

MARC GALANTER

Professor da Faculdade de Direito da Universidade
de Wisconsin-Madison

Direito em Abundância: A actividade legislativa no Atlântico Norte (*)

103

Reflecte-se aqui sobre o direito nas sociedades contemporâneas, centrando-se a análise, especialmente, no caso dos E.U.A., Reino Unido e Canadá.

Defende-se que o mundo jurídico se tem alargado, o que se manifesta, designadamente, no aumento do número de advogados, na existência de mais leis e na extensão da litigação. A estes factores acrescenta-se, ainda, o aparecimento de

modos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais e a juridificação de novos domínios da vida social.

O alargamento do mundo do direito reflecte-se também na proliferação de revistas e outros meios de informação dedicados a assuntos jurídicos. Finalmente, mostra-se como este alargamento provocou alterações nas características do próprio direito e da litigação.

Há alguns anos atrás, a revista *New Yorker* publicou um “cartoon” em que uma mulher jovem, sentada de perna cruzada num sofá, respondia a um pretendente ajoelhado de frente dela e que acabava, ao que tudo indicava, de lhe propor casamento. Eis a sua resposta: “Interessante. Diga ao seu advogado que entre em contacto com o meu” (1). Este exemplo tipifica bem a incómoda sensação de que o mundo foi juridificado — ou seja, que o mundo da nossa experiência directa se viu invadido, imbuído, colonizado e, de algum modo, diminuído, por uma camada de direito derivativa e inútil. Tal incómodo — e o retraimento que o acompanha — manifesta-se de muitas maneiras, desde a reacção seca presente no nosso “cartoon” do *New Yorker* até às preocupações com a chamada explosão do direito (2), com o número excessivo de processos e com a crise da responsabilidade, passando por uma profunda ansiedade quanto à “burocratização do mundo” (3), à “juridificação das esferas sociais” (4) e à “colonização do mundo-da-vida” (5).

Não obstante costumar-se louvar o “império da lei” como coisa boa e nobre, considera-se que o excesso do direito é

**1. Diga ao seu
advogado que
entre em
contacto com
o meu**

gerador — ou pelo menos anda a par — de toda uma série de males: alguns deles palpáveis, como sejam prémios de seguro elevados, a ineficiência, e o desincentivo à inovação no que se refere aos produtos; mas também males mais vastos e difusos, como a atomização, a fragmentação, o declínio do sentido de comunidade, a homogenização e o declínio da diversidade, e ainda a perda da espontaneidade, da dignidade e da autoconfiança ⁽⁶⁾.

Proponho-me aqui esboçar os contornos da actividade legislativa na sociedade contemporânea e reflectir sobre alguns dos seus efeitos. Com vista a documentar as tendências contemporâneas, basear-me-ei em grande parte — e sobretudo ao passar do contexto para os aspectos de substância — em dados referentes à realidade dos Estados Unidos. Contudo, procurei mostrar que grande parte dessa evolução pode ser observada igualmente no Canadá e no Reino Unido ⁽⁷⁾. Muitas das comparações estão incompletas, ou porque não existissem dados paralelos disponíveis, ou porque não houvesse tempo para proceder ao seu levantamento. Não fiz qualquer esforço no sentido de preservar os traços distintivos das diversas realidades que compõem o retrato genérico que aqui faço. Pode, por isso, o resultado parecer difuso e indistinto, mas precisamente uma certa imprecisão não deixa de ter, aqui, cabimento ⁽⁸⁾. Adiante voltarei à questão de saber se este tom difuso indicia uma convergência dos sistemas jurídicos destas sociedades. Ao procurar retratar as tendências mais recentes, tomei por base o ano de 1960 — ou seja, aproximadamente uma geração atrás — comparando-a com os finais dos anos 80. Nos casos em que não existiam dados disponíveis em relação a este período, substituí-os livremente pelos elementos disponíveis que considere estarem mais próximos.

Começarei por desenvolver a noção de que o mundo do direito se expandiu e que ocupa ou penetra, hoje em dia, uma parte maior do nosso espaço social. De seguida debruço-me sobre as mudanças verificadas na distribuição da informação no domínio do direito e a ele respeitante. Finalmente, ocupo-me das mudanças ocorridas na natureza do trabalho jurídico e dos seus resultados.

2. O alargamento do mundo do direito

No decurso de apenas uma geração verificaram-se acentuadas alterações em grande escala em muitos aspectos do mundo do direito: na quantidade e complexidade da regulação jurídica; na frequência dos processos litigiosos; na quan-

tidade e no conteúdo do material jurídico oficial ou portador de "autoridade"; no número, grau de coordenação, e índice de produtividade dos advogados; no número dos actores envolvidos na área do direito e nos recursos que põem ao serviço da actividade jurídica; na quantidade de informação existente acerca do direito e na sua velocidade de circulação.

Antes de se proceder ao estudo das referidas alterações é imperioso reconhecer-se que as mudanças verificadas no mundo do direito reflectem as mudanças ao nível da economia e da sociedade envolventes. Comparada com a de 1960, a população americana de 1985 era mais numerosa, mais velha, mais abastada, possuía uma maior nível de instrução, e apresentava uma maior diversidade ⁽⁹⁾. Tinha ao seu dispor melhores serviços sociais, tinha uma expectativa de vida mais alta, como mais altas eram também as suas expectativas de desempenho das instituições ⁽¹⁰⁾. Além disso, no período desde 1960 para cá assistiu-se a um declínio acentuado no que se refere à confiança depositada nos governantes, no mundo empresarial, e em outras instituições importantes ⁽¹¹⁾.

A economia cresceu. O Produto Nacional Bruto aumentou em 679%, ou seja, de 515,3 biliões de dólares em 1960 para 4.014,9 biliões em 1985 ⁽¹²⁾. O emprego subiu de 67 milhões em 1960 para 108 milhões em 1985. Em virtude sobretudo da inclusão do trabalho feminino, a participação na força de trabalho com relação ao total da população ascendeu de 38% para mais de 45%. Tem-se assistido de uma forma bem vincada a um movimento de deslocação da produção de bens para a prestação de serviços ⁽¹³⁾. Tem-se verificado, muito especialmente, uma enorme multiplicação das transacções financeiras ⁽¹⁴⁾. A economia internacionalizou-se ⁽¹⁵⁾. Os investimentos americanos no estrangeiro aumentaram de 277 para 853,8 biliões de dólares, enquanto os investimentos estrangeiros nos Estados Unidos aumentaram de 132,4 biliões para 949,8 biliões ⁽¹⁶⁾.

Quase todas estas mudanças encontram paralelo tanto no Canadá como no Reino Unido ⁽¹⁷⁾. Em cada um destes países deparamos com uma população mais numerosa ⁽¹⁸⁾, mais diversificada e dotada de maior grau de instrução ⁽¹⁹⁾, auferindo rendimentos mais elevados ⁽²⁰⁾, dispondo de mais serviços sociais ⁽²¹⁾ e com uma expectativa de vida mais alargada ⁽²²⁾, vivendo, além disso, numa economia em grande expansão ⁽²³⁾, mais orientada para os serviços e mais internacionalizada. Dados recentes sugerem uma diminuição da confiança depositada nas principais instituições ⁽²⁴⁾.

3. Mais advogados

Em toda a parte o número de advogados tem aumentado de uma maneira impressionante ⁽²⁵⁾. Nos Estados Unidos, a subida foi de 285.933 em 1960 para 655.191 em 1985 — um aumento de 129% ⁽²⁶⁾. No Canadá, o aumento do número de advogados foi ainda mais rápido: de 12.068 em 1961 para 42.710 em 1986, o que corresponde a um aumento de 253% ⁽²⁷⁾. Na Inglaterra e no País de Gales os dois ramos da profissão aumentaram, em conjunto, de 20.988 para 51.857 — uma subida de 147% ⁽²⁸⁾.

O que se verifica, no entanto, não é apenas que existem mais advogados, mas também que se trata de advogados mais jovens ⁽²⁹⁾ — e portanto menos experientes ⁽³⁰⁾ —, com mais habilitações ⁽³¹⁾ e apresentando maior diversidade, incluindo um maior número de pessoas pertencentes a grupos minoritários ⁽³²⁾. Há, sobretudo, mais advogadas. Em 1960, apenas 3% dos advogados de cada um dos países do Atlântico Norte eram mulheres ⁽³³⁾. Nos finais da década de 80, estas constituíam cerca de 15% dos advogados existentes nos E.U. e mais de 20% dos do Reino Unido e Canadá. Quase metade dos estudantes de direito desses países eram mulheres, fazendo assim prever novas e enormes mudanças na composição da profissão.

Os advogados trabalham agora em ambientes muito diferentes do que acontecia há uma geração atrás. O número de advogados a trabalhar em grandes grupos, capazes de desenvolver trabalho jurídico de grande dimensão e de forma coordenada, é hoje várias vezes superior ao que era ⁽³⁴⁾. Os advogados integrados em organizações deste tipo tornaram-se mais especializados e passaram a organizar-se de uma maneira mais marcadamente hierarquizada. As sociedades de advogados de maior dimensão têm conhecido um crescimento mais rápido do que o próprio número de advogados ⁽³⁵⁾. As sociedades maiores têm vindo a auferir uma porção cada vez maior do total de dinheiro gasto com serviços jurídicos, o qual por sua vez tem também vindo a registar um rápido crescimento. A prática do direito tornou-se uma actividade de tipo mais empresarial e mais competitiva ⁽³⁶⁾.

A sociedade dispende muito mais com o direito. Ao passar de 15 biliões de dólares em 1960 para 35 biliões em 1985, a parte do Produto Nacional Bruto proveniente dos gastos com os serviços jurídicos mais do que duplicou (tomando como referência o valor do dólar em 1982) ⁽³⁷⁾. A porção do rendimento e do produto nacional proveniente

dos serviços jurídicos sofreu, entre os anos de 1960 e 1985, um aumento para cerca do dobro⁽³⁸⁾. Além disso, deve dizer-se que dessa subida dos gastos com os serviços jurídicos é cada vez maior a percentagem gasta por empresas, por oposição aos indivíduos⁽³⁹⁾. Os números aqui referidos não traduzem suficientemente o crescimento do total das despesas com a lei por parte das empresas, uma vez que apenas registam os pagamentos efectuados a advogados “de fora”; com efeito, dever-se-á adicionar a esses números os gastos cada vez mais volumosos ocorridos durante o mesmo período com serviços jurídicos “da casa”⁽⁴⁰⁾. Nos casos do Canadá e do Reino Unido podemos detectar aumentos comparáveis — se bem que impossíveis de estimar — nos gastos das empresas em serviços jurídicos, para o que basta atentar na multiplicação do número e do tamanho das grandes sociedades de advogados que trabalham para empresas.

107

Não só há mais advogados, como também há mais direito. No decurso deste quarto de século a quantidade de direito aumentou exponencialmente. Nos Estados Unidos existem hoje mais diplomas federais⁽⁴¹⁾, mais organismos públicos⁽⁴²⁾, mais pessoal⁽⁴³⁾, mais gastos com a aplicação da lei e mais normas. Para se fazer uma ideia aproximada só da quantidade de normas basta considerar o número de páginas que em cada ano é acrescentado ao Federal Register: em 1960 foram acrescentadas 14.477 novas páginas; em 1985, 53.480⁽⁴⁴⁾. Ao nível do governo estadual e local verificaram-se aumentos idênticos da legislação⁽⁴⁵⁾.

