizioni di Comunità, pp. 131-152.
- 1993, “La Noción de Procedimiento en la Teoria de la Argumentación Jurídica”, in *Doxa [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Doxa*, N.º 14, 1993, pp. 159-167, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_10.pdf.
- Gies, Lieve, 2005, « The Empire Strikes Back: Press Judges and Communication Advisers in Dutch Courts”, in *Journal of Law and Society*, Volume 32, N.º 3, September 2005, pp. 450-472.
- Gillman, Howard, 1997, “The New Institutionalism, Part I: More and Less Than Strategy: Some Advantages to Interpretive Institutionalism in the Analysis of Judicial Politics”, in *Law and Courts*, Volume 7, Number 1, Winter 1996-97, pp. 6-11.
- Gillman, Howard, e Clayton, Cornell W., 1999, “Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making”, in Cornell W. Clayton and Howard Gillman (eds.) *Supreme Court Decision-Making – New Institutional Approaches*, Chicago/London: The University of Chicago Press, pp. 1-12.
- Ginsburg, Tom, e Garoupa, Nuno, 2006, *The Economics of Judicial Councils*, paper para apresentação no AEA meetings, Chicago, (mimeo).
- Gomes, Duarte, 2000, *Cultura Organizacional – Comunicação e Identidade*, Coimbra: Quarteto Editora.
- Gonçalves, Maria Eduarda, 2004, “Uma abordagem transdisciplinar ao estudo do Direito”, in *Justificação do mestrado “Novas Fronteiras do Direito”* do Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, disponível em http://cadeiras.iscte.pt/NFDir/NFDir_obj.htm.
- Goody, Jack, 1987, *A Lógica da Escrita e a Organização da Sociedade*, Lisboa: Edições 70.

Guibentif, Pierre, 1993, "Introduction" in *Niklas Luhmann observateur du droit – Un recueil organisé par André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

--- 2002, "Questions de méthode en sociologie du droit. À propos de l'entretien en profondeur", in Jean Kellerhals, Dominique Manai e Robert Roth (eds.), *Por un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genebra / Basileia / Munique: Helbing & Lichtenhahn, pp. 311-337.

--- 2005, "O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica", in *O Pensamento de Niklas Luhmann*, colecção Ta Pragmata, Covilhã: Universidade da Beira Interior.

--- 2006, *Teorias Sociológicas Comparadas e Aplicadas. Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann Face ao Direito*, Lição síntese apresentada no âmbito das provas de agregação (Janeiro 2006), Lisboa: ISCTE (mimeo), também em *Cidades – Comunidades e Territórios*, n.º 14, 2007, Lisboa: CET – Centro de Estudos Territoriais, pp. 89-104.

Gulati, G. Mitu, e Choi, Stephen J., 2004, « A Tournament of Judges », *California Law Review*, January 2004, disponível em <http://ssrn.com/abstract=394700>.

--- 2004a, « Choosing the Next Supreme Court Justice: An Empirical Ranking of Judicial Performance », February 2004, UC Berkeley Public Law Research Paper N.º 141, Georgetown Public Law Research Paper N.º 473281, Georgetown Law and Economics Research Paper N.º 473281, disponível em <http://ssrn.com/abstract=473281>.

Guthrie, Chris, e George, Tracey E., 2005, "The futility of appeal: disciplinary insights into the «affirmance effect» on the United States Courts of Appeals", in *Florida State University Law Review*, The Behavioral Analysis of Legal Institutions: Possibilities, Limitations, and New Directions, Volume 32, Winter 3005, Number 2, pp. 357-385.

Haba, Enrique P., 1993, "Kirchmann Sabía Menos...; Pero Vio Mejor!" in *Doxa [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, *Doxa*, N.º 14, 1993, pp. 269-317, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_15.pdf.

Habermas, Jürgen, 1981, *The Theory of Communicative Action: Reason and Rationatization of Society*, vol. 1, Cambridge: Policy Press, tradução do título original alemão de 1981, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1-2.

--- 1981a, *The Theory of Communicative Action: The critic of Funcionalist Reason*, vol. 2, Cambridge: Policy Press, tradução do título original alemão de 1981, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1-2.

--- 1985, "A Nova Opacidade: A Crise do Estado-Providência e o Esgotamento das Energias Utópicas", in *Revista de Comunicação e Linguagens*, n.º 2, 1985, pp. 115-128.

--- 1987, "Tendências da Juridicização", *Sociologia - Problemas e Práticas*, n.º 2, 185-204.

--- 1992, *De l'éthique de la discussion*, Paris: Les Éditions du CERF, tradução do original alemão de 1991, *Erläuterungen zur Diskursethik*,

--- 1997, *Droit et Démocratie - Entre faits et normes*, Paris: Gallimard, tradução do original alemão de 1992, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*.

--- 1998, *Discurso Filosófico da Modernidade*, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2ª edição, tradução do original alemão de 1985, *Der Philosophische Diskurs der Modern*.

Habermas, Jürgen, e Rawls, John, 1997, *Débat sur la justice politique*, tradução de Rainer Rochlitz, Humanités, Paris: Les Éditions du CERF.

Hadfield, Gillian K., 2000, "The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice Sistem", in *Michigan Law Review*, Volume 98, N.º 4, Feb. 2000, pp. 953-1006.

--- 2008, “The Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law”, in *Journal of Comparative Economics*, 2008, disponível em <http://works.bepress.com/ghadfield/26>.

Hagedal, Morten S., 2004, “Assignment of Cases to the Courts and within Courts in Norway”, in Marco Fabri e Philip M. Langbroek (eds.) *Case Assignment to Courts and Within Courts: a comparative study in seven countries*, Maastricht: Shaker Publishing, pp. 193-215.

