



XI Congresso Português de Sociologia
*Identidades ao rubro: diferenças, pertenças e
populismos num mundo efervescente*
Lisboa, 29 a 31 de março de 2021

Secção Temática / Thematic Section:
Sociologia do Direito e da Justiça / Sociology of Law and Justice

**A crise económica e financeira no discurso judicial:
uma leitura a partir da teoria dos sistemas sociais**

**The economic and financial crisis in judicial discourse:
perspectives from social systems theory**

ANDRÉ, Patrícia; CEDIS-NOVA School of Law, DINÂMIA'CET-ISCTE
patricia.andre@novalaw.unl.pt

VIOLANTE, Teresa; FAU Erlangen-Nürnberg, Max Planck Institute for Comparative
Public Law and International Law, CEDIS-NOVA School of Law, violante@mpil.de

GAMEIRO, Maria Inês; DINÂMIA'CET-ISCTE, CEDIS-NOVA School of Law, CIMA-
UAlg miplg@iscte-iul.pt

Resumo

A presente comunicação insere-se no contexto do projecto de investigação “A Crise nos Tribunais: Uma Análise ao Processo Decisório em Contexto de Crise Económico-Financeira”, no âmbito do qual identificámos e analisámos um conjunto de 557 decisões judiciais dos tribunais superiores nacionais, proferidas ao longo de 10 anos (2008-2017), na perspectiva de identificar eventuais efeitos da crise na jurisprudência portuguesa.

A questão de pesquisa directiva foi enquadrada em termos luhmannianos do ponto de vista das relações entre sistemas sociais diferenciados: como é que o sistema judicial reage à «irritação» fáctica da crise?

Esta comunicação pretende dar a conhecer algumas das linhas interpretativas que construímos a partir dos dados na perspectiva específica do funcionalismo sistémico luhmanniano.

Abstract

This paper addresses some of the findings of the research project “The Judicial Impact of the Crisis: An Analysis on Adjudication in a Context of Financial and Economic Crisis”, under which we identified and analyzed a set of 557 judicial decisions from national higher courts, rendered over 10 years (2008-2017), in order to identify possible effects of the crisis on Portuguese jurisprudence.

Our main research question was inspired in Luhmann's general perspectives on the relations between differentiated social systems: how does the judicial system react to the factual "irritation" of the crisis?

In this context, the aim of this paper is to outline some of the interpretative insights we have drawn from the data within the theoretical framework of social systems theory.

Palavras-chave: crise; tribunais; discurso judicial; teoria dos sistemas /

Keywords: crisis; courts; judicial discourse; systems theory.

XI-APS-18471

Introdução

Esta comunicação¹ insere-se no contexto do projecto de investigação «A Crise nos Tribunais: Uma Análise ao Processo Decisório em Contexto de Crise Económico-Financeira»² desenvolvido entre 2016 e 2019, com financiamento da Fundação Francisco Manuel dos Santos e que deu origem a um estudo intitulado «Os Tribunais e a Crise Económica e Financeira»³ publicado em Dezembro de 2019.

Tendo como referência o estudo produzido, a comunicação focar-se-á unicamente e muito sumariamente na forma como a teoria dos sistemas luhmanniana inspirou, primeiro, a nossa problematização inicial, depois, o desenho da investigação e, finalmente, algumas das linhas interpretativas que construímos a partir dos dados produzidos.

Para poder sublinhar estes tópicos, importa começar por abordar brevemente o objecto, enquadramento e especificidades metodológicas do estudo.

Objeto e Enquadramento Teórico

No estudo desenvolvido pretendemos descortinar o papel que a crise económico-financeira desempenhou na decisão judicial e traçar um retrato daquilo que designamos por «jurisprudência da crise».