4. Mais direito

No Canadá, a *Canadian Gazette*, que em 1955 consistia numa publicação de 3.120 páginas e quatro volumes, era em 1978 uma compilação de 18 volumes e com 14.420 páginas. A estes haveriam de juntar-se, em 1987, vários volumes anuais, num total que ultrapassava as 40.000 páginas. No Reino Unido deu-se “uma aceleração substancial do volume de legislação de pormenor (...) durante os anos 70 (...)”⁽⁴⁶⁾. O número médio de páginas acrescentado anualmente à colectânea de leis ascendeu de 745 páginas na década de 50 para 1.525 páginas nos princípios da década de 80⁽⁴⁷⁾.

No período em consideração foi imenso o crescimento do *corpus* do direito oficial. A produção de decisões dos tribunais estaduais acrescentada às recolhas regionais da editora West Publishing Company passou de 63 volumes e 61.057 páginas em 1960 para 127 volumes e 151.863 páginas em

1985, o que traduz um aumento de 149% no número de páginas⁽⁴⁸⁾. O material de âmbito federal conheceu uma multiplicação ainda mais rápida⁽⁴⁹⁾. A subida anual dos relatórios de casos federais registou um aumento de 23 volumes correspondentes a 21.474 páginas em 1960 para 61 volumes e um total de 93.588 páginas em 1985 — ou seja, um aumento de 336%⁽⁵⁰⁾. No Canadá, a subida anual dos “Dominion Law Reports” foi de cinco volumes contendo 3.902 páginas em 1960 para 11 volumes com 8.448 páginas em 1989⁽⁵¹⁾. Mas a profusão de informação jurídica ultrapassou as fontes escritas acabadas de referir. Com efeito, desde o seu advento no início dos anos 70 que as bases de dados ligadas em rede vieram aumentar o acesso a um vasto manancial de material jurídico, algum dele nunca antes publicado⁽⁵²⁾.

Igualmente assinalável tem sido o crescimento do número de publicações que se dedicam a comentar todo este material. Entre os anos de 1960 e 1985 o número de revistas jurídicas de carácter geral publicadas nos Estados Unidos aumentou de 65 para 186, tendo sido de 6 para 140 a subida do número das revistas especializadas⁽⁵³⁾. Em 1985, cada volume anual saiu em média com mais dois terços do tamanho do respectivo antecessor correspondente ao ano de 1960, sendo maior também o tamanho dos artigos contidos⁽⁵⁴⁾. No Canadá, os artigos das revistas de direito sofreram um aumento de 175% entre 1958 e 1980⁽⁵⁵⁾. O número de livros inéditos de direito publicados nas Ilhas Britânicas registou um aumento comparável, tendo passado de 190 títulos em 1968 — ano em que a British National Bibliography procedeu à sua publicação como tema autónomo pela primeira vez — para 1.400 em 1988. Paralelamente ao crescimento destas fontes de carácter académico verificou-se uma proliferação de canais menos formais de informação jurídica⁽⁵⁶⁾.

A infra-estrutura tecnológica necessária ao manuseamento de toda esta informação mudou radicalmente. Por altura do virar do século, o trabalho jurídico foi todo ele reconstituído em novos moldes por acção do telefone, da máquina de escrever, da expansão da actividade editorial na área jurídica, e de novos instrumentos de investigação como as compilações de resumos (os chamados “digests”) e de transcrições de material jurídico relevante. Se exceptuarmos alguns melhoramentos de pormenor, como por exemplo o recurso a fichas individuais, a tecnologia dos escritórios de

serviços jurídicos permaneceu essencialmente idêntica até à década de 60. Desde então, uma rápida sucessão de tecnologias novas — a fotocópia, a informatização, bases de dados ligadas em rede, serviços de distribuição postal de um dia para o outro, o correio electrónico e o fax — veio multiplicar a quantidade de informação que os actores envolvidos na área do direito são capazes de reunir e manusear, aumentando também de maneira assinalável a velocidade com que essa informação circula ⁽⁵⁷⁾.

Durante este período foi maior o número de processos. O total de processos cíveis nos tribunais federais do Estados Unidos aumentou de 59.284 em 1960 para 273.670 em 1985 ⁽⁵⁸⁾. Embora não haja disponíveis números comparáveis no que diz respeito aos tribunais estaduais, pode ficar-se com uma ideia do crescimento da actividade judicial nos estados a partir do aumento do número de advogados empregados por aqueles tribunais: de 7.581 em 1960, passou-se para 18.674 em 1985 ⁽⁵⁹⁾. Tanto os tribunais federais como os estaduais passaram a contar com mais quadros, mais funcionários, e mais administradores profissionais ⁽⁶⁰⁾. Por sua vez, todo este pessoal passou a estar equipado com novas tecnologias de informação, o que veio aumentar ainda mais rapidamente a “produção” destas instituições.

Não logrei obter dados longitudinais sobre o volume de processos litigiosos no Canadá. As dimensões do aumento verificado na utilização dos tribunais podem ser indirectamente inferidas do aumento da capacidade dos tribunais. O número de juízes passou de 834 em 1961 ⁽⁶¹⁾ para 2.315 em 1986 ⁽⁶²⁾, ou seja, subiu 177%.

Na Inglaterra e no País de Gales, o número de processos iniciados nos “High Courts” ascendeu de 140.003 em 1963 para 262.761 em 1988, e de 1.521.594 para 2.285.125 nos tribunais de condado ⁽⁶³⁾. Registaram-se aumentos semelhantes no que se refere às acções cíveis e “um crescimento assinalável no número e volume de casos passados pelos tribunais” ⁽⁶⁴⁾. Nos finais da década de 80, cerca de cinquenta tribunais trataram, entre si, de um volume de casos que foi “cerca de seis vezes o número de processos cíveis levados a julgamento perante os tribunais superiores e os tribunais de condado no seu conjunto” ⁽⁶⁵⁾.

Tem sido muito propalada a ideia de que a crescente apetência dos Americanos pela apresentação de processos judiciais tem conduzido a um verdadeiro dilúvio, ou avalan-

5. Mais litigação

che, ou explosão, da litigação. Na maioria das localidades os índices *per capita* de processos cíveis têm aumentado ao longo das décadas mais recentes⁽⁶⁶⁾. O exame atento dos dados disponíveis, no entanto, sugere, não o recurso febril e ilimitado à via litigiosa, mas antes o seu uso moderado e modulado⁽⁶⁷⁾. Sempre atentos aos riscos, às demoras e aos custos envolvidos, os queixosos estão longe de agir como se os movesse um impulso irrefreável no sentido da contestação e da vingança em terreiro público⁽⁶⁸⁾. O mundo da litigação compõe-se de grupos muito variados de casos, cujo aumento e decréscimo é reflexo, não de mudanças globais na propensão para litigar, mas antes de factores específicos como sejam o número e o grau de concentração ou difusão das ofensas ou problemas em questão, a presença ou ausência de outras formas de lidar com esses problemas, a existência de informação disponível sobre as soluções jurídicas a adoptar, e o eventual desenvolvimento de uma competência especializada por parte dos advogados⁽⁶⁹⁾. Há modalidades específicas de processos litigiosos que decrescem ao mesmo tempo que outras vão ganhando importância. Assim, Kagan mostra-nos que nos Estados Unidos as acções por dívidas não têm acompanhado a subida verificada na actividade que lhes é subjacente⁽⁷⁰⁾. No meio desta tão falada explosão do número de processos, o mundo das acções por responsabilidade relacionada com defeitos dos produtos (com a excepção do amianto) tem vindo a diminuir a um ritmo regular desde meados dos anos 80⁽⁷¹⁾. Os percursos destas espécies em mutação convergem por forma a gerar grandes mudanças na configuração da quantidade ou volume de casos levados a tribunal.

Estas variações das tendências no que se refere a processos parecem reflectir o alastramento global — embora desigual — de uma expectativa elevada relativamente à justiça e a consciencialização do direito à protecção contra muitos tipos de ofensa ou à respectiva indemnização⁽⁷²⁾. Mas nem tal consciencialização é espontânea, nem o seu crescimento chega para explicar, só por si, os padrões que encontramos na utilização dos tribunais. A sua tradução em litigação depende dos valores e dos recursos dos queixosos, bem como das opções de resolução de que estes dispõem. Tais opções, por sua vez, são reflexo das mudanças verificadas no contexto institucional mais amplo em que ocorrem os conflitos.

Certos observadores têm sublinhado o contraste entre, por um lado os Estados Unidos, com um número muito elevado de processos, e por outro lado o Reino Unido e o Canadá, com as suas populações supostamente menos legalistas e menos conflituosas. As explicações avançadas para as diferenças observadas (e que nem sempre dão os Americanos como estando mais voltados para a litigação e para a lei⁽⁷³⁾) vão desde os incentivos provenientes das normas substantivas ou processuais até ao carácter geral do sistema de indemnizações, passando pelos aspectos mais vastos da cultura e nomeadamente pela maneira como esta encara a adversidade, o infortúnio, a afirmação pessoal, a recompensa, etc.⁽⁷⁴⁾. Recentemente, vários trabalhos de natureza especializada e comparativa vieram colocar uma maior ênfase nas semelhanças que se entretecem nestas diferenças. Um estudo que leva a cabo uma comparação de acções de responsabilidade civil extracontratual nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Alemanha conclui inferindo que “uma vez descontadas certas disparidades, como sejam o custo da assistência médica, o nível de vida e o custo e método de financiamento dos processos, as diferenças existentes entre os sistemas são muito menos espectaculares do que habitualmente se crê”⁽⁷⁵⁾. E outro estudo, dedicado a acções por negligência médica (um dos poucos que versam os três países aqui em análise), parte da constatação do “crescimento semelhante dos processos por negligência médica durante as décadas de 70 e 80”, para propor que tal “paralelismo sugere (...) este crescimento se ficará a dever menos a mudanças isoladas de doutrina num determinado país do que a determinadas mudanças na prática da medicina e nos costumes sociais ocorridas de forma aproximadamente simultânea na maioria dos países ocidentais”⁽⁷⁶⁾.

As lamentações quanto à explosão do número de processos nos Estados Unidos costumam imputar as culpas do excesso de litigação aos queixosos particulares, frequentemente sob o incitamento de advogados mais agressivos. Pouca atenção é dada ao facto de uma porção cada vez maior dos processos envolver empresas e grandes sociedades de advogados. É hoje mais frequente do que era no passado as empresas serem alvo de acções de responsabilidade relacionadas com direitos cívicos, com despedimentos ilegais ou com a qualidade dos produtos⁽⁷⁷⁾. E o que é

menos visível, mas não menos importante, é que, para tratarem dos conflitos decorrentes das relações que mantêm entre si, elas passaram a servir-se com mais frequência e com maior agressividade do sistema jurídico. Este facto é patente no recrudescimento, nos tribunais federais dos Estados Unidos, de casos relacionados com contratos, propriedade intelectual, e outros ligados ao mundo dos negócios ⁽⁷⁸⁾. É cada vez maior o número de litígios da área dos negócios que não são resolvidos entre as partes de acordo com o procedimento informal descrito por Stewart Macaulay no início dos anos 60 ⁽⁷⁹⁾. Passou a ser aceitável as empresas apresentarem-se como autoras e processarem outras empresas; há um recurso cada vez maior aos processos litigiosos enquanto estratégia comercial. Deste acréscimo total de processos, há uma parte significativa que é hoje mais complexa e que implica verbas mais altas, além de que exige uma maior quantidade de trabalho de advocacia ⁽⁸⁰⁾.

Na Inglaterra e no País de Gales, as sentenças proferidas pelo "Queen's Bench" por incumprimento de contrato aumentaram 107% entre 1975 e 1989, o que é um aumento cinco vezes mais rápido do que o do número total de sentenças ⁽⁸¹⁾.