Hamilton, Alexander, 2003, “O Federalista n.ºs 78 e 79 [77] O Departamento Judicial”, in Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *O Federalista*, tradução do original *The Federalist*, conjunto de artigos publicados na imprensa entre Outubro de 1787 e Março de 1788, Lisboa: Edições Colibri, pp. 475-485.

Hanson, Jon D., e Hart, Melissa R., 1999, “Law and Economics”, in Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Massachusetts; Oxford, England: Blackwell Publishers.

Hart, Herbert L. A., 1986, *O Conceito de Direito*, tradução do título original inglês *The Concept of Law* de 1961, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

--- 2000, *Post scriptum al concepto de derecho*, tradução do título original inglês *Postscript* de 1994, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Universidad Nacional Autónoma de México, pp. xi-xxx.

Hartley, Roger, e Shomade, Salmon, 2008, “The Application of Network Theory to the Study of Trial Courts”, paper presented at the *annual meeting of the The Law and Society*, J.W. Marriott Resort, Las Vegas, NV <Not Available>, em 27/6/2008, abstract disponível em http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/1/7/9/0/p17907_index.html?type=info.

Heydebrand, Wolf, e Seron, Carroll, 1990, *Rationalizing Justice – The Political Economy of Federal District Courts*, New York: State University of New York Press.

Heise, Michael, 2000, “Justice Delayed?: An Empirical Analysis of Civil Case Disposition Time”, in *Case Western Reserve Law Review*, Volume 50, pp. 813-849.

--- 2002, “The Past, Presente, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and The New Empiricism”, in *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, n.º 4, Symposium: Empirical and Experimental Methods in Law, pp. 819-850, disponível em http://home.law.uiuc.edu/lrev/publications/2000s/2002/2002_4/Heise.pdf.

Herrera, Carlos Miguel, 2003, “Décisionnisme”, in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 347-350.

Hespanha, António Manuel, 1988, “Nota do Tradutor”, in John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução do original *Introduction Historique au Droit*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

--- 1993, “Lei e Justiça: História e Prospectiva de um Paradigma”, in António Hespanha (org.) *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

--- 1994, “Apêndice I – Súmula Cartográfica” in *As vésperas do Leviathan – Instituições e poder político Portugal – séc. XVII*, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 531-587.

--- 2003, *Cultura Jurídica Europeia - Síntese de Um Milénio*, Forum da História, Mem Martins: Publicações Europa-América.

--- 2004, *Guiando a Mão Invisível – Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra: Livraria Almedina.

--- 2007, *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, Coimbra: Edições Almedina.

Herrera, Carlos Miguel, 2003, “Décisionnisme”, in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 347-350.

Heuschling, Luc, 2002, *État de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 16, Paris: Éditions Dalloz.

Hol, Antoine M., 2005, “Adjudication and the public realm. An analysis based on the work of Hannah Arendt”, *Utrecht Law Review*, Volume 1, Issue 2, 2005, pp. 40-55.

Holmes, Oliver Wendell, 1991, *The Common Law*, reedição de 1880, New York: Dover.

Homem, António Pedro Barbas, 2003, *Judex Perfectus – Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal 1640-1820*, Coimbra: Almedina.

--- 2006, *O Espírito das Instituições – Um estudo de história do Estado*, Coimbra: Edições Almedina.

Jacob, Herbert, 1996, «Introduction» in Herbert Jacob, Erhard Blankenburg, Herbert M. Kritzer, Doris Marie Provine e Joseph Sanders (ob. col.) *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven/London : Yale University Press, pp. 1-15.

Jacob, Robert, 1996, “La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l’histoire comparée. Éléments de synthèse », in Robert Jacob (dir.) *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., pp. 397-416.

--- 2000, “Les fondements symboliques de la responsabilité des juges, l’héritage de la culture judiciaire médiévale”, in *Juger les Juges – Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Association française pour l’histoire de la justice, Paris: La documentation Française, pp. 7-23.

Jacobs, Francis G., 2007, *The Sovereignty of Law – The European Way*, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press.

Jensen, Michael C., 2001, *Foundations of Organizational Strategy*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Jobert, Bruno, 2000, “Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique », in Jacques Commaile, Laurence Dumoulin et Cécile Robert (dirs.) *La juridicisation du politique (Leçons scientifiques)*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Joondeph, Bradley W., 2008, «Judging and Self-Presentation : Towards a More Realistic Conception of the Human (Judicial) Animal », in *Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper n° 08-49*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1082921, *Santa Clara Law Review*, Vol. 48, N° 3 (forthcoming 2008).

Juan, Salvador, 2006, "Le combat de l'Organisation et de l'Institution", in *SociologieS – Revue scientifique internationale*, disponível em http://w3.univ-tlse2.fr/aislf/spip/IMG/pdf/Juan_MEP_2.pdf., pp. 1-14.

Kahan, Dan M., 1998, “Social meaning and the Economic Analysis of Crime”, in *Journal of Legal Studies*, vol. XXVII (June 1998).

Kahn, Paul W., 1993, “Independence and responsibility in the judicial role”, in Irwin P. Stotzky (ed.), *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, Boulder: Westview.

Katz, Daniel Martin, e Stafford, Derek K., 2008, “Hustle and Flow: A Social Network Analysis of the American Federal Judiciary” in *U. of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper N.º 08-004*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1103573>.

Kaufmann, Arthur, 2004, *Filosofia do Direito*, tradução do original alemão de 1997 *Rechtsphilosophie*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Kerchove, Michel van de, e Ost, François, 2002, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

Kerkmeester, Heico, 1999, "Methodology: General", in Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (eds.) *Encyclopedia of Law & Economics*, University of Ghent / Edward Elgar Publishing Limited / FindLaw, 0400, pp. 383-401, disponível em <http://encyclo.findlaw.com/>.