A abordagem do nosso estudo situa-se no plano da sociologia do direito (mas com uma perspectiva externa moderada, à qual não podemos fugir, uma vez que somos juristas) e visa responder, a partir do discurso judicial, à questão teoricamente enquadrada no plano da teoria dos sistemas sociais (em particular o funcionalismo sistémico de Niklas Luhmann): *como é que o sistema judicial reage à «irritação» fáctica da crise?*

Esta questão desdobra-se, entre outras, nas seguintes e foram elas que orientaram o desenho da investigação: A crise económico-financeira influenciou as decisões em tribunal? De que forma(s)? Como se manifestou na argumentação judicial? Em que áreas é que a crise foi mais invocada em tribunal? E em que jurisdições? Como é que o direito decorrente da crise se traduziu nas decisões judiciais? E quais foram as áreas do «direito da crise» mais discutidas em tribunal? Qual é o grau de (im)permeabilidade dos tribunais a situações disruptivas como uma crise económica?

Definições Estipulativas

Importa agora deixar claro duas das principais definições estipulativas com que trabalhámos: a «jurisprudência da crise» inclui decisões judiciais de casos em que se discute direito decorrente da crise ou em que são debatidas circunstâncias de facto relacionadas com a crise; e por «direito da crise» entendemos a legislação e regulamentação que implementou medidas de austeridade e a decorrente da concretização das obrigações resultantes do programa de assistência financeira externa, bem como o demais direito de resposta à crise, desde que tenha sido, de algum modo, justificado pelo contexto da crise económico-financeira.

Especificidades Metodológicas

No que toca a especificidades metodológicas, é importante referir, em primeiro lugar, o nosso posicionamento metodológico.

Adoptámos um posicionamento descritivo e procurámos fornecer uma reconstituição do material compilado, fundamentando empiricamente as leituras interpretativas avançadas numa perspectiva explicativa e conceptual.

Procurámos, portanto, levar a cabo um estudo empiricamente orientado, através da integração da teoria sociojurídica com uma estratégia metodológica mista construída através de uma perspectiva guiada problematicamente.

Recorremos essencialmente a uma abordagem discursiva da análise qualitativa combinada com técnicas clássicas de análise de conteúdo e alguns contributos da análise temática. Além disso, os estudos da argumentação jurídica forneceram também enquadramento para a análise adicional de jurisprudência, tendo sido integrados numa perspectiva instrumental como ferramentas metodológicas e analíticas.

Numa lógica de métodos mistos de análise, considerámos que uma abordagem equilibrada do nosso problema de pesquisa deveria ter em conta a dependência mútua dos dados qualitativos e quantitativos e, assim, procurámos recolher e processar os dados de tal modo que nos permitisse produzir um relatório quantitativo abrangente (a que chamámos macroanálise), não apenas como contributo epistémico autónomo, mas também para fomentar e enriquecer a própria análise qualitativa (que designámos por microanálise), obtendo, por esta via, um retrato dinâmico da crise no discurso judicial.

No que respeita agora à pesquisa, recolha e constituição da amostra, é de notar que a amostra analisada no nosso estudo inclui decisões de todas as instâncias superiores e foram recolhidas a partir das bases de dados do Ministério da Justiça através de uma pesquisa por termos relacionados com a crise, sendo, portanto, uma amostra de decisões em cujo discurso se verifica um grau mínimo de presença da crise, que foi posteriormente escrutinado pela nossa análise.

A delimitação temporal foi efectuada de acordo com a data estipulada de início da crise e o ano definido como termo da investigação, ou seja, de 2008 a 2017 (pois a crise não terminou com o fim do Programa de Assistência Económica e Financeira, nem com a saída do Procedimento por Défice Excessivo, apenas tem mudado de feições, e vai, ainda, demorar a sair dos tribunais): temos, portanto, um retrato de 10 anos de jurisprudência da crise.