6. Mais modalidades, mais vozes

Ao mesmo tempo que se assistia ao aumento da litigação, alargava-se também o leque das técnicas utilizadas nos conflitos judiciais. Em 1960, aquilo que hoje reconhecemos como formas de "alternative dispute resolution" (resolução alternativa de conflitos — RAC) restringia-se a alguns enclaves dispersos — a arbitragem e a mediação na área laboral, a arbitragem no comércio, a via da conciliação nos casos de divórcio ⁽⁸²⁾. A última década testemunhou uma grande proliferação de instituições e de programas de RAC, alguns deles totalmente autónomos, outros associados a tribunais, outros ainda integrados no seio de organizações como por exemplo grandes empresas, hospitais e escolas ⁽⁸³⁾.

Em meados dos anos 70, as vias "alternativas" eram, geralmente, ainda encaradas como esquemas de recurso destinados a lidar com questões menores ou marginais, não merecedoras de um tratamento judicial completo. Contudo, a RAC logrou deslocar-se — ou pelo menos é a isso que aspira — da periferia do trabalho jurídico para o seu centro ⁽⁸⁴⁾. Os tribunais aceitaram a ideia de que faz parte das suas responsabilidades promover acordos ⁽⁸⁵⁾. Muitos tribunais, tanto federais como estaduais, acrescentaram aos seus

reportórios institucionais certos instrumentos característicos da RAC — incluindo programas de arbitragem e de mediação a funcionar em anexo aos tribunais e também toda uma variedade de procedimentos de obtenção de acordos, tais como a avaliação independente em fase inicial e os julgamentos com júri sumários. Estão em curso experiências com vista à criação do chamado tribunal “multiportas” (“multi-door court house”), que se prevê que venha a integrar num único estabelecimento vários modos de processamento de conflitos, incluindo a via judicial. Tem-se verificado uma proliferação abertamente comercial de instrumentos típicos da RAC (“juizes-de-aluguer”, minijulgamentos, etc.) dirigidos aos conflitos entre grandes empresas e que envolvem grandes quantias de dinheiro, conflitos esses que são, aos olhos de juizes e advogados, a faceta mais conceituada do trabalho jurídico⁽⁸⁶⁾. Nos tempos mais recentes, os instrumentos utilizados na RAC têm sido alvo de interesse tanto no Canadá⁽⁸⁷⁾ como no Reino Unido⁽⁸⁸⁾. Não obstante muita da retórica do “movimento” RAC ir contra o que é formalidade jurídica e polarização de interesses, o crescimento da RAC veio trazer novos canais de acção judicial e alargar o reportório dos tribunais e advogados.

Em comparação com 1960, são hoje muitos mais os grupos e os interesses a participar activamente no terreno do direito. A década de 60 assistiu ao aparecimento, nos Estados Unidos, de programas de serviços jurídicos para os pobres, incluindo centros de apoio especializados que deram origem a áreas inteiramente novas de saber jurídico organizado — como foi o caso do direito dos pobres⁽⁸⁹⁾. A mesma época assistiu ao nascimento de sociedades e organizações de “direito do interesse público”, a que se seguiram, na década de 70, centros de direito do interesse público de índole conservadora e voltados para o mundo dos negócios⁽⁹⁰⁾. Hoje em dia é maior o número de associações profissionais e de voluntários a dedicar-se à actividade jurídica⁽⁹¹⁾.

A primeira sociedade canadiana de direito do interesse público foi fundada em 1971, tendo-se-lhe seguido outras instituições da chamada nova advocacia⁽⁹²⁾. No Reino Unido surgiram novas formas institucionais de incrementar o acesso aos sistemas jurídicos. Foi enorme o aumento ali verificado no que se refere à assistência jurídica⁽⁹³⁾. Criaram-se os Gabinetes de Aconselhamento dos Cidadãos (“Citizens Advice Bureaux”), ao mesmo tempo que despon-

pecializados; assistiu-se ao aparecimento do direito do interesse público ⁽⁹⁴⁾.

Para além do facto de as formações sociais existentes terem encontrado uma nova voz no que concerne ao mundo das leis, o que agora se verifica é que as novas formas de comunicação e a maior quantidade de recursos disponíveis vêm tornar possível a organização de grupos que não seria de esperar que se constituíssem de forma organizada. Por exemplo na área da família — uma área dotada de uma certa força intrínseca, mas desprovida de grandes recursos ou de uma alta tecnologia —, tivemos o surgimento de algumas organizações que empreenderam acções judiciais em favor das esposas maltratadas, dos pais divorciados, dos filhos adoptivos, dos pais naturais de crianças adoptadas, dos pais de membros de cultos específicos, e das famílias das vítimas do voo da Pan American que se despenhou em Lockerbie em Dezembro de 1988 ⁽⁹⁵⁾. Há toda uma variedade de grupos que há alguns anos atrás talvez nunca se tivessem chegado a formar. Em termos genéricos, registou-se um grande aumento do número de grupos organizados e dotados de elementos com formação jurídica, os quais funcionam como jogadores de importância estratégica no jogo do direito.

7. O âmbito alargado do direito

Para além do facto de haver mais direito, o que se passa também é que a presença deste é hoje mais generalizada e difusa. Tal facto encontra-se reflectido nas formas populares de percepção da onnipresença do direito e da sua intromissão em áreas até aqui a ele imunes — como por exemplo as histórias sobre crianças que movem acções contra os próprios pais. Num certo "cartoon", vê-se um pai incrédulo que, à mesa, pergunta ao filho: "Dizes tu que me pões em tribunal se eu te obrigar a beber o leite?" ⁽⁹⁶⁾ Este é um tema que se reveste de grande seriedade nos casos de indemnização por danos relativos a maus tratos infligidos a crianças.

Tem-se vindo a verificar um alastramento das formas de supervisão jurídica e a consequente juridificação de áreas da actividade governamental que antes não se pensava carecerem de uma articulação estreita com os princípios jurídicos ⁽⁹⁷⁾. Neste número incluem-se segmentos importantes do sistema criminal ⁽⁹⁸⁾, como a polícia, as prisões e a justiça de menores, bem como outras instituições ligadas a clientes dependentes, como sejam as escolas ⁽⁹⁹⁾, os hospitais psiquiátricos e os organismos de bem-estar e segurança social ⁽¹⁰⁰⁾. O período em análise assistiu ao alastramento das

preocupações governamentais a áreas da vida que anteriormente escapavam à regulamentação por parte do Estado (veja-se, por exemplo, a grande proliferação legislativa em torno da saúde e da segurança nas suas implicações com o ambiente), ou em que a regulamentação se não achava intimamente ligada à aplicação de princípios jurídicos. Não obstante os cuidados de saúde se encontrarem organizados de maneiras muito diferentes nos três países aqui em consideração, é importante o modo como em cada um desses países eles foram alvo de legislação. Houve também uma proliferação da regulamentação, quer do direito ao tratamento, quer das indemnizações a atribuir pela entidade responsável. É, além disso, crescente o número de utentes que recorrem a meios jurídicos em resposta a alegadas deficiências no tratamento ⁽¹⁰¹⁾. Da mesma maneira, assistiu-se à juridificação da relação de trabalho, seja através dos programas de segurança laboral e salarial oferecidos pelo Estado de bem-estar, seja através de leis de protecção aos direitos cívicos ou da actividade litigiosa motivada por despedimentos ilegais ⁽¹⁰²⁾. E nem sequer as nossas actividades de diversão passam incólumes: uma grande parte das páginas desportivas é dedicada ao relato de normas e artifícios jurídicos. Em cada uma destas áreas — cuidados de saúde, emprego, desporto — a regulamentação levada a cabo pelas instituições de natureza jurídica vai desencadear uma resposta regulamentadora por parte de corpos internos dessas esferas sociais, os quais por sua vez promulgam normas, promovem audiências e produzem decisões, fazendo-o de uma forma que constitui, no seu todo, uma atitude caracteristicamente jurídica ⁽¹⁰³⁾. O fenómeno de penetração dos padrões públicos adentro da vida associativa não só não reduz a quantidade da actividade regulamentadora de âmbito privado e sectorial, como a faz multiplicar ⁽¹⁰⁴⁾.

Invocamos normas e instituições jurídicas tanto para regulamentar o nosso relacionamento com os que nos são próximos ⁽¹⁰⁵⁾ como para exercer pressão sobre entidades mais afastadas. A sociedade actual põe as pessoas cada vez mais perante situações em que elas se vêem afectadas por actores distantes mas sem meios para exercer controlo sobre esses actores ou para os fazer responder pelos seus actos. Por seu lado, a moderna tecnologia faz aumentar a capacidade que as acções mais remotas têm de nos afectar. As nossas relações e conflitos são, cada vez mais, travados com actores distantes. As transações e conflitos em

que nos envolvemos têm cada vez menos a ver com pessoas individuais e mais com organizações empresariais⁽¹⁰⁶⁾. O melhor conhecimento de que hoje dispomos permite-nos reconstituir todas estas conexões e atribuir as responsabilidades em vista das consequências e suas ramificações. Um grau de instrução e um nível de riqueza mais elevados tornam-nos mais competentes no uso que fazemos das instituições. O direito é uma maneira de controlar actores distantes e poderosos e de os obrigar a responder pelas suas acções. Numa altura em que se assiste a uma tal alteração na percepção dos problemas e na apreciação das soluções alternativas, fazemos mais uso do direito, seja sob o aspecto inteiriço e *ex ante* da legislação e da regulamentação administrativa, seja sob a forma “a retalho” e *ex post* que é a litigação.

8. A “Nova Ordem da Informação” do direito

Todo este vasto e omnipresente direito tem sofrido alterações durante o próprio processo de expansão e dispersão. E a alteração mais sensível tem-se dado no modo como se organiza e como se transmite a informação no interior do direito e a ele respeitante.

Há uma geração atrás, a informação sobre o funcionamento das instituições jurídicas era limitada quanto ao conteúdo e restrita no que se referia à circulação. As práticas das sociedades de advogados viviam envoltas num manto de confidencialidade. Quando Erwin Smigel levou a efeito o seu estudo sobre os advogados de Wall Street nos finais da década de 50, deparou com uma reserva imensa e institucionalizada⁽¹⁰⁷⁾. Segundo este autor, os advogados mais velhos e conservadores “encaravam as organizações a que pertenciam de forma muito semelhante à maneira como os religiosos encaram a igreja — ou seja, como uma instituição que se não deve estudar”⁽¹⁰⁸⁾. O mundo da prática do direito deveria, se possível, permanecer opaco. “Isso de falar dos clientes e dos honorários é coisa que não se faz, nem mesmo entre os advogados entre si quando se juntam (...)”⁽¹⁰⁹⁾. O tabu que recaía sobre a informação respeitante a acordos entre sociedades, aos aspectos financeiros, às relações com os clientes e à identidades destes espelhava-se de maneira evidente nas proibições existentes quanto à prática da publicidade, à angariação de clientes e à promoção. O ponto de viragem, nos Estados Unidos, deu-se de forma abrupta nos finais da década de 70 e por via daquilo que foi uma curiosa consequência indirecta da decisão *Bates*, toma-

da pelo Supremo Tribunal em 1977, em que se estipulava que toda a restrição genérica à publicidade feita por advogados constituía uma violação constitucional (violação do *First Amendment*) ⁽¹¹⁰⁾. *Bates* veio permitir que os advogados falassem da sua prática à imprensa, uma vez que deixaram de temer ser acusados de estarem, com isso, a fazer publicidade. Foi este acesso aos advogados que, juntamente com uma nova curiosidade em relação ao direito e aos próprios advogados, tornou possível o novo jornalismo jurídico ⁽¹¹¹⁾. Passou a ser mais frequente, mais pormenorizada e mais devassante a referência feita aos advogados, quer pelas publicações de âmbito geral como o *New York Times* e o *Wall Street Journal*, quer pelos semanários noticiosos ⁽¹¹²⁾. Em 1978 assistiu-se ao súbito aparecimento, no seio do mundo jurídico, de um novo tipo de publicações versando especificamente esta área ⁽¹¹³⁾. Certas publicações, como o *National Law Journal*, o *American Lawyer* e o *Legal Times*, vieram facultar uma dieta regular de pormenorizadas informações de bastidores relativas à estrutura das sociedades de advogados, às políticas de contratação dos seus serviços, às estratégias de “marketing”, aos clientes, honorários e indemnizações. Alguns observadores contemporâneos têm feito notar que “o direito e os advogados estão a ser desmitificados. Os rituais de secretismo são coisa do passado” ⁽¹¹⁴⁾. Muita informação que há apenas alguns anos atrás só seria acessível a uns tantos iniciados passou, agora, a circular de forma inteiramente livre.