Kessler, Daniel Philip, e Rubinfeld, Daniel L., 2004, "Empirical Study of the Civil Justice System", NBER Working Paper N.º W10825, <http://ssrn.com/abstract=603645>.

Kornhauser, Lewis A., 1999, "Judicial Organization and Administration", in Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (eds.) *Encyclopedia of Law & Economics*, University of Ghent / Edward Elgar Publishing Limited / FindLaw, 7100, pp. 27-44, disponível em <http://encyclo.findlaw.com/7100book.pdf>.

Kriegel, Blandine, 2001, *Réflexions sur la justice et sur la loi – Les chemins de l'Etat*, 5, Paris: Plon.

Kundera, Milan, 2005, *A Cortina*, tradução do título original *Le Rideau*, ensaio aqui consultado na 1ª edição portuguesa de Novembro de 2005, Porto: Edições Asa.

Lamego, José, 1990, *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa: Editorial Fragmentos.

Larenz, Karl, 1989, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução da 5ª edição revista de 1983 do original alemão *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Latour, Bruno, 2002, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris: La Découverte.

Lebre de Freitas, José, 1996, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais*, Coimbra : Coimbra Editora.

Legendre, Pierre, 1992, *Les Enfants du texte – Étude sur la fonction parentale des États*, Paris : Fayard.

Legomsky, Stephen H., 1990, *Specialized Justice. Courts, Administrative Tribunals, and a Cross-National Theory of Specialization*, Oxford: Clarendon Press.

Leibfried, Stephan, Möllers, Christoph, Schmied, Christoph, e Zumbansen, Peer, 2006, "Redefining the Traditional Pillars of German Legal Studies and Setting the Stage for Contemporary Interdisciplinary Research", in *German Law Journal* Vol. 7, n.º 8, Agosto de 2006, pp. 661-679.

Le Moigne, Jean-Louis, e Arnaud, André-Jean, 1993, « Décision (Processus de -) », in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris: L.G.D.J., pp. 166-169.

Le Moigne, Jean-Louis, 1993, « Organisation (Science de l') », in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris: L.G.D.J., pp. 417-419.

---/--- 1993a, « Systémique (Science des Systèmes) », in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris: L.G.D.J., pp. 600-601.

Lenoble, Jacques, 1990, "Crise du juge et transformation nécessaire du droit" in J. Lenoble *La crise du juge*, Paris: L.G.D.J. (Librairie générale de droit et de jurisprudence), pp. 139-156.

--- 2007, "Au-delà du Juge: Des Approches Herméneutique et Pragmatiste à une Approche Génétique du Concept de Droit", in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 2, December 2007, Theories of Law, pp. 1-67, disponível em <http://www.ejls.eu/index.php?mode=htmlarticle&filename=./issues/2007-12/LenobleFR.htm>.

Lima, Joaquim Maria Melo de Sousa, 2003, “*Legitimação e Avaliação do Exercício Jurisdicional*”, in Armando Gomes Leandro, Fernando Pinto Monteiro e José Gonçalves da Costa (coord.) *Interrogações à Justiça*, Coimbra: Edições Tenacitas.

Lindblom, P. H., e Watson, G. D., 1995, “Courts and Lawyers Facing Complex Litigation Problems”, in A. M. Pessoa Vaz (ed.) *Papel e Organização de Magistrados e Advogados nas Sociedades Contemporâneas*, Relatórios gerais do IX Congresso Mundial do Direito Processual, Coimbra/Lisboa: A. M. Pessoa Vaz, pp. 421-475.

Lindley, Lester, 2007, “Interactions with the other Branches and the States”, in Charles L. Zelden (ed.) *Judicial Branch of Federal Government: People, Process, and Politics*, Santa Barbara, California: ABC-CLIO, pp. 169-234.

Loam, Barry, 2006, *Judges’ Audiences: When Courts and Cameras Collide*, New Orleans: Carondelet University Press.

--- 2007, “Judges and their Avatars: Measuring Ideology through an Audience-Based Perspective on Judging”, in *Law & Courts*, Summer 2007, Volume 17, n.º 3, pp. 6-7, disponível em <http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/newsletter/Summer07.pdf>.

Luhmann, Niklas, 1982, “The World Society as a Social System”, in *International Journal of General Systems*, 8, pp. 131-138.

--- 1985, *Sociologia do Direito*, II, São Paulo: Tempo Brasileiro, tradução do título original *Rechtssoziologie*, 1.ª edição de 1972.

--- 1985^a, *A Sociological Theory of Law*, tradução inglesa do título original *Rechtssoziologie*, 2.ª edição de 1983, London: Routledge & Kegan Paul.

--- 1988, “The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History”, *Journal of Law and Society*, volume 15, number 2, Summer 1988, pp. 153-165.

--- 1993, “La observación sociológica del derecho”, *Crítica Jurídica*, 12, Homenaje a Renato Treves, México, pp. 73, tradução do título original “Die soziologische Beobachtung des Rechts”, in *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, de 1986.

--- 1995, *La differenziazione del diritto – Contributi alla sociologia e allateoria del diritto*, Bologna: Società editrice il Mulino, tradução do título original *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* de 1981.

--- 1997, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona / México/ Santiago do Chile: Anthropos / Universidad Iberoamericana / Instituto de Sociologia (Pontificia Universidad Católica de Chile), pp.1-98, tradução em castelhano das edições alemãs de 1978 e de 1982.