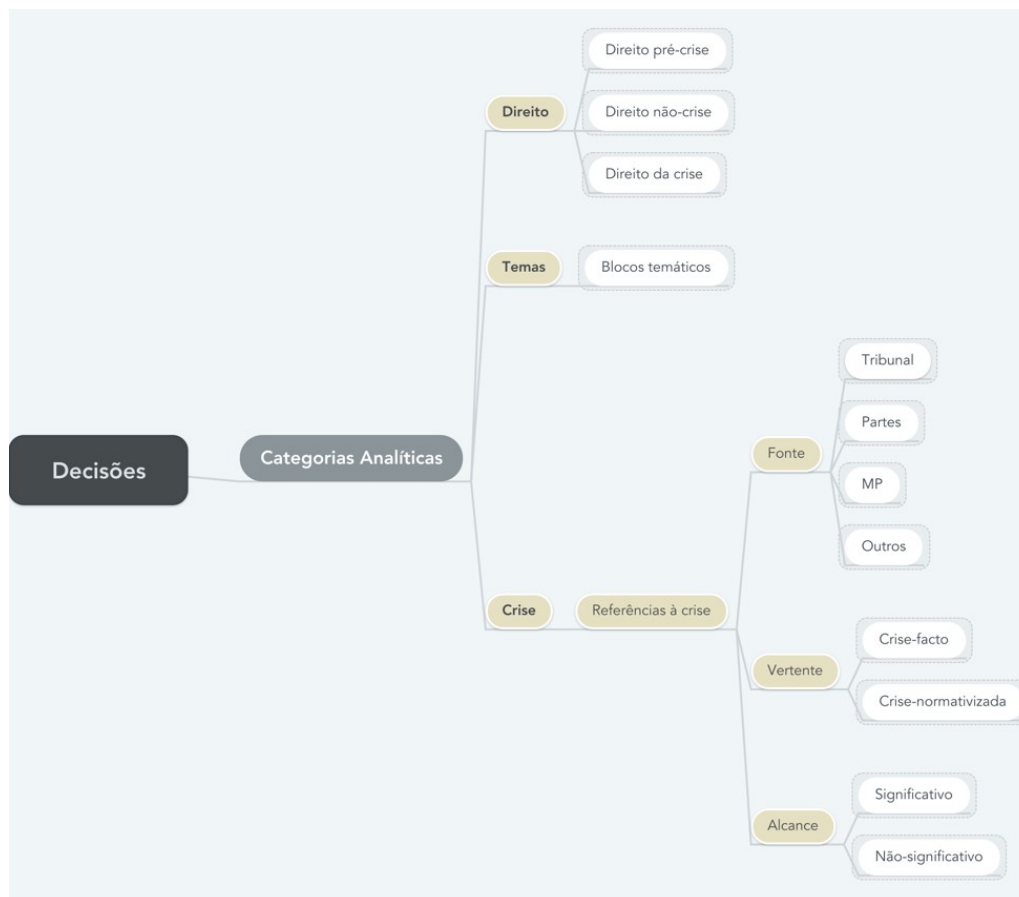
O conjunto de decisões reunido abrange 10 tribunais: Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal da Relação de Lisboa, Tribunal da Relação do Porto, Tribunal da Relação de Guimarães, Tribunal da Relação de Coimbra, Tribunal da Relação de Évora, Supremo Tribunal Administrativo, Tribunal Central Administrativo – Sul e Tribunal Central Administrativo – Norte.

O modelo de tratamento e análise da nossa amostra está sumariamente representado nas figuras seguintes:

Figura 1 - Estrutura de tratamento e análise / categorias descritivas



Figura 2 - Estrutura de tratamento e análise / categorias analíticas



Para além do registo dos atributos descritivos das decisões (figura 1), o tratamento e análise dos dados reunidos foi conduzido através da operacionalização de três grandes grupos de categorias analíticas (figura 2) que permitissem responder às seguintes questões: quais os actos normativos que se destacam nas decisões? Que tipo de direito constituem na perspectiva da crise? Quais os tópicos temáticos que enquadram as decisões? Quem trouxe a crise ao discurso da decisão? Em que vertente(s)? E qual o alcance dessa(s) referência(s)?

Para os efeitos desta comunicação, importa sublinhar, em particular, a dicotomia analítica «crise-facto/crise-normativizada» (figura 2), a qual foi desenvolvida para caracterizar as «vertentes» das «referências à crise» e que exprime, desde logo, dois distintos planos sistémicos da crise (a crise enquanto facticidade e expressões normativas da crise).