Tudo isto faz parte integrante de uma alteração mais vasta a que poderíamos chamar “nova ordem da informação” do direito. Para além do facto de as sociedades de advogados serem hoje mais abertas, verifica-se também que o funcionamento dos tribunais ⁽¹¹⁵⁾ é menos velado e que muitas actividades jurídicas essenciais se tornaram mais acessíveis. Nos Estados Unidos, tal abertura tem a sua expressão mais viva no Freedom of Information Act, na legislação sobre o carácter público das reuniões, nas sessões de tribunal televisonadas — a chamada “courtroom television” — e nas entrevistas a jurados. Um outro sinal da nova abertura que tem caracterizado o mundo jurídico é a viragem, verificada por parte do acusador público e das autoridades policiais, no sentido da disponibilidade para a discussão das políticas de aplicação efectiva das leis.

Este desvelamento do mundo jurídico tem-se registado no Canadá e no Reino Unido de uma maneira semelhante, se

bem que menos uniforme e não tão extensa. Embora em 1982 o Supremo Tribunal do Canadá tenha reconhecido às ordens de advogados a capacidade de regulamentar a publicidade, em 1986 ela era permitida na maioria das províncias ⁽¹¹⁶⁾. O novo jornalismo jurídico chegou pela mão de publicações como *The Canadian Lawyer*, *Lawyers Weekly* e *Law Times*. No Reino Unido, a publicidade passou a ser permitida a partir de 1984, e desde 1987 no que respeita à publicidade televisiva ⁽¹¹⁷⁾. Com o aparecimento de publicações como *The Lawyer*, *Legal Business* e a *International Financial Law Review* dá-se início a uma nova imprensa jurídica.

O desenvolvimento de novas linhas de estudo e investigação sobre o direito, ocorrido nos últimos vinte e cinco anos, veio colocar à nossa disposição uma grande quantidade de informações acerca das práticas normais de actuação dos tribunais e dos juizes, acerca do trabalho dos advogados, da estrutura e da política seguida pela profissão no seu conjunto, do impacto da regulação jurídica, etc. Nos anos 60 surgiu a disciplina designada por "direito e sociedade" ⁽¹¹⁸⁾, a que se vieram juntar, no princípio dos anos 70, a investigação em "direito e economia" e outras escolas de pensamento que procuraram compreender o direito pela via da filosofia, dos estudos literários ou da teoria feminista. Todas elas concordavam quanto ao facto de se não poder compreender o mundo jurídico nos seus próprios termos e quanto à necessidade de aplicação de um qualquer método fornecido por outra disciplina, muito embora discordassem quanto à disciplina a que se deveria recorrer. A actividade jurídica só podia, portanto, ser explicada por forças exógenas. A ideia, de há muito questionada mas ainda persistente, de que o direito constituía um domínio autónomo passível de compreensão através do estudo de textos jurídicos de autoridade incontestada acabou por ruir ⁽¹¹⁹⁾. Um estudo comparativo das revistas de direito americanas publicadas no ano de 1985 com as suas congéneres de 1960 apurou que nas primeiras era maior o espaço dedicado a artigos de natureza teórica. Ou seja, em 1985 as revistas mostravam-se bastante mais críticas da doutrina existente ⁽¹²⁰⁾.

Em ligação estreita com o novo jornalismo jurídico, estas novas linhas de investigação penetraram em zonas dos bastidores da vida jurídica que antes estavam interditas: analisaram os estratagemas das partes litigantes, revelaram as propensões pessoais dos juizes, entrevistaram os jurados a

propósito das suas deliberações, descreveram em pormenor a política e a economia inerentes à prática do direito, e puseram a descoberto as táticas usadas pelas autoridades policiais e por parte do acusador público. Quer a actividade de investigação, quer o jornalismo, quer ainda o mundo do comércio serviram-se da nova acessibilidade que caracteriza a vida jurídica para mais de perto examinar os seus mecanismos.

No Canadá, a aprendizagem jurídica orientada para a prática profissional cedeu o lugar a uma formação assente na universidade, com o consequente crescimento de um quadro de académicos especialistas em direito. "Em 1950, não chegava a 40 o número de professores de direito no Canadá. (...) [Em 1983 eram] mais de 600" ⁽¹²¹⁾. Certos observadores fizeram notar "uma explosão, não apenas no volume da literatura jurídica disponível, mas também na variedade das metodologias e das áreas de interesse representadas" ⁽¹²²⁾. O *Canadian Journal of Law and Society*, um órgão de orientação interdisciplinar, começou a ser publicado em 1986.

Também no Reino Unido a formação jurídica passou a centrar-se nas universidades e assumiu um carácter mais teórico, sendo assegurada por uma classe de professores de direito que leccionam a tempo inteiro e cujo número quadruplicou entre meados dos anos 60 e meados da década de 80. A transferência da formação jurídica do meio profissional para o meio académico "veio incentivar uma atitude crescente de crítica enérgica às tradicionais pretensões dos advogados relativamente ao estatuto epistemológico e metodológico do saber e da especialização em assuntos jurídicos" ⁽¹²³⁾. Assistiu-se à institucionalização de perspectivas alternativas: os estudos sócio-jurídicos tiveram o seu aparecimento repentino por volta de 1970 ⁽¹²⁴⁾; em 1972 foi criado em Oxford o Centre for Socio-Legal Studies; e o *British Journal of Law and Society* iniciou a sua publicação em 1973 ⁽¹²⁵⁾. O furor suscitado em 1977 pela investigação de Baldwin e McConville em que estes documentavam a presença da *plea bargaining* ⁽¹²⁶⁾ na Inglaterra é bem a prova da resistência que estas perspectivas irreverentes sobre o direito vieram desencadear ⁽¹²⁷⁾. Menos de dez anos após, no entanto, a análise de práticas deste tipo já não constituía excepção à regra ⁽¹²⁸⁾.

No velho regime caracterizado pela informação restrita sobre o funcionamento concreto do direito, era possível

percepção a ordem jurídica em termos das suas estimáveis qualidades de fachada — ela era, assim, formal, autónoma, sujeita a regras, certa, profissional, erudita, apolítica, etc. Todos sabíamos que, lá no nosso pequeno recanto, as coisas não se passavam exactamente assim, mas esse conhecimento pessoal e fragmentário de desvios localizados não punha em questão o quadro que era transmitido, do sistema no seu todo. As pessoas que trabalhavam na área do direito conseguiam continuar a acalantar certas imagens-feitas do mundo jurídico, muito embora tivessem a percepção de muitos aspectos que o paradigma dominante rotulava como sendo atípicos e desviantes. Contudo, a grande profusão informativa acerca do funcionamento do direito vem tornar mais difícil a possibilidade de se afirmar que a aplicação de critérios discricionários, a negociação, o imprevisto e a política não têm a ver com o direito.

O consenso relativamente estável e acomodado que vigorava em 1960 com relação ao direito viu-se, assim, estilhaçado. Tanto no meio académico como através de congressos e revistas florescem, actualmente, escolas e movimentos de pensamento jurídico em que se patenteia uma diversidade e um grau de dissensão que naquele tempo seriam inimagináveis. É o caso dos estudos sócio-jurídicos, do direito e economia, dos estudos jurídicos de orientação crítica, da resolução alternativa de conflitos e da teoria jurídica feminista (¹²⁹). O mundo do direito afigura-se, hoje em dia, intelectualmente muito mais variado do que era em 1960.

Pelo menos nos Estados Unidos, a crescente diversidade do pensamento jurídico manifesta-se tanto entre os juizes e outros profissionais como no meio académico. Tanto ao nível federal como estadual, é cada vez maior o número de decisões dos tribunais de recurso a ser recebido por um coro de opiniões concordantes e discordantes (¹³⁰). No seio dos advogados enquanto grupo organizado, as discussões em torno das questões profissionais mais importantes não costumavam reunir senão um grupo pequeno e homogéneo de advogados de elite, e as polémicas, embora frequentemente travadas com vigor, cingiam-se a um conjunto restrito de pontos de vista. Hoje a discussão arrasta um vasto número de grupos organizados e envolve um leque muito mais amplo de pontos de vista (¹³¹).

A visão convencional e triunfalista do direito encontra ainda grande eco entre os advogados — ou melhor, encontra-o sempre em alguns advogados, e com alguma frequência

entre a maioria. Mas essa visão coexiste com todo um conjunto de perspectivas que põem em causa a visão do mundo jurídico comumente herdada. E assim, o que temos é elites jurídicas cada vez mais diversificadas, a terem que responder às exigências de públicos que por seu turno se apresentam cada vez mais informados, mais críticos e menos reverentes.

Neste novo mundo em que há mais direito, um direito mais omnipresente e difuso, e mais informação sobre o direito, o próprio direito está em vias de transformação. E para explicar o modo como ele tem vindo a responder às novas circunstâncias, irei basear-me ainda mais largamente em fontes relativas à realidade americana, deixando aos meus colegas de outras paragens a eventual aplicação mais genérica das presentes observações.

À medida que se vai alargando e infiltrando no mundo, o direito sofre, ele próprio, um processo de alteração. As suas instituições florescem, mas vão simultaneamente perdendo o seu carácter autónomo e estanque. Podemos observar como em todas as frentes as fronteiras do mundo jurídico se vão tornando difusas e indistintas: o debate jurídico passou a incorporar mais materiais de natureza não-jurídica, adoptando modos de análise que mal se distinguem de outros discursos⁽¹³²⁾. As sociedades de advogados começam a parecer-se com empresas comerciais; os tribunais começam a parecer-se com outros órgãos de governação e os juízos que emitem parecem-se cada vez mais com a pesquisa e a teorização jurídicas; os académicos ligados à área do direito parecem-se cada vez mais com os restantes académicos. Esta in-diferenciação do jurídico acha-se bem espelhada na lamentação de um distinto advogado americano, para quem "Os nossos tribunais se tornaram o faz-tudo da sociedade. Hoje em dia o público americano vê os tribunais como uma espécie de homens dos sete ofícios, sempre disponíveis para fornecer resposta para o que quer que nos apoquente (...)"⁽¹³³⁾. E ela volta a assomar num artigo recente do *New York Times*, intitulado "O Que É Que as Faculdades de Direito Ensinam? Quase Tudo"⁽¹³⁴⁾. O trânsito não é, obviamente, de sentido único, havendo outras instituições e discursos que absorvem ideias e que simulam formas retiradas do domínio jurídico.