--- 2001, *La légitimation par la procédure*, Canadá: Les Presses de l’Université Laval. tradução do título original *Legitimation durch Verfahren* de 1969.

--- 2004, *Law as a Social System*, edited by Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff and Rosamund Ziegert, New York: Oxford University Press, tradução do título original *Das Recht der Gesellschaft* de 1993.

MacCormick, Neil, 1995, “Argumentation et interprétation en droit”, in Paul Amssele (dir.) *Interpretation et Droit*, Bruxelles: Bruylant / Presses Universitaires D’Aix-Marseille, pp. 213-226.

--- 2005, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, New York: Oxford University Press.

Machado, João Baptista, 1990, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina.

--- 1993, “Iniciação ao Mundo do Direito”, in *João Baptista Machado - Obra Dispersa*, Vol. II, Braga: Scientia Iuridica, pp. 475-545.

Mackaay, Ejan, 1999, “History of Law and Economics”, in Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (eds.) *Encyclopedia of Law & Economics*, University of Ghent / Edward Elgar Publishing Limited / FindLaw, 0200, pp. 65-117, disponível em <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>.

Magalhães, Pedro Coutinho, 1995, “Democratização e independência judicial em Portugal”, in *Análise Social*, vol. XXX (130), 1995 (1.º), pp. 51-90.

--- 2000, “O sistema judicial em Portugal: ineficácia e ilegitimidade”, in António Barreto (org.) *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, Lisboa: Publicações Dom Quixote.

Magalhães, Pedro Coutinho, e Guarnieri, Carlo, 2001, *Democratic Consolidation, Judicial Reform, and the Judicialization of Politics in Southern Europe*, Working Paper n.º 1, Abril de 2001, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, disponível em <http://www.ics.ul.pt/publicacoes/workingpapers/ANTIGOS/seurjud.pdf>.

Maggi, Bruno, 1984, “Teoria dell’organizzazione e sociologia del diritto”, in Uberto Scarpelli e Vincenzo Tomeo (eds.), *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milano: Giuffrè, pp. 285-307.

Mairton da Silva, Marcos, 2006, “Produtividade dos Juízes Federais: em busca de critérios para a definição de um sistema de avaliação”, in *Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, N.º 32, Anno X, Março 2006, pp. 40-56.

Malleson, Kate, 1999, *The New Judiciary: The Effects of Expansion and Activism*, Sudbury: Dartmouth Publishing.

Maltzman, Forrest, Spriggs II, James F., e Wahlbeck, Paul J., 1999, “Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making”, in Cornell W. Clayton and Howard Gillman (eds.) *Supreme Court Decision-Making – New Institutional Approaches*, Chicago/London: The University of Chicago Press, pp. 43-63.

Mantzavinos, Chrysostomos, 2007, “Interpreting the Rules of the Game”, in Christoph Engel / Fritz Strack (eds.) *The Impact of Court Procedure on the Psychology of Judicial Decision Making*, Baden-Baden: Nomos, pp. 13-30.

March, James G., 1978, “Bounded rationality, ambiguity, and the engineering of choice”, in *The Bell Journal of Economics*, Vol. 9, n.º 2, Automne 1978, pp. 587-608.

--- 1997, “Understanding how decisions happen in organizations”, in Zur Shapira (ed.) *Organizational Decision Making*, Cambridge: Cambridge University Press.

Martin, John A., e Maron, Nancy C., 1991, “Courts, Delay and Interorganisational Networks: Managing an Essential Tension”, in *Justice System Journal*, Vols 14/3 e 15/1, pp. 268-288.

Maveety, Nancy, 2003, “The Study of Judicial Behavior and the Discipline of Political Science”, in Nancy Maveety (ed.), *The Pioneers of Judicial Behavior*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, pp. 1-51.

Medeiros, Rui, 2005, “Anotação ao Art.º 20.º da CRP”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 170-205.

Medeiros, Rui, e Fernandes, Maria João, 2007, “Anotações aos Art.ºs 202.º e 203.º da CRP”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9-47.

Mendes, Castro, 1980, *Direito Processual Civil*, Lisboa: Associação Académica (AAFDL).

Menezes Cordeiro, António, 1985, “Lei (Aplicação da)”, in *Polis- Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa: Editorial Verbo, pp. 1046-1062.

--- 1986, *Direito da Economia*, Lições dadas ao 3.º ano jurídico, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito.

--- 1989, “Os Dilemas da Ciência do Direito no Final do Séc. XX”, prefácio à obra referenciada de Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. CI e ss..

Messick, Richard E., 1999, “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”, in *The World Bank Research Observer*, vol. 14, n.º 1 (February 1999), pp. 117-136.

Miceli, Thomas J., 2004, *The Economic Approach to Law*, Stanford, California: Stanford University Press.

Mintzberg, Henri, 1983, *Structure in Fives: Designing Effective Organizations*, Englewood Cliffs / New Jersey: Prentice Hall.

--/-- 1994, *Structure et dynamique des organisations*, Paris: Les Éditions d’organisation.

Miranda, Jorge, 1999, “Tribunais, Juízes e Constituição”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Janeiro de 1999, Lisboa, pp. 5-28.

--- 2007, « Anotação ao Art.º 218.º da CRP », in Jorge Miranda; e Rui Medeiros, 2007, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 194-200.

Miranda, Jorge, e Medeiros, Rui, 2005, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.

--- 2007, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora.

Mozzicafreddo, Juan, 2001, “Modernização da administração pública e poder político”, in *Administração e Política – Perspectivas de Reforma da Administração Pública na Europa e nos Estados Unidos*, Oeiras: Celta Editora.

--- 2002, *Estado-Providência e Cidadania em Portugal*, Oeiras: Celta Editora.