Adicionalmente, o binómio do «alcance» das «referências à crise» (figura 2) permite, em certa medida, saber se, observando as suas comunicações, o sistema jurídico (na

vertente judicial) interpreta as referências à crise como *irritações* ou *ruído* ou, pelo contrário, as reconhece como pertencendo ao sistema. Na leitura desta arquitectura poderemos ter pistas para o desenho de acoplamento que, neste caso, se possa verificar entre o sistema jurídico e o sistema político que produz o «direito da crise», mas também com os sistemas económico e social onde a crise se desenvolve.

Num primeiro nível de tratamento, a categoria analítica do «alcance» foi processada de forma a traduzir a mera existência de «referências à crise» no discurso e na «voz» do tribunal (trazidas à decisão por sua opção ou como acolhimento de referências de outros sujeitos). Há um segundo nível de questionamento quanto às «referências à crise»: depois de entrar no discurso do tribunal, a crise consegue influenciar a decisão? Este segundo nível de análise foi trabalhado numa subamostra com a categoria do «alcance», corrigindo apenas a sua interpretação no sentido de as «referências à crise» aduzidas ou acolhidas pelo tribunal serem ou não significativas/relevantes para a decisão em sentido estrito. Já não apenas a presença das «falas», mas o seu «valor».

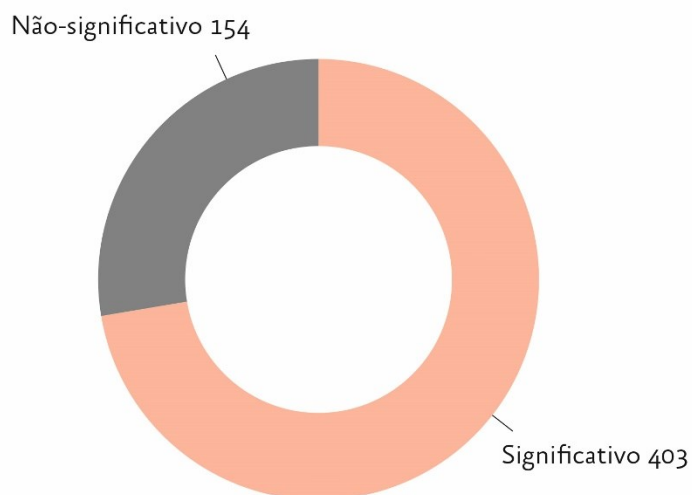
Este modelo de tratamento (figuras 1 e 2) permitiu-nos desenvolver, no plano da macroanálise, um retrato bastante detalhado da amostra (constituída por 557 decisões proferidas entre 2008 e 2017) e apresentar uma série de resultados quantitativos que foram trabalhados qualitativamente com recurso a uma estrutura de análise temática. Assim, as categorias descritivas elencadas na figura 1 permitiram uma caracterização institucional e processual aprofundada da amostra, enquanto as categorias analíticas enunciadas na figura 2 foram mobilizadas em torno de categorias temáticas que foram sendo constituídas a partir do material. Com efeito, o segundo conjunto de categorias analíticas integrou uma tipologia composta por 35 categorias principais e 92 subcategorias, as quais serviram de estrutura temática para integrar os resultados da aplicação das demais categorias analíticas (as incluídas nos conjuntos «direito» e «crise» elencadas na figura 2).

Resultados: apresentação selectiva

Não entrando em detalhes dos resultados da macronálise, interessa-nos neste contexto destacar parte dos dados que contribuíram para extrair algumas linhas interpretativas no quadro da teoria dos sistemas.

Assim, no plano quantitativo, e como se pode verificar pela figura 3, o «alcance» de primeiro nível das referências à crise no discurso revelou-se «significativo» na grande maioria dos casos (72,35% do total).

Figura 3 – Jurisprudência da crise [referências à crise – alcance de 1º nível]



O cruzamento dos dados gerais com as variáveis codificadas permitiu-nos explicitar as diferentes dinâmicas que se verificam, por exemplo, ao nível das jurisdições, por áreas do direito ou por blocos temáticos e esse detalhe é que nos deu a possibilidade de fazer um retrato mais circunstanciado desta jurisprudência.