A autoridade jurídica não só é hoje menos clara, como se apresenta mais difusa ou diluída. Desde os primeiros anos

9. O novo legalismo

deste século, pelo menos, que dos dois lados do Atlântico alguns advogados chamaram a atenção para a relação inversa existente entre a dimensão do *corpus* do material jurídico e a força determinante do precedente. Em 1907, um comentador do panorama jurídico americano escrevia o seguinte sobre o efeito paradoxal da multiplicação de casos registados:

Quando as leis eram poucas e os precedentes brilhavam no firmamento jurídico como estrelas cintilantes, que os advogados conheciam e seguiam como os astrónomos a cada um dos planetas, a aplicação do precedente (*stare decisis*) era fácil e simples. Mas agora — trémula entre tantos milhares de decisões, qual fantasma do próprio direito — ela já não nos surge como um princípio vital ⁽¹³⁵⁾.

A “fantasmização” do direito, para adaptar a expressão de Dos Passos, prossegue a passos largos. Obrigados a dar resposta a imponderáveis em que se combinam imperativos de tipo antagónico, os juízes substituem a rigidez das normas por fórmulas complexas e intrincadas ⁽¹³⁶⁾. Contudo, e como salienta Mirjan Damaska, “existe um ponto para além do qual o aumento da complexidade do direito — especialmente em sistemas normativos caracterizados por uma organização pouco rígida — faz, objectivamente, aumentar, e não diminuir, a liberdade de quem decide. É possível sustentar pontos de vista contraditórios com idêntica plausibilidade, e encontrar uma fundamentação praticamente para todas as posições imagináveis ⁽¹³⁷⁾.”

O aumento do número e da variedade dos actores jurídicos, do número das pessoas em posição de tomar decisões, da quantidade de material normativo, da amplitude atingida pela teoria jurídica, da quantidade de informação disponível, dos gastos com os serviços jurídicos e da consequente intensidade do trabalho produzido pelos advogados — tudo isto, enfim, vem multiplicar as oportunidades de se gerarem convergências imprevistas e os incentivos a que o espírito de iniciativa e de inovação se afirme sobre as teorias, as normas e as práticas estabelecidas ⁽¹³⁸⁾. Como sustenta Ethan Katsh num livro recente, todos estes processos vêm-se ainda, por seu turno, acelerados em virtude da passagem da comunicação escrita para os meios electrónicos de armazenamento e busca rápida da informação jurídica ⁽¹³⁹⁾.

Em consequência da multiplicação das formas abalizadas de aprendizagem, da incorporação de um número crescente de materiais externos, e da circulação de um volume cada

vez maior de informação pormenorizada feita a uma velocidade também cada vez mais elevada, o direito torna-se mais contingente. Daí a recorrente preocupação quanto ao facto de o direito estar a perder o seu grau de certeza e a sua previsibilidade. Há quase 70 anos atrás, era fundado o American Law Institute com o intuito de reduzir “dois defeitos fundamentais do direito americano (...) o seu grau de incerteza e a sua complexidade” (140). Apesar dos valorosos esforços de codificação e simplificação, tal ambição continua por satisfazer. E com efeito, a maioria dos observadores afirmará que o direito americano é, hoje, bastante mais complexo e carecido de certezas (141). E assim se explica que um antigo Procurador-Geral Adjunto dos Estados Unidos descreva a hierarquia judicial americana como “um sistema gerador de uma incerteza, instabilidade e contradição” tais que “a si próprias se alimentam ao gerarem mais focos de litigação” (142). Curiosamente, o direito começa a perder o seu grau de certeza no momento em que desfrutamos da redução gradual mas firme dos riscos relacionados com a doença, os acidentes e outras perdas catastróficas que a vida traz consigo — ou seja, no próprio momento em que ele nos estende a mão, oferecendo-se como instrumento para a redução desses mesmos riscos e para a compensação por aquelas perdas (143). No entanto, quando este direito vastíssimo e infinitamente receptivo é, efectivamente, chamado a resolver um sem-número de problemas concretos, ele torna-se então menos compreensível e menos previsível (144).

Estas veias de incerteza espalham-se em ramificações por todo o alongado corpo do direito, mas nem por isso é menor o peso da racionalidade formal. Tal como sucedia antes, a maior parte do trabalho jurídico tem muito mais de rotineiro do que de inovador, complexo e intrincado. A maior parte da argumentação jurídica consiste em alinhar coisas de acordo com categorias previamente estabelecidas e em espremer os dados por forma a obter resultados previsíveis (145). A maior parte do trabalho judicial consiste na aplicação rotineira de normas existentes (a que eventualmente se mistura alguma informalidade, os costumes da cultura jurídica local, e quiçá um pouco de justiça khadi). Mas no pano-de-fundo desta massa quotidiana encontramos sempre a possibilidade de empreender uma excursão ao “outro lado” — quer dizer, de se sair da aplicação mecânica e rotineira do direito por forma a “ir além” da letra da lei e chegar à “estratégia subjacente”, a “levar em consideração” aspectos

mais vastos do contexto factual, a “fazer justiça” à “luz de todo o conjunto de circunstâncias”. As oportunidades cognitivas para que estas excursões “activistas” tenham lugar são, hoje, mais frequentes; há mais actores estratégicos a apoiar tais esforços, há mais advogados especializados e com iniciativa para os empreender, bem como uma maior disponibilidade dos juízes para neles se envolverem. Todavia, essas excursões exigem bastante dos advogados e dos juízes (em termos, quer de tempo, quer de atenção), e daí terem, por via de regra, uma frequência intermitente. Gera-se, por conseguinte, uma espiral de avanço e recuo, mas no decurso deste processo a rotina de aplicação do direito leva ao realinhamento deste, ao mesmo tempo que os avanços são levados a moldar-se segundo novas formas.

À medida que o direito cresce em volume, em complexidade e em incerteza, aumentam também os custos da sua utilização. Praticamente todos os “melhoramentos” verificados na adjudicação — desde o refinamento do processo de tramitação, a exigir mais requerimentos, mais audiências e um novo apuramento dos factos, até à crescente subtilidade do próprio direito, a exigir mais recolha de dados e mais investigação, mais provas e o recurso a especialistas — fazem aumentar a necessidade e a oportunidade de incorrer em despesas ainda maiores. À medida que aumenta a riqueza da sociedade em geral, sobem também as quantias em disputa, do mesmo passo que as organizações e os cidadãos vão estando também em condições de investir mais na litigação e no “lobbying”. Os gastos efectuados num lado produzem custos no outro. Sobem, finalmente, também os custos de transacção — no que se refere, quer a tempo, quer a recursos, quer ainda à incerteza quanto ao ressarcimento e ao respectivo montante.

Este aumento dos custos de transacção acarreta uma alteração da própria natureza do processo. Ao aumentar a escala dos “inputs” exigidos, as organizações de grande dimensão ficam automaticamente em vantagem, uma vez que possuem o tamanho ideal com vista a poderem recolher, processar e armazenar informação, bem como a subfacturar os casos e a assumir os riscos que o processo comporta⁽¹⁴⁶⁾. Além disso, custos mais elevados significam uma “margem de fixação de acordos” mais ampla, o que coloca ambas as partes numa posição mais confortável do que se

tivessem que percorrer por inteiro a via da adjudicação. Com o alargamento da margem de fixação de acordos, os actores vêem-se confrontados com o problema de saber como chegar a acordo dentro da referida margem. A recente proliferação de agentes para o estabelecimento de acordos (os juízes, os mediadores e os "special masters") e de dispositivos para o mesmo efeito (os minijulgamentos, a avaliação independente em fase inicial e os julgamentos sumários com jurados) dá bem testemunho da crescente procura de sinais capazes de identificar os eventuais pontos de convergência no contexto do espaço cada vez mais lato para os acordos gerado pelo aumento dos custos de transacção. As partes em conflito mostram-se cada vez menos inclinadas a deixar levar as acções por diante até uma eventual sentença final. Nessas batalhas inconclusivas, os papéis dos profissionais do direito alteram-se: o advogado transforma-se de heróico defensor em negociador, e o juiz passa de árbitro distanciado a mediador.

O aumento dos custos confunde os contornos do direito de outra maneira ainda, na medida em que alarga a zona de imunidade *de facto* concedida a todos os comportamentos em função simplesmente do dispêndio que o recurso a formas de controlo jurídico implica⁽¹⁴⁷⁾. Gross refere que "à medida que a litigação se torna mais lenta, mais cara e menos previsível, há uma classe cada vez maior de casos que nunca chegarão a ser formalmente apresentados por não se afigurarem compensadores devido ao custo, ao incómodo, ou ao risco envolvido". Assim, "[uma] das principais consequências da ineficácia do sistema jurídico residirá no aumento dos tipos de conduta que, para todos os efeitos práticos, se colocam para lá do controlo jurídico formal⁽¹⁴⁸⁾.

É curioso notar que, à medida que o direito se vai tornando mais contingente e mais caro, ele torna-se também mais acessível e participativo no sentido em que passa a haver um maior número de actores jurídicos "estratégicos" eficazes. Há mais pessoas em condições de entrar no jogo jurídico — mas o jogo altera-se. Dele já não se espera que produza regras definitivas e imutáveis e resultados previsíveis⁽¹⁴⁹⁾. Pelo contrário, ele oferece, muitas vezes, um terreno para a discussão de questões morais, para o combate simbólico (ancorado em reivindicações materiais) entre interesses ou fidelidades conflitantes que há que combinar e hierarquizar

em situações concretas e específicas. De acordo com Abram Chayes, o papel dos juízes na litigação em direito público

não deve traduzir-se em grandes afirmações genéricas e imutáveis do direito, mas antes pautar-se por um diálogo contínuo e sempre cautelosamente aproximativo com outros elementos políticos — com o Congresso e com o executivo, com os órgãos de administração, com os restantes membros da profissão e com os académicos, com a imprensa e com interlocutores mais vastos. Aquilo que Bentham designou pela fórmula “juízes e companhia” transformou-se num todo indissociável. Em face deste contexto, a capacidade do pronunciamento judicial para se aguentar nesse diálogo e o poder da acção judicial para gerar concordância a longo prazo serão as pedras-de-toque fundamentais da legitimidade ⁽¹⁵⁰⁾.

Um outro comentador lembrou recentemente que, não obstante as decisões do Supremo Tribunal dos Estados Unidos “poderem eventualmente assumir a forma de interpretações finais (...)”, deve de facto considerar-se que elas “postulam um sentido provisório, sentido esse que há-de ser superado, complementado, alargado, minado, destacado, ignorado ou invertido, de acordo com as reacções do povo em geral e dos tribunais do futuro” ⁽¹⁵¹⁾.

O diálogo a que aludo não é, necessariamente, uma espiral de racionalidade. Pode configurar-se, antes, como um pulsar incessante de informações incompletas, de compreensão distorcida e de falsa consciência. Seja o que for, porém, ele espelha uma mudança no papel dos tribunais — ou naquilo que achamos ser o seu papel, o que vem, afinal, a dar no mesmo. Vemos como cada vez mais as instituições jurídicas resolvem conflitos que envolvem normas contraditórias e incomensuráveis, postas em relações sempre renovadas e cada vez mais complexas. As polémicas em torno da “maternidade substituta”, da cessação do suporte mínimo de vida em doentes terminais, do despedimento ilegal de trabalhadores e da eliminação de resíduos tóxicos mobilizam a nossa múltipla vinculação a ideias que em nós coabitam e concorrem entre si, como a autonomia, a igualdade, a dignidade, a saúde, a eficácia, a rectidão e muitas outras. Os actores jurídicos improvisam soluções para conflitos em que os factos, as partes envolvidas, as provas, o sentir do público em geral e o conhecimento disponível surgem combinados de formas muito particulares. Tais resoluções gozam de autoridade, mas por outro lado é por de mais reconhecido que não constituem um *fiat* inalterável, quais tijolos do templo da

eternidade, mas antes algo de contingente e temporário. Ao mesmo tempo que cria estas ilhas de certezas temporárias num mar de incerteza, o direito torna problemáticas as nossas práticas e a nossa compreensão e fornece um modelo e meios para as contestarmos.