--- 2003, “A Responsabilidade e a Cidadania na Administração Pública”, in Juan Mozzicafreddo, João Salis Gomes e João S. Batista (orgs.) *Ética e Administração - Como Modernizar os Serviços Públicos*, Oeiras: Celta Editora, pp. 1-15.

NACM – National Association for Court Management, 2003, *Core Competency Curriculum Guidelines*, Williamsburg/Virgínia: National Association for Court Management.

NCSC – National Center for State Courts, 2008, *Court Administration InfoCenter (CourTopics)*, disponível em <http://www.ncsconline.org/WC/CourTopics/ResourceCenter.asp?id=6>.

Nelken, David, 1996, “Comparing Legal Cultures: An Introduction”, in David Nelken (ed.) *Comparing Legal Cultures*, Aldershot/Brookfield/Singapore/Sydney: Dartmouth, pp. 1-9.

Neves, Marcelo, 1996, “De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho”, in *Doxa [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, *Doxa*, N.º 19, 1996, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_20.pdf.

Newmark, Hjalmar, 2006, “Construcción de sentido y complejidad en la dimensión social del derecho: los tribunales en la teoría de Niklas Luhmann », *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Número 8, Julio-Diciembre 2006, pp. 31-44.

Ng, Gar Yein, 2007, *Quality of Judicial Organisation and Checks and Balances*, Antwerp: Intersentia.

Ortega, Manuel Segura, 1995, “La Racionalidad del Derecho: Sistema y Decisión”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXI, 1995, Coimbra: Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, pp. 145-164.

Ost, François, 1993, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez”, in *Doxa [Publicaciones periódicas]* – *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, *Doxa*, N.º 14, 1993, pp. 169-194, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf.

--- 1999, “Ciencia del derecho”, in F. Palomino Manchego (coord.) *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho (de Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Lima: Edit. Grijley, pp. 237-252.

---, 2002, “Gerações Futuras e Património”, in *As Chaves do Século XXI*, vários autores, tradução do original em francês *Les Clés du XXI Siècle*, Lisboa: Instituto Piaget, pp. 223 e ss..

Ost, François, e Kerchove, Michel van de, 1990, « *Juris-dictio* et définition du droit », in *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, 10, Presses Universitaires de France, pp. 53-57.

--- 2002, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

Ostrom, Brian J., e Flango, Victor E., 1996, *Assessing the need for Judges and Court support staff*, Williamsburg: National Center for State Courts.

Papadopoulos, Ioannis, 2003, “L’Accès à la Justice: Prérrogative Publique ou Bien Aliénable?”, in Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos (ob. col.), *Juger en Amérique et en France*, Paris: Odile Jacob, pp. 67-94.

Parsons, Talcott, 1978, “Law as an Intellectual Stetchild”, in H. M. Johnson (ed.) *Social System and Legal Process*, San Francisco: Jossey-Bass., pp. 11-58.

Patrício, Miguel C. Teixeira, 2005, *Análise Económica da Litigância*, Coimbra: Almedina.

Peczenik, Aleksander, 1986, “A Model of Legal Reasoning”, in *Rechtstheorie* n.º 10, pp. 67-87.

Pedroso, João, 2002, “A reforma da organização judiciária em Portugal: algumas propostas para o debate e para a constituição de uma agenda de investigação”, in *Comunicar Justiça*, 12.

--- 2006, “A justiça em Portugal entre a(s) crise(s) e a(s) oportunidade(s) - Contributo para a construção de um novo paradigma de política pública de justiça”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LV (2006), N.º 306 – Abril/Junho.

Peresie, Jennifer L., 2005, “Female Judges Matter: Gender and Collegial Decisionmaking in the Federal Appellate Courts” in *The Yale Law Journal*, Volume 114, Number 7, May 2005, pp. 1759-1790.

Pessoa, Fernando, 2007, “Organizar”, in Filipe S. Fernandes (ed.) *Organizem-se! A Gestão segundo Fernando Pessoa*, texto primeiramente publicado na *Revista de Comércio e Contabilidade*, n.º 4, de 25/4/1926, Cruz Quebrada: Oficina do Livro.

Perelman, Chaïm, 1990, *Ethique et Droit*, Bruxelles : Eds. de l’Université de Bruxelles.

--- 1999, *O Império Retórico – Retórica e Argumentação*, tradução do original *L’empire rhétorique – Rhétorique et Argumentation* de 1977, Porto : Edições Asa.

Perrin, Jean-François, 1997, *Sociologie empirique du droit*, Bâle (Francfort-sur-le-Main): Helbing & Lichtenhahn.

Pessoa Vaz, Alexandre Mário, 1998, *Direito Processual Civil – Do antigo ao novo Código*, Coimbra: Livraria Almedina.

Pizzorusso, Alessandro, 1988, “The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity”, in Alessandro Pizzorusso (ed.) *Law in the Making – A Comparative Survey*, New York / Berlin / Heidelberg: Springer-Verlag.

--- 1992, “Commento Costituzione Art. 108”, in G. Branca e A. Pizzorusso *Commentario della Costituzione*, La magistratura, Tomo III, Bologna/Roma: Zanichelli Editore / Soc. Ed. del Foro Italiano, pp. 1-31.

---- 2000, “Organizzazione della Giustizia (profili generali)”, in *Enciclopédia del diritto*, 4.º aggiornamento, Milano: Giuffrè, pp. 910-926.

Popper, Karl R., 1963, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, New York: Routledge and Kegan Paul.

Posner, Eric, 2008, “Does Political Bias in the Judiciary Matter?: Implications of Judicial Bias Studies for Legal and Constitutional Reform”, in *U. of Chicago Law & Economics Olin Working Paper N.º 377*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1082055>.