Por exemplo, quanto ao alcance das referências à crise, podemos explicitar que, apesar de o predomínio de «alcance significativo» se ter mantido nas três jurisdições, a jurisdição judicial foi tendencialmente mais permeável à crise do que a jurisdição administrativa e fiscal.

Com efeito, verifica-se uma menor margem de alcance significativo de 1º nível na jurisdição administrativa e fiscal face à judicial.

Tabela 1 – Jurisprudência da crise [referências à crise – alcance / jurisdição]

Alcance	administrativa e fiscal	constitucional	judicial	Total
Significativo	74	33	296	403
Não-significativo	59	5	90	154

Para aprofundar a perspectiva desta comunicação, interessa agora abordar a microanálise.

Neste ponto, é importante referir que, para complementar a análise quantitativa com uma abordagem orientada qualitativamente, optámos por delimitar instâncias analíticas especificamente organizadas por subamostras e conjuntos de decisões que nos permitissem detalhar as questões de investigação em torno do impacto da crise no alcance decisório, da interpretação do «direito da crise» do ponto de vista argumentativo e, finalmente, da relação entre tribunais.

Porque se baseia directamente na arquitectura de tratamento dos dados que construímos sob inspiração sistémica e se enquadra melhor na perspectiva metodológica que demos a esta comunicação, concluímos com uma referência a apenas uma destas instâncias analíticas da microanálise: a do impacto da crise no alcance decisório.

Procurámos aqui explorar o segundo nível do binómio do alcance «significativo/não-significativo» para saber até que ponto a incorporação de referências à crise no discurso do tribunal que proferiu a decisão («alcance significativo» de primeiro nível) tem ou não efectiva relevância na decisão adoptada («alcance significativo» de segundo nível), o que, em termos de operacionalização da categoria, sucede sempre que as referências à crise representem o ou um dos fundamentos que conduziu à decisão, impactando qualitativamente no sentido do juízo proferido.

Para desenvolver esta análise qualitativa, construímos uma subamostra probabilística e proporcional totalmente aleatória, com 39 decisões, gerada unicamente a partir de decisões previamente qualificadas com «alcance significativo» de primeiro nível.

Os resultados quantitativos foram, desde logo, inesperados por serem tão expressivos, já que no âmbito do discurso judicial é muito comum a utilização de referências contextuais ou informativas sem qualquer consequência performativa na decisão em sentido estrito: as decisões que exibem um «alcance significativo» da crise ao nível do segmento decisório representam 71.8%, contra 28.2% em que esse «alcance» de segundo nível se revela «não-significativo».

Tabela 2 - Jurisprudência da crise [decisões por alcance de 2º nível - subamostra]

Decisões por Alcance 2º Nível (subamostra)

alcance 2º nível	decisões
não-significativo	11
significativo	28
Total	39

Mas mais relevante do que estes resultados quantitativos, a análise desenvolvida neste domínio permitiu apreender de forma mais concreta os modos através dos quais a crise se traduziu ou não nos fundamentos relevantes das decisões, constituindo, assim, um indicador das formas de expressão dos graus de porosidade ou impermeabilidade do sistema judicial aos impulsos críticos. Não sendo possível incorporar aqui a ilustração da análise de conteúdo desenvolvida ao nível dos textos das decisões desta subamostra, procuramos, em qualquer caso, de seguida, destacar os tais modos de acomodar a crise a nível decisório que essa análise permitiu evidenciar; fazendo, desde logo, a ligação com as linhas interpretativas e conclusões mais pertinentes do estudo no âmbito da teoria dos sistemas.

Interpretação e conclusões

Ainda que essas dinâmicas não representem todas as situações, a verdade é que a análise qualitativa da subamostra destacou a existência de mecanismos legais específicos capazes de acomodar, negativa ou positivamente, as alegações relacionadas com a crise. O instituto da *alteração anormal das circunstâncias* é muito recorrente e partilha características com as previsões relativas aos *factos notórios* ou às *presunções judiciais*, já que, consoante a interpretação adoptada pelos tribunais, poderá ser exigida pelo julgador prova adicional e específica da causalidade entre a crise e as alegações nela baseadas. Isto significa que a interpretação mais ou menos restritiva do ónus da prova é determinante para atribuir «alcance significativo» de segundo nível à crise.