O legalismo de que a sociedade contemporânea se encontra eivada não é o mesmo que foi descrito por Judith Shklar há uma geração atrás, ou seja, um legalismo que assentava na “crença de que as normas são algo que ‘existe por si’”, que “desprezava a negociação [e] o compromisso” e que guardava as distâncias em relação à política ⁽¹⁵²⁾:

127

A aversão a generalidades vagas, a preferência pelo tratamento caso-a-caso em relação a todas as questões sociais, a estruturação de todas as relações humanas possíveis em termos de reivindicações e contra-reivindicações ao abrigo das normas estabelecidas, e a crença de que as normas como que existem por si — eis o que, no seu conjunto, constitui o juridicismo enquanto atitude social.

[O direito despreza a arbitragem, a negociação e a bargaining que considera arbitrárias e um mero expediente político. (...) A adjudicação de *lites inter partes* de natureza privada continuará a constituir um modelo de rectidão pública, a melhor maneira de solucionar todo e qualquer conflito social — e “o direito” “lá” há-de continuar ⁽¹⁵³⁾.

Uma geração volvida, a preferência pelo tratamento caso-a-caso e o entusiasmo pela estrutura do tipo reivindicação-contra-reivindicação não só não diminuiram, como até talvez tenham aumentado. Mas os restantes traços já não são visíveis: a negociação passou a fazer parte integrante do domínio jurídico; a política já não é algo de estranho e alheio, e levantam-se dúvidas sobre a existência objectiva e como que “pairante” do direito.

Como pode o direito continuar a transmitir autoridade quando nos falta a crença na ideia de que possui ou de que pode chegar à resposta certa e única? Durante muito tempo, os críticos mais receosos viveram angustiados com a ideia de que, caso se viesse a reconhecer que o feiticeiro não passava de um homenzinho metido numa caixa, a ruptura seria iminente. Mas afinal constata-se que o apoio ao direito é capaz de sobreviver a doses maciças de realismo. Este vínculo ao direito, caracterizado a um tempo pela ambivalência e pela lealdade, transparece de um recente inquérito sobre atitudes perante o direito levado a cabo em três

10. O saber realista e a autoridade jurídica

idades canadianas (¹⁵⁴). Os inquiridos manifestaram muitas queixas relativamente ao direito e aos advogados. Por exemplo, mostraram concordância quanto ao facto de

os advogados mais bem pagos serem os que melhores resultados obtêm para os seus clientes; os advogados encontrarem sempre na lei expedientes para a contornar; os advogados conseguirem livrar demasiados culpados; as pessoas recorrerem aos advogados mais vezes do que seria necessário; os advogados não se esforçarem tanto pelos clientes pobres como fazem em relação aos ricos; os advogados estarem mais interessados em ganhar dinheiro do que em ajudar os clientes (...) (¹⁵⁵).

Muitos dos inquiridos consideraram que os tribunais "ministram uma forma de justiça que é questionável, guiada, ao que parece, pelo dinheiro e pelo poder". Embora "quase metade dos inquiridos reconhecesse haver 'situações' em que, na sua opinião, era correcto desobedecer à lei (...) a grande maioria das pessoas referiu que obedeceria à lei, mesmo nos casos em que pudesse discordar fortemente de uma lei específica". As pessoas "acreditam que as leis espelham a opinião da maioria, e obedecem-lhes, não por medo das consequências, mas porque elas são vistas como sendo correctas. E as pessoas mostram-se, finalmente, dispostas a acatar as leis do país, mesmo nos casos em que delas possam discordar.

Um inquérito realizado no Reino Unido no início da década de 70 deparou com uma apreciação do sistema jurídico marcada por uma divisão de opiniões semelhante. A maioria das pessoas com opinião formada sobre o assunto concordou que "No tocante às questões jurídicas, os pobres são quem geralmente fica 'por baixo'". Sólidas maiorias consideraram os advogados mercenários: "Os advogados estão sobretudo interessados em ganhar dinheiro" e "Desde que lhes paguem, os advogados são capazes de lançar mão de todos os truques conhecidos para ajudar os seus clientes". No entanto, os mesmos inquiridos afirmaram esmagadoramente que "Os tribunais tentam fazer com que toda a gente seja julgada com imparcialidade" e discordaram da noção de que "Nunca é dada ao povo a oportunidade de dizer que tipo de leis é que quer" (¹⁵⁶).

Não existem, em relação aos Estados Unidos, dados directamente comparáveis com os aqui apresentados. Contudo, outros tipos de observação são de molde a sugerir que os Americanos não são muito diferentes na capacidade que

demonstram para aliar um cinismo realista sobre o modo como o direito funciona a um forte apego ao direito enquanto instituição⁽¹⁵⁷⁾. No seu estudo clássico sobre a história jurídica dos Estados Unidos, Willard Hurst escreveu que os Americanos “costumavam misturar uma reverência para com “a Constituição”, “o direito” e “os tribunais” com uma atitude pragmática que encarava o direito como algo a utilizar para objectivos individuais e de grupo (...)”⁽¹⁵⁸⁾ Um estudo contemporâneo feito junto de operários americanos utentes dos tribunais refere que estes “não aceitam a ideia de que o sistema é sempre recto, justo ou imparcial. A experiência nos tribunais leva-os a achar que a instituição, além de inconstante, é indigna de confiança e, por vezes, ineficaz”. No entanto, continuam a invocar os tribunais porque — como depreende o autor — “não existe outro lugar onde se possa ir em busca de ‘justiça’, entenda-se esta como se entender, e porque o direito é preferível à violência”⁽¹⁵⁹⁾.

Estes pontos de vista populares sobre o direito patenteiam uma apreciação do carácter dualista deste enquanto expressão abalizada de valores partilhados e instrumento técnico a utilizar em proveito próprio — instrumento usado com especial eficácia, de resto, por quem dispõe de outros meios⁽¹⁶⁰⁾. O direito acena-nos com a promessa de dar força aos nossos “valores partilhados”, mas acaba por desiludir quando espelha as nossas diferenças e a nossa ambivalência⁽¹⁶¹⁾. A desilusão não invalida o apego que temos à lei: uma e outro podem existir lado a lado, da mesma maneira que a medicina não perde a autoridade que detém nem quando as pessoas acham que os médicos são mercenários e que cometem erros (para a maioria, ela continua a ser melhor do que a cura pela fé); e da mesma maneira que a ciência não perde a autoridade mesmo quando nos oferece camadas sucessivas de certezas exactas suspensas sobre um abismo de incerteza sem fundo. Tal como elas, o direito partilha daquilo a que poderíamos chamar a autoridade do trapezista.

A actividade legislativa que está a caracterizar as sociedades contemporâneas não resulta, propriamente, de um gesto impositivo de expansão por parte de um qualquer agente colonizador autónomo e seguro de si. Precisamos de uma metáfora que seja a um tempo mais suave e mais insidiosa — uma gavinha que envolve outros aspectos das nossas vidas, um computador que subtilmente re-modela ao mesmo tempo que facilita. O direito faculta recursos e

oportunidades aos imperativos e às fidelidades que contraditoriamente habitam dentro de nós (relativos, por exemplo, à ideia de mobilidade e aos direitos dos povos indígenas, à segurança dos trabalhadores e ao crescimento do rendimento, etc.). Mas não é precisamente isso o que se espera da política? ⁽¹⁶²⁾ Para quê, então, este segundo canal, e o modo tão característico como se comporta neste jogo? ⁽¹⁶³⁾ É notória a maneira como algumas democracias modernas — e principalmente as que apostam no pluralismo — dependem tanto desta segunda forma de política.

11. O mar à nossa volta

Ao terminar este exercício de Atlantismo, devo acentuar que não defendo que as diversas ordens jurídicas aqui analisadas estejam destinadas a convergir. Há muitos elementos que vão sendo tomados de empréstimo, atravessando o mar, ora para um, ora para o outro lado — a adoção, no Canadá, de uma constituição (*Bill of Rights*) e de um controlo judicial (*judicial review*) constitui um exemplo importantíssimo, sendo outro o desenvolvimento da mega-sociedade de advogados tanto neste país como no Reino Unido. A presença de fontes múltiplas de autoridade, tão familiar nos sistemas federais da América do Norte, surge agora cada vez com mais frequência no panorama britânico ⁽¹⁶⁴⁾. Mas apesar deste intercâmbio e dos paralelos existentes, as culturas jurídicas do Atlântico Norte mantêm-se distintas ⁽¹⁶⁵⁾. Cada uma das naus prossegue o seu rumo próprio, guiada pelas necessidades e pelos ideais da sociedade que carrega consigo. E no entanto, cada uma delas navega no mesmo mar, e reage aos mesmos ventos e às mesmas correntes valendo-se de um repertório de manobras que lhes é cada vez mais comum.

Irei de seguida recapitular brevemente o que penso serem os elementos comuns que as rodeiam e compõem. Assim, em cada uma das respectivas sociedades — hoje mais ricas, mais informadas e mais diversificadas:

- há mais leis, mais advogados, mais processos, mais intervenientes estratégicos no jogo do direito; as sociedades gastam mais com o direito, tanto em termos absolutos como em termos relativos;
- as instituições jurídicas (incluindo os tribunais e as sociedades de advogados) funcionam cada vez mais de uma forma racionalizada, à maneira do mundo dos negócios, e com atenção à relação custo-eficácia;

- os advogados, administradores e juízes revelam mais iniciativa e sentido de inovação no modo como concebem e reformulam as instituições e os procedimentos;
- o direito é plural e descentralizado, emanado de uma multiplicidade de fontes;
- o facto de haver mais actores a aplicar mais normas e mais padrões a um conjunto mais variado de situações significa que do ponto de vista jurídico os resultados são contingentes e variáveis: é cada vez mais frequente ver normas fixas serem acompanhadas por padrões dialógicos igualmente variáveis;
- é cada vez mais frequente os resultados serem decididos pela via da negociação e não através de sentença;
- o direito é menos autónomo, menos estanque, mais absorvente, e mais aberto a métodos e a dados provenientes de outras disciplinas;
- uma vez que o direito é contingente, flexível e tecnicamente sofisticado, o trabalho jurídico tende a ficar cada vez mais caro. Por falta de posses, a maioria das pessoas acaba por ser empurrada para fora do mercado, deixando, na maior parte dos casos, de ter acesso directo ao direito;
- o direito funciona, cada vez mais, através de controlos simbólicos indirectos — quer dizer, pela irradiação de mensagens, e não tanto através da coacção física. A participação indirecta, feita através de grupos e dos meios de comunicação, aumenta a um ritmo mais rápido do que a participação directa.

É muito fácil fazer extrapolações a partir das tendências aqui esboçadas. Mas tais previsões apresentam uma característica muito peculiar. É que, se podemos fazer uma ideia razoável quanto ao aspecto que estes sistemas jurídicos irão ter daqui a cinco anos, já devemos ser cuidadosos quanto a prever aquilo que serão daqui a vinte anos. Nada há que suba interminavelmente. Haverá surpresas, como é natural. Onde será que podemos esperar alguns pontos de viragem? Em que ponto é que as sociedades industriais democráticas se irão fatar de um direito omnipresente e de arestas macias? Será que vão engendrar substitutos de préstimo equivalente e igualmente versáteis? Para isto nem o mais aturado estudo do direito consegue obter resposta, já que as profundas fontes da mudança se situam fora dele. ■

NOTAS

(*) Vigésima Conferência Chorley, proferida na London School of Economics and Political Science em 19 de Junho de 1991. Agradecemos à *Modern Law Review*, onde este texto foi primeiramente publicado, a autorização para a sua reprodução.