Posner, Richard A., 1983, *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press.

--- 1993, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press.

--- 1995, *Overcoming Law*, Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press.

--- 1999, *The Federal Courts – Challenge and Reform*, Cambridge, Massachusetts/ London, England: Harvard University Press.

--- 2002, “Legal Scholarship Today”, in *Harvard Law Review*, Vol. 115, Issue 5, Março 2002, pp. 1314-1326.

--- 2003, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press.

--- 2005, “Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach”, in *Florida State University Law Review*, Volume 32, Summer 2005, Number 4, Symposium *Empirical Measures of Judicial Performance*, pp. 1259-1279.

--- 2008, *How Judges Think*, Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press.

Powell, Walter W., 1996, “Fields of Practice: Connections between Law and Organizations”, *Law and Social Inquiry* 21, 4/1996, pp. 954-966.

Prada, Ignacio Flores, 2005, “Los Modelos de Organización Judicial”, in Victor Moreno Catena (dir.) *Manual de Organización Judicial*, 2ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Prigogine, I., e Stengers, I., 1993, “Organização”, in *Enciclopédia Einaudi*, volume 26, *Sistema*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

Raes, Koen, 1986, “Legalisation, Communication and Strategy: A Critique of Habermas' Approach to Law”, in *Journal of Law and Society*, Vol. 13, N.º 2 (Summer, 1986), pp. 183-206.

Ramos de Sousa, João, 2005, “Economic Analysis of Law”, entrada do “Léxico Inglês/Português – Análise Económica do Direito”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 2005, Out-Dez, pp. 181.

Rebelo de Sousa, Marcelo, 1992, *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Resnik, Judith, 2004, “Composing a judiciary: reflections on proposed reforms in the United Kingdom on how to change the voices of and the constituencies for judging”, in *Constitutional innovation: the creation of a Supreme Court for the United Kingdom; domestic, comparative and international reflections*, a special issue of *Legal Studies*, Volume 24, Issues 1 e 2, March 2004, pp. 228-249.

Rials, Stéphane, 1989, “Ouverture: L’office du juge”, in *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, N° 9, 1989, pp. 3-20.

Rodrigues, Cunha, 1999, “Sobre a Justiça no Próximo Milénio”, in *Perspectivas do Direito no Início do Século XXI*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 41, Coimbra: Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, pp. 93-111.

Rodrigues, Sandra Martinho, 2005, *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin (Uma Abordagem)*, Coimbra: Almedina.

Rokeach, Milton, 1968. *Beliefs, attitudes, and values: A theory of organization and change*, San Francisco: Jossey-Bass.

Romão, Rui Bertrand, 1998, “Introdução”, in Montaigne, *Ensaio - Antologia*, Lisboa: Relógio de Água Editores, pp. 9-95.

Rottleuthner, Hubert, 1989, “A purified sociology of law: Niklas Luhmann on the autonomy of the legal system”, in *Law & Society Review*, Volume 23, Number 5.

Rowley, Charles K., 1989, “Public Choice and the Economic Analysis of Law”, in Nicholas Mercuro (ed.), *Law and Economics*, Boston: Kluwer Academic Publishers, pp. 123-173.

Rubin, Paul H., 1999, “Judge-Made Law”, in Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (eds.) *Encyclopedia of Law & Economics*, University of Ghent / Edward Elgar Publishing Limited / FindLaw, 9200, pp. 543-558, disponível em <http://users.ugent.be/~gdegeest/9200book.pdf>.

Ruiz, Maria Angeles Ahumada, 2000, “La Regla de la Mayoría y la Formulación de Doctrina Constitucional: Rationes decidendi en la STC 136/1999”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Num. 58, Enero-Abril 2000, pp. 155-188, disponível em http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_058_161.pdf.

Saks, Michael J., e Hastie, Reid, 1986, "Social psychology in court: The judge", in Hal R. Arkes e Kenneth R. Hammond (eds.) *Judgment and decision making: An interdisciplinary reader*, New York / New Rochelle / Melbourne / Sydney: Cambridge University Press.

Santos, Boaventura de Sousa, 1986, “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 21, Novembro de 1986, pp. 11-37.

Schedler, Andreas, 2005, “Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial” in *Isonomía [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Doxa*, N.º 22, Abril 2005, tradução do original inglês publicado no *journal of Political Philosophy*, 12/3 (Setembro 2004), nesta edição da revista espanhola pp. 65-95, disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/06927390822448328732268/015148.pdf?incr=1>.

Schiavello, Aldo, 1998, “Neil MacCormick teorico del diritto e dell’argomentazione giuridica”, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, 1998, pp. 307-345, disponível em http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1998/Schiavello1.pdf.

Schneider, Jochen, e Schroth, Ulrich, 2002, “Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão”, in A. Kaufmann e W. Hassemer, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 513-509.

Schneider, Martin R., 2005, “Judicial Career Incentives and Court Performance: An Empirical Study of the German Labour Courts of Appeal”, in *European Journal of Law and Economics*, 20, 2005, pp. 127-144.

Schroth, Ulrich, 2002, “Hermenêutica filosófica e jurídica”, in A. Kaufmann e W. Hassemer, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 381-408.

Scordato, Marin Roger, 2008, “Reflections on the Nature of Legal Scholarship in the Post-Realist Era”, in *Santa Clara Law Review*, Vol. 48, N.º 2, 2008, pp. 353-440.

Segal, Jeffrey A., e Spaeth, Harold J., 1993, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, New York: Cambridge University Press.

--- 2002, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York: Cambridge University Press.