Disposições como a que governa a determinação da medida da pena em direito penal, ou, no direito laboral, a que regula a justa causa de resolução do contrato de trabalho, ou mesmo as disposições relativas à determinação de montantes indemnizatórios, também partilham características estruturais neste sentido, já que permitem ou exigem

que os tribunais considerem elementos extrajurídicos na apreciação de conceitos jurídicos, tais como a culpa ou a ilicitude, e, assim, constituem forma específica de fundar a atribuição ou não de relevância à crise na decisão.

A forma como a aplicação daquelas disposições jurídicas determina as reacções dos tribunais face às referências à crise e ao seu potencial performativo revela a sua capacidade de funcionar como dispositivos de *abertura* ou *fechamento*, auto-regulando a possibilidade de os tribunais decidirem o que pode ou não contar como comunicação do sistema. Estes dispositivos podem, assim, - sugerimos nós - ser entendidos como *cláusulas de comunicação entre sistemas*, assumindo o papel de *cláusulas de abertura* ou *cláusulas de fechamento*, consoante o seu uso pelos tribunais; e podem ser *explícitas*, como no caso da alteração anormal das circunstâncias, ou *implícitas*, como no caso de disposições que permitem a consideração de elementos extrajurídicos.

Esta interpretação dos resultados encontra-se em linha com a assunção luhmmaniana de que é o sistema jurídico que decide o que é tratado como ruído ou irritação ou, pelo contrário, como comunicação aceite pelo sistema. A crise económico-financeira não foi excepção e, no que respeita à jurisprudência analisada, podemos mesmo afirmar que, na maioria dos casos, a crise não foi considerada irritação, sendo absorvida como comunicação própria do sistema através da mediação de mecanismos, como as cláusulas de comunicação mencionadas, que permitem a sua consideração de acordo com a gramática específica do sistema.

Assim, aquilo que poderia ser lido como *submissão* do sistema judicial à crise parece ser melhor entendido como expressão de situações de acoplamento numa lógica de articulação do sistema jurídico com os restantes sistemas sociais. Afigura-se, portanto, que a dicotomia analítica mais adequada à questão da incorporação da crise nos fundamentos do sentido decisório não é aquela que apela ao binómio *submissão/resistência* (e que tínhamos avançado como hipótese inicial do nosso estudo), mas o que exprime a *abertura* ou *fechamento* do sistema, sendo que os resultados obtidos quanto ao predomínio do «alcance significativo» de segundo nível apontam para uma tendencial *abertura* dos tribunais neste domínio.

A interpretação sugerida pela microanálise do impacto no alcance decisório convida a uma articulação adicional com os resultados da macroanálise. Com efeito, a análise temática permite-nos sublinhar que o modo como os tribunais acolhem ou rejeitam as menções à crise muda de jurisdição para jurisdição e apresenta distintos padrões de acordo com cada bloco temático. Não há, portanto, uma reacção uniforme à crise no

discurso judicial, mas diferentes tendências que espelham a heterogeneidade do direito e da sua aplicação judicial. Nesta perspectiva, a nossa estrutura temática de análise permitiu, precisamente, identificar áreas mais susceptíveis a incorporar a crise no seu raciocínio e outras mais herméticas à sua influência. Tendo presente a estrutura de *cláusulas de comunicação intersistémicas* sugerida acima, podemos, assim, sustentar que aquela compartimentação temática, institucional e operativa face às menções à crise é, ela própria, autopoietica, já que decorre particularmente das características específicas dos dispositivos jurídicos mencionados, consoante predominem numa ou outra área temática por força do direito aplicável e das questões sociojurídicas em disputa.

Agradecimentos

Fundação Francisco Manuel dos Santos; CEDIS.

Notas

Por decisão pessoal, as autoras do texto não escrevem segundo o novo acordo ortográfico.

¹ Este texto corresponde à versão escrita da comunicação oral apresentada no Congresso.

² Coordenado por Patrícia André e Teresa Violante com a participação de Maria Inês Gameiro.

³ O estudo integral pode ser livremente acedido [aqui](#).