As minhas ideias sobre as questões aqui versadas desenvolveram-se a partir de comunicações apresentadas na Universidade de Alberta, em l'Agora (Montréal) e na Hofstra University. Aos participantes nessas sessões tenho a agradecer o contributo das suas ideias proveitosas e importantes correcções. Gostaria, em especial, de expressar o devido reconhecimento pela generosa ajuda manifestada por Richard Bauman, da Universidade de Alberta. Igualmente importante foi a ajuda dispensada pelo meu colega Stewart Macaulay. O presente trabalho contou com a competente participação de John Esser, Maureen Fitzgerald e J. T. Knight no apoio à investigação. O meu agradecimento vai para eles e também para Brenda Balch, pela sua dedicação e rigor na preparação do manuscrito. Dado o carácter especulativo deste ensaio, torna-se claro que aqueles a quem aqui manifesto o meu reconhecimento estão de todo isentos de responsabilidades quanto às opiniões por mim expendidas.

(1) "Cartoon" de Robert Mankoff, *The New Yorker*, 21 de Outubro de 1985, p. 49.

(2) E.g. Barton, "Beyond the Legal Explosion" (1975), 27 *Stanford Law Review* 567 e a vasta bibliografia referida em Galanter, "Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society" (1983), 31 *UCLA Law Review* 4 e Galanter, "The Day After the Litigation Explosion" (1986), 46 *Maryland Law Review* 3.

(3) Macneil, "Bureaucracy, Liberalism and Community — American Style" (1984-85) 79 *Northwestern Law Review* 900, 909, citando a obra com o mesmo título de Jacoby, de 1969.

(4) Teubner (ed), *Juridification of Social Spheres* (Berlin: Walter de Gruyter, 1987).

(5) Teubner, *op. cit.*, p. 4, citando Habermas, 1981.

(6) E.g. Olson, *The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit* (Nova Iorque: Dutton, 1991). Cf. Macneil, nota 3 acima, 931 ("Eis o mundo da criança mimada"). Para alguns observadores, este excesso de direito assinala a perda da continuidade, da coerência e da integridade do próprio direito. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge: Harvard University Press, 1983, pp. 38-39).

(7) Dou-me conta, embora algo tardiamente, de que a situação que aqui descrevo não deixa também de ter a ver com o meu total envolvimento no direito civil, com exclusão do direito criminal. No entanto, desconheço qualquer evolução na área criminal que ponha em causa as linhas fundamentais da tese aqui exposta.

(8) Wittgenstein interroga: "Poder-se-á considerar uma fotografia pouco nítida um retrato de uma pessoa? Inclusivamente, será que é sempre preferível substituir uma fotografia tremida por uma nítida? Não será, precisamente, da fotografia pouco nítida que nós precisamos?" Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Anscombe, trad.) (Nova Iorque: Macmillan, 3.ª ed., 1972, 71).

(9) Nos Estados Unidos, o número de habitantes passou de 180 milhões em 1960 para 238,7 milhões em 1985, enquanto a média de idades subia de 29,4 anos em 1960 para 31,5 em 1985. Com relação aos mesmos anos, o rendimento *per capita* ascendeu de 9.023 para 15.029 dólares, e o número médio de anos de escolaridade efectivamente cumpridos subiu de 10,6 para 12,6. US Bureau of Census, *Historical Statistics of the United States: Colonial Times to 1970* (Washington, DC: US Department of Commerce, Bureau of the Census), p. 224 (1976) (doravante referido como *Historical Statistics*). US Bureau of Census, *Statistical Abstract of the United States* referente a 1987 (Washington, DC: US Bureau of the Census), pp. 14, 121, 419, 754 (doravante referido como *Statistical Abstract*). Todas as quantias em dólares referem-se a dólares americanos à data de 1982. Os quantitativos aludidos foram convertidos em dólares a preços constantes de 1982 usando o deflator dos pre-

ços implícitos do Produto Interno Bruto dos anos em causa. V. *Economic Report of the President* referente a 1987, 248-249, Quadro B-3; *Statistical Abstract* referente a 1987, 226, Quadro 732.

(10) As despesas públicas com a segurança social aumentaram de 169,2 bilhões de dólares em 1960 para 653,9 bilhões em 1985. As despesas públicas com a saúde e os hospitais aumentaram de 17 bilhões de dólares em 1960 para 56,7 bilhões em 1985. Durante o mesmo período, a expectativa média de vida subiu de 69,7 para 74,7 anos. *Historical Statistics* (v. nota 9 acima), 69, 25, 334. Para um estudo mais alongado do aumento das expectativas quanto ao desempenho das instituições, v. L. Friedman, *Total Justice* (Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 1985).

(11) Lipset e Schneider, *The Confidence Gap: Business, Labor and Government in the Public Mind* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, ed. rev., 1987).

(12) *Statistical Abstract* referente a 1989 (v. nota 9 acima), 421, Quadro 685.

(13) Em 1960, 51,5% do PNB ia para bens e 37,2% para serviços. Em 1985, os bens perfaziam apenas 40,9% do PNB, cabendo aos serviços 49,0%. *Historical Statistics* (v. nota 9 acima), 228, Série 32-46. *Statistical Abstract* referente a 1989 (v. nota 9 acima), 423, Quadro 688.

(14) A percentagem de trabalhadores assalariados empregados no sector financeiro aumentou de 4,7% em 1960 para 6,8% em 1987. Entre os anos de 1960 e 1986, a "ratio" entre o rendimento proveniente de juros e os lucros antes dos impostos aumentou cinco vezes nos Estados Unidos, passando de 9% para 51%. A "ratio" entre os financiamentos externos e internos usada pelas empresas não-financeiras aumentou de 1,5:1 para 4,6:1. US Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, *Bulletin #2307*, Quadro A-21. *Economic Report of the President* referente a 1988, Quadros B-12 e B-89. Galanter e Rogers, "A Transformation of American Business Disputing? Some Preliminary Observations" (1991), Working Paper 10-3, Institute for Legal Studies, Disputes Processing Research Program, 54.

(15) A percentagem das exportações e importações em relação ao Produto Nacional Bruto aumentou de 10,5% em 1960 para 23,3% em 1985. *Economic Report of the President* referente a 1989, Quadros B-1 e B-8; Galanter e Rogers (v. nota 14 acima), Quadro 2.

(16) *Statistical Abstracts* referente a 1987 (v. nota 9 acima), 779, Quadro 1389.

(17) À excepção dos casos em que se indicam outras datas, as comparações que se seguem referem-se aos anos de 1960 e 1985. As quantias em dólares referem-se a dólares americanos a valores de 1982.

(18) A população canadiana aumentou 45%, passando de 17,5 milhões para 25,4 milhões de habitantes. *Canada Year Book* (Ottawa: Queen's Printer, 1964), p. 158. *Canada Year Book 1988* (Ottawa: Bryant Press, 1987), Quadro 2.1; a população do Reino Unido teve um aumento de apenas 8%, passando de 52,3 milhões de habitantes para 56,6 milhões. *UK Annual Abstract of Statistics* (Londres: CSO, 1962), p. 7; (1987) p. 11.

(19) No Canadá, o número de pessoas com cursos superiores subiu de 3% para 9%. *Schooling and Major Field of Study*, Catalogue 93-110 (Ottawa: Statistics Canada, 1989); no Reino Unido, o número de pessoas do grupo etário compreendido entre os 15 e os 17 anos matriculadas no ensino aumentou de 37% para 55%.

(20) Entre 1974 e 1989, o PIB *per capita* aumentou 32% no Canadá e 83% no Reino Unido. *World Fact Book* (Washington: CIA, 1975), pp. 33-34, 215-216; (1991) pp. 53-54, 321-323.

(21) No Canadá, os gastos públicos relacionados com o bem-estar e a assistência social aumentaram de 11,2% para 22,6% do Produto Interno Bruto. *The Financial Times*, 6 de Julho de 1988; no Reino Unido, o seu aumento foi de 12,4% do Produto Interno Bruto para 20,9%. *ibid.*

(22) A expectativa de vida no Canadá aumentou dos 67,6 para os 72,9 anos no caso dos homens e dos 72,9 para os 79,8 anos no que se refere às mulheres; *Canada Year Book* (Ottawa: Queen's Printer, 1964), p. 172. *Canada Year Book 1988* (Ottawa: Bryant Press, 1987), Quadro 2-18. No Reino Unido,

a expectativa de vida aumentou dos 67,9 para os 71,5 anos no caso dos homens e dos 73,6 para os 77,4 no que respeita às mulheres; *UK Annual Abstract of Statistics* (Londres: CSO, 1962), p. 36; (1988) p. 41.

⁽²³⁾ O Produto Interno Bruto do Canadá cresceu 245%, passando de 116 bilhões para 402 bilhões de dólares. *Canada Year Book* (Oitava: Queen's Printer, 1964), p. 1020. *The World in Figures* (Boston: GK Hall, 1988), p. 119; o Produto Nacional Bruto do Reino Unido cresceu 140%, passando de 191 para 459 bilhões de dólares; *UK Annual Abstract of Statistics* (Londres: CSO, 1969), p. 271; (1987) p. 242.

⁽²⁴⁾ De acordo com um inquérito da revista *Maclean's* levado a cabo em 1989, "há menos Canadianos do que Americanos (56% contra 63%) a dizer-se confiantes no facto de o governo agir 'sempre' ou 'quase sempre' no interesse público". *Maclean's*, 3 de Julho de 1989, p. 32.

⁽²⁵⁾ O crescimento verificado nos três países do Atlântico Norte dotados do sistema Common Law e que abaixo se descreve manifesta-se igualmente na maioria dos países industrializados e em alguns em vias de industrialização. V. Abel, "Lawyers in the Civil Law World", em Abel e Lewis (ed.s), *Lawyers in Society: The Civil Law World* (Berkeley: University of California Press, 1988).

⁽²⁶⁾ *Historical Statistics* (v. nota 9, acima), 416; B. Curran, *Supplement to the Lawyer Statistical Report: The US Legal Profession in 1985* (1986) [doravante referido como "Curran, Supplement"].

⁽²⁷⁾ Stager e Arthurs, *Lawyers in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1990), p. 149.

⁽²⁸⁾ O número dos "solicitors" dotados de licença aumentou de 19.069 em 1960 para 46.490 em 1985 — Abel, *The Legal Profession in England and Wales* (Oxford: Basil Blackwell, 1988) Quadro 2.14 —, o que corresponde a um aumento de cerca de 144%, enquanto o número de "barristers" a exercer a actividade privada aumentou de 1.919 para 5.367 — Abel, *op. cit.* Quadro 1.16 — ou seja, um aumento que se cifra em 180%. ["Solicitors" e "barristers" designam, respectivamente, os advogados conforme vão ou não a tribunal — N.T.]

⁽²⁹⁾ Em 1960, 23,6% dos advogados dos Estados Unidos tinham 35 anos de idade ou menos. Em 1980, é de 38,8 a percentagem com 35 anos ou menos. Curran, Rosich, Carson e Puccetti, *The Lawyer Statistical Report: A Statistical Profile of the US Legal Profession in the 1980s* (Chicago: American Bar Foundation, 1985), p. 10, Quadro 1.3.1; e 8, Quadro 1.2.3 (1985) [doravante referido como "Curran, *Lawyer Statistical Report*"]. Em 1985, era de 30,3% o número com 34 anos de idade ou menos (Curran, *Suplement*; v. nota 26 acima, p. 3 (1986)).