Séguin-Bernard, Francine, e Chanlat, Jean-François, 1983, « Le théories de l'organisation : d'un paradigme à l'autre », in *L'analyse des organisations - une anthologie sociologique*, Tome I, Les théories de l'organisation, tradução do original « Decision-Making and Administrative Organisation » de 1965 publicado na *Administrative Behavior*, Québec: Éditions Préfontaine inc., pp. 3-73.

Senge, Peter M., 1990, *The Fifth Discipline. The Art and Pactice of the Learning Organization*, New York: Doubleday Currency.

Serinet, Yves-Marie, 2004, "Procès Complexes", in Loïc Cadiet (dir.) *Dictionnaire de la Justice*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 1089-1093.

Seron, Carroll, 1990, "The Impact of Court Organization on Litigation", in *Law & Society Review* 1990, Vol. 24, Issue 2, pp. 451-465.

Serverin, Évelyne, 1999, "De la statistique judiciaire civile et de ses usages", in *Revue Internationale de Droit Economique*, Numéro spécial: De L'Économie de la Justice, 1999, 2, pp. 281-294.

---- 2004, "Sociologie Judiciaire", in Loïc Cadiet (dir.) *Dictionnaire de la justice*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 1233-1239.

Sesma, Victoria Iturralde, 2003, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch

Sfez, Lucien, 1990, *Crítica da Decisão*, tradução portuguesa do *Critique de la décision*, Lisboa: Publicações Dom Quixote.

--- 2003, "Décision", in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 345-347.

Shapira, Zur, 1997, "Introduction and overview", in Zur Shapira (ed.) *Organizational Decision Making*, Cambridge: Cambridge University Press.

Shapiro, Martin, 1981, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago and London: The University of Chicago Press.

--- 2002, "Political Jurisprudence", in Martin Shapiro & Alec Stone Sweet (eds.) *On Law, Politics, & Judicialization*, New York: Oxford University Press.

Shapiro, Martin, e Stone Sweet, Alec, 2002, "Law, Courts, and Social Science", in Martin Shapiro & Alec Stone Sweet (eds.) *On Law, Politics, & Judicialization*, New York: Oxford University Press.

Shavell, Steven, 1999, "The law and economics of judicial systems", in *Prem notes*, number 26, July 1999, The World Bank, disponível em <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/PREMnote26.pdf>.

Simon, Dan, 1998, "A Psychological Model of Judicial Reasoning", in *Rutgers Law Journal*, 30, 1.

Simon, Herbert A., 1983, "La prise de décision et l'organisation administrative", in *L'analyse des organisations - une anthologie sociologique*, Tome I, Les théories de l'organisation, tradução do original « Decision-Making and Administrative Organisation » de 1965 publicado na *Administrative Behavior*, Québec: Éditions Préfontaine inc., pp. 193-208.

Simoulin, Vicent, 2003, « La gouvernance et l'action publique: les sucés d'une forme simmélienne », in *Droit et Société*, n.º 54, Paris : L.G.D.J., pp. 307-328.

--- 2007, « Présentation – Droit et sociologie des organisations, frontières organisationnelles et disciplinaires », in *Droit et société*, n.º 67, Paris: L.G.D.J., pp. 569-575.

Sinapi, Michèle, 2000, « De la mythologique du droit à l' 'idée d'anthropologie dogmatique: l'oeuvre de Pierre Legendre », in *Les « Papiers » du Collège international de philosophie*, n.º 50, pp. 1-20, disponível em http://www.ciph.org/fichiers_papiers/papiers50.pdf.

Soares, Rogério Ehrhardt, 2008, *Direito público e sociedade técnica*, edição original de 1969 (Coimbra: Atlântida), Coimbra: Edições Tenacitas.

Solum, Lawrence B., 2004, “A Tournament of Virtue”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series N.º 14*, disponível em <http://law.bepress.com/sandiegolwps/pllt/art14>, também na *Florida State University Law Review Symposium Issue*, Volume 32, Summer 2005, Number 4, pp. 1365-1400.

Sousa Franco, António, 1992, “Análise económica do Direito: Exercício intelectual ou fonte de ensinamento?”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 2, Janeiro-Abril, pp. 63-70.

Stürner, Rolf, 2004, “Procédure Civile et Culture Juridique”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, N.º 4, Octobre-Décembre 2004, pp. 797-824.

Sunstein, Cass R., e Vermeule, Adrian, 2003, “Interpretations and Institutions” in *Michigan Law Review*, Vol. 101, N.º 4 (Feb. 2003), pp. 885-951.

Tamanaha, Brian Z., 1997, *Realistic Socio-Legal Theory – Pragmatism and a Socio Theory of Law*, New York: Oxford University Press.

--- 2001, *A General Jurisprudence of Law and Society*, New York/Oxford: Oxford University Press.

--- 2005, “The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism” in *Montesquieu Lectures Series*, Tilburg University, Vol. 1, 2005, disponível em <http://ssrn.com/abstract=725582>.

--- 2007, “How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law”, in *DePaul Law Review*, Vol. 56, 2007, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951518.

Tamayo y Salmorán, Rolando, 2000, “H. L. A. Hart y la Teoría Jurídica Analítica (Estúdio Preliminar)”, in Penelope A. Bulloch y Joseph Raz (eds.) *H. L. A. Hart, Post scriptum al concepto de derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Universidad Nacional Autónoma de México, pp. xi-xxx.

Taruffo, Michele, 1988, “La fisonomía della sentenza in Italia”, en AAVV, *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Pádua: CEDAM, Padua, 1988, pp. 201 e ss.

--- 1998, “Judicial Decisions and Artificial Intelligence”, in *Artificial Intelligence and Law*, Volume 6, Numbers 2-4, June 1998, pp. 311-324.

--- 1999, “Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal”, in *Doxa [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, *Doxa*, N.º 22, 1999, pp. 311-320, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_14.pdf.

--- 2005, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, in *Isonomía [Publicaciones periódicas] – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N.º 22, Abril 2005, *Doxa*, pp. 9-18, disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12810523226718273543435/015144.pdf?incr=1>.

Teixeira de Sousa, Miguel, 1993, *Introdução ao Processo Civil*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas.

- 1997, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas.
- Teubner, Gunther, 1993, *O Direito como Sistema Autopoietico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução do original alemão de 1988.
- 1996, *Droit et réflexivité; L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, traduzido do original alemão por Nathalie Boucquey, Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, E.J.A.
- 1997, "'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society", in Gunther Teubner (ed.) *Global Law Without a State*, Hants / Burlington: Ashgate / Dartmouth.
- 1997a, "The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy", in *Law & Society Review*, Volume 31, Number 4, pp. 763-787 (existe tradução portuguesa do ano de 2001, em "Os múltiplos corpos do rei: A autodestruição da hierarquia do direito", in *Filosofia do Direito e Direito Económico - Que Diálogo*, Lisboa: Instituto Piaget, pp. 339-360).
- 1997b, "Altera pars audiatur: le droit dans la collision des discours", in *Droit et Société*, 35, 99-123.
- Thomas, E. W., 2005, *The Judicial Process – Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press.
- Timsit, Gérard, 2003, "Système", in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: Presses Universitaires de France, pp. 1462-1465.
- Tyler, Tom, 2007, "Task and Socio-Emotional Aspects of Decision Quality: Why is Representation Important", in Christoph Engel / Fritz Strack (eds.) *The Impact of Court Procedure on the Psychology of Judicial Decision Making*, Baden-Baden: Nomos, pp. 31-43.
- Vago, Steven, 2005, *Law and Society*, eighth edition, Upper Saddle River, New Jersey: Pearson /Prentice Hall.
- Varano, Vincenzo, 2003, "Some Reflections on Procedure, Comparative Law, and the Common Core Approach", in *Global Jurist Topics*, Volume 3, Issue 2, 2003, Article 4, disponível em <http://www.bepress.com/gj>.
- Veyne, Paul, 1988, "O Indivíduo Atingido no Coração pelo Poder Público", in P. Veyne, J.-P. Vernant, L. Dumont, P. Ricoeur, F. Dolto, F. Varela e G. Percheron (ob. col.), *Indivíduo e Poder*, tradução do título original *Sur l'individu* de 1987, Lisboa: edições 70, pp. 9-23.
- Viskovatoff, Alex, 1999, "Foundations of Niklas Luhmann's Theory of Social Systems", in *Philosophy of Social Sciences*, Dec. 99, Vol. 29, issue 4, pp. 481, disponível em <http://www.libfl.ru/Luhmann/Luhmann4.html>.
- Voermans, Wim, 2007, "Judicial Transparency Furthering Public Accountability for New Judiciaries", in *Utrecht Law Review*, Volume 3, Issue 1 (June) 2007, pp. 148-159.
- Wahlgren, Peter, 2000, "On the future of legal science", in P. Wahlgren (ed.) *Legal Theory*, Stockholm: Institute for Scandinavian Law.
- Watkins, John W. N., 1990, *Ciência e Cepticismo*, tradução do título original inglês *Science and Scepticism*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Weber, Max, 1978, "Parliament and Government in a Reconstructed Germany (A Contribution to the Political Critique of Officialdom and Party Politics)", in Guenther Roth and Claus Wittich (eds.) *Max Weber – Economy and Society – An outline of interpretive sociology*, Volume 2, uma tradução da 2ª edição ampliada de *Gesammelte politische Schriften*, de 1958, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, pp. 1381-1469.
- , 1978a, "Conceptual Exposition" (Part One) e "The Economy and the Arena of Normative and de Facto Powers" (Part Two), in Guenther Roth and Claus Wittich (eds.) *Max Weber – Economy and Society – An outline of*

interpretive sociology, Volumes 1 e 2, tradução da 4ª edição alemã do *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, pp. 3-1372.

Wells, Catharine P., 1990, "Situated Decisionmaking", in *Southern California Law Review* 63 (1990), pp. 1728-1746.

White, G. Edward, 2006, "The Internal Powers of the Chief Justice: The Nineteenth Century Legacy", *University of Virginia Legal Working Paper Series. University of Virginia Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper 42, disponível em http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art42.

Wróblewski, Jerzy, 1985, « Rational law-maker and interpretative choices », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Gennaio/Marzo, IV Serie-LXII, 1985, pp. 129-147.

--- 1988, "Esquisse d'un modèle procédural d'application judiciaire du droit", *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n.º 20 1988, pp. 49-64.

--- 1992, *The judicial application of law*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.

--- 1993, "Application du Droit", in André-Jean Arnaud (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris: L.G.D.J., pp. 40-42.

Zakrzewska, Janina, 1999, "Burocracia", in *Enciclopédia Einaudi*, volume 39, *Direito – Classes*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

Zolo, Danilo, 2003, "Teoria e critica dello Stato di diritto", in Pietro Costa e Danilo Zolo (dir.) *Lo Stato di diritto – Storia, teoria, critica*, Milano: Giangiaco Feltrinelli Editore, pp. 17-88.

Zumbansen, Peer, 2008, "Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law", in *CLPE Research Paper 13/2008, Vol. 04, n.º 3 (2008)*, forthcoming in *American Journal of Comparative Law*, 56, 2008, pp. 1-51.