⁽³⁰⁾ Em 1960, 32,5% do total de advogados tinham sido admitidos na ordem nos 9 anos imediatamente anteriores (ou seja, possuíam menos de 9 anos de experiência); F. Hankin e D. Krolinke, *Lawyer Statistical Report*, 26, Quadro 2; Quadro 9 (1965). Em 1980, era de 42,3 a percentagem dos advogados dos Estados Unidos que haviam feito o referido exame durante os 9 anos precedentes; Curran, *Lawyer Statistical Report* (v. nota 26 acima), p. 27, Figura 6 (1985).

⁽³¹⁾ Por exemplo, o número de advogados mencionados em *Martindale-Hubbel* portadores de graus universitários aumentou de 58% em 1960 para 73,3% em 1970, último ano de que existem dados disponíveis; American Bar Foundation, *Lawyer Statistical Report*, 8, Quadro 4 (Sikes, Carson e Gorai (ed.s), Chicago: American Bar Foundation, 1972). Se se atender à crescente selectividade das faculdades de direito, é razoável inferir-se também uma subida do desempenho académico numa fase ainda anterior. V. Abel, *American Lawyers* (New York: Oxford University Press, 1989), Quadro 4.

⁽³²⁾ Em 1960 as minorias não passavam de 1% do total da profissão no que se refere aos Estados Unidos. Não existe, ainda com relação a esse ano, uma contagem exacta de todas as minorias, no entanto Schuman refere a existência de 2.180 advogados negros; Schuman, "A Black Lawyer Study" (1971), 16 *Howard Law Journal* 225, 230, n. 18. Tal número equivaleria, assim, a cerca de 3/4 de 1% do total de advogados. Em 1969-70 — primeiro ano de que há dados disponíveis —, as minorias perfaziam apenas 4,3% dos estudantes de direito a frequentar escolas aprovadas pela ABA (American Bar Association). Em 1985-86, essa percentagem era de 10,4; *Review of Legal Education* 44, Quadro 1, 47. *Review of Legal Education* referente a 1985-86, 65.

⁽³³⁾ Em 1960, apenas 2,6% do número total de advogados e 3,5% dos estudantes de direito nos Estados Unidos eram do sexo feminino; Curran, *Lawyer Statistical Report* (v. nota 26 acima), p. 10, Quadro 1.3.1; Abel, *American Lawyers* (v. nota 31 acima), Quadro 27. Em 1985, 13,1% do número total de advogados eram mulheres — Curran, *Supplement* (v. nota 26 acima), 3 (1986) —, número que tudo indica continue a crescer rapidamente, uma vez que as mulheres constituíam 40% dos estudantes de direito; Abel, *American Lawyers* (v. nota 31 acima), Quadro 27. Este número, tal como o que atrás é mencionado a propósito das inscrições nas faculdades de direito, diz apenas respeito a escolas de direito aprovadas pela ABA. No Canadá, as mulheres constituíam 3% do número de advogados em 1961 e 22% em 1986; Stager e Arthurs, *op. cit.*, p. 149. Actualmente, elas são cerca de metade dos licenciados em direito. No Reino Unido, as mulheres constituíam em 1963 2,2% dos detentores de certificados para a prática do direito, percentagem que em 1983 era de 20,2; Abel, Quadro 2.16. Em 1985, elas eram 41,4% do número de admitidos.

⁽³⁴⁾ Em 1960, era talvez inferior a 3.000 o número de advogados a trabalhar em sociedades de cinquenta ou mais associados. De acordo com uma estimativa, em 1988 havia 35.000 advogados a trabalhar em 115 sociedades com mais de 200 associados, e um total de 105.000 advogados em 2.000 sociedades com mais de 20; Brill, "The Law Business in the Year 2000", Suplemento destacável de *American Lawyer* (Junho de 1989), 10. Em 1961, a maior sociedade existente no Canadá contava com 39 advogados; em 1989, a maior sociedade tinha 225 advogados. Sobre o crescimento das grandes sociedades no Canadá, v. Stager e Arthurs, Quadro 7.2. No Reino Unido, o número de sociedades com 20 associados aumentou de zero na década de 60 para 25 em 1977 e 66 em 1985; Abel, 1988: 202. Em 1991, a sociedade de maior dimensão tinha 1.122 advogados; Pritchard, *The Legal 500* (London: Legalese, 1991), p. 129. O aparecimento de mega-sociedades no Reino Unido é objecto de análise em Flood, "Mega-law in the UK: Professionalism or Corporation? A Preliminary Report" (1989), 64 *Indiana LJ* 569.

⁽³⁵⁾ O conjunto dos advogados pertencentes às 55 maiores sociedades de advogados americanas aumentou uma média de 8% por ano entre 1967 e 1987, ao passo que o número total de advogados cresceu uma média de 5 a 6%. No Canadá (Stager e Arthurs, *op. cit.* p. 174) e no Reino Unido (Abel, p. 201, Quadros 2.21, 2.22), as sociedades de maior dimensão tiveram um crescimento mais rápido do que a profissão no seu conjunto.

⁽³⁶⁾ Sobre os Estados Unidos, v. Galanter e Palay, *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firms* (Chicago: University of Chicago Press, 1991); sobre o Canadá, v. Stager e Arthurs, *op. cit.* 190 *et seq.*; sobre o Reino Unido, v. Stanley, "Enterprising Lawyers: Changes in the Market for Legal Services" (1991), 25 *The Law Teacher* 44; Clark e Economides, "Technics and Praxis: Technological Innovation and Legal Practice in Modern Society" (1990), 4 *Yearbook of Law and Technology* (Leicester: Leicester Polytechnic Press).

⁽³⁷⁾ US Department of Commerce, *The National Income and Product Accounts of the United States, 1929-1982*, 254, Quadro 6.2 (1986); US Department of Commerce, *Survey of Current Business*, 78, Quadro 6.2, Julho de 1988.

⁽³⁸⁾ Entre 1960 e 1985, a contribuição do sector dos serviços jurídicos para o Produto Interno Bruto aumentou de 0,59% para 1,17%. A contribuição do sector dos serviços jurídicos para o rendimento nacional aumentou de 0,52% em 1960 para 1,23% em 1986. Sobre o valor da actividade dos advogados que não é tomado em conta no sector dos serviços jurídicos, v. Sander e Williams, "Why Are There So Many Lawyers?" "Perspectives on a Turbulent Market" (1989), 14 *Law & Social Inquiry* 431, 435 (doravante referido como "Sander e Williams").

⁽³⁹⁾ Entre os anos de 1967 e 1987, o número de recibos dos serviços jurídicos proveniente do mundo dos negócios aumentou de 39% para 51%, enquanto a quantidade de serviços adquirida por pessoas individuais descia de 55% para 42%. Durante o mesmo período houve também uma descida da percentagem de serviços jurídicos adquirida pelo governo; US Department of Commerce, Bureau of Census, *Census of Service Industries, "Legal Services"*

(1972) Quadro 4, (1977) Quadro 9, (1982) Quadro 30 e (1987) Quadro 42. (Os números referentes ao ano de 1967 são estimativas avançadas por Sander e Williams).

(40) Galanter e Palay, *op. cit.* p. 49.

(41) Entre 1964 e 1979 foram aprovadas 62 novas leis relacionadas com a saúde e com a segurança do consumidor, contra 11 aprovadas durante o período do "New Deal" [iniciado em 1933, com a Administração Roosevelt — N.T.] e cinco durante a "Progressive Era" [ou "Era das Reformas", c. 1890-1914 — N.T.]. De igual modo, foram aprovados entre 1964 e 1979 32 "diplomas com vista à regulamentação da energia e do ambiente", contra cinco durante o "New Deal" e dois na "Progressive Era". Vogel, "The 'New' Social Regulation in Historical and Comparative Perspective", in T. McCraw (ed), *Regulation in Perspective: Historical Essays*, 155, 162 (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981).

(42) O número dos organismos ("agencies") de regulamentação federais aumentou de 28 em 1960 para 56 em 1980; Penoyer, *Directory of Federal Regulatory Agencies* (St Louis: Center for the Study of American Business, 3rd ed, 1981).

(43) Foi de 27.661 para 76.389 — ou seja, da ordem dos 176% — o aumento do pessoal permanente empregue a tempo inteiro por 55 organismos de regulamentação federais entre os anos de 1970 e 1984. Os gastos do orçamento federal com esses 55 organismos aumentaram (em dólares americanos a valores de 1982) de 1.905.000 dólares em 1970 para 6.423.000 dólares em 1982, o que corresponde a um aumento de 237%. Weidenbaum e Penoyer, *The Next Step in Regulatory Reform: Updating the Statutes*, Statistical Appendix (St Louis: Center for the Study of American Business, 1983).

(44) Trata-se aqui do aumento bruto por ano; algumas páginas vêm substituir ou revogar disposições anteriores, ao passo que outras serão de natureza efêmera. Mas uma vez dado o devido desconto, resulta claro que se verificou um grande aumento do "stock" legislativo. Entre 1961 e 1977 o número de páginas do Federal Register dedicado à "produção" legislativa aumentou de 14.000 para 66.000, tendo mais de dois terços desse aumento ocorrido durante a década de 70. Buhler, *Calculating the Full Costs of Governmental Regulation* (Washington, DC: Office of the Librarian, Federal Register, 1978); Galanter e Rogers, "A Transformation of American Business Disputing? Some Preliminary Observations" (1991), Working Paper DPRP 10-3, Institute for Legal Studies, Disputes Processing Research Program 55.

(45) A ausência de meios de aferição directa obriga-nos à utilização desses números ainda mais imprecisos que são os indicadores relacionados com a despesa e com o emprego. As despesas estaduais e locais aumentaram de 9,7% para 12,9% do PNB entre 1960 e 1985 — *Economic Report of the President* referente a 1988, 248, Quadro B-1; 341, Quadro B-79. Durante o período referido, o número total de funcionários civis a trabalhar em unidades governamentais nos Estados Unidos praticamente duplicou, passando de 8,8 milhões em 1960 para 16,7 milhões em 1985. Mais de nove décimos deste aumento verificou-se ao nível da administração estadual e local; *Historical Statistics* (v. nota 9 acima), Série Y 272-89; *Statistical Abstract* referente a 1987 (v. nota 9 acima), Quadro 479. Nem todos os funcionários mencionados se enquadravam em tarefas ligadas à actividade legislativa, mas tais números servem aqui de indicador aproximado, se bem que impreciso, do seu crescimento.

(46) Peacock, *The Regulation Game: How British and West German Companies Bargain with Government* (Oxford: Basil Blackwell, 1984), p. 47.

(47) Enge, "The Legislative Process Today" [1987] *Statute Law Review* (Verão) 71.

(48) Os dados aqui referidos dizem respeito ao número de novos volumes e ao número de páginas de novos casos acrescentados nos anos em questão. A sua inclusão baseia-se, não na data da decisão do respectivo caso, mas na data do "copyright" do volume do correspondente. Parte do aumento pode atribuir-se ao aparecimento de tribunais de recurso intermédios, entretanto criados.

(49) A taxa de crescimento anual traduzida em páginas foi de 3,7% para os casos estaduais e de 6,1% para os casos federais.

(50) Cálculo baseado nas seguintes fontes: United States Reports, Federal Reporter, e Federal Supplement.

(51) Não encontrei comprovação para o aumento da publicação de relatórios de casos no que diz respeito ao Reino Unido.

(52) Harrington, "A Brief History of Computer-Assisted Legal Research" (1984), 77 *Law Library J* 543, 552, 553; Macpherson, "Indexing Canadian Legal Literature" (1989), 81 *Law Library J* 489; Zander, *The Law Making Process* (London: Weidenfeld and Nicolson, 2nd ed, 1985), p. 217.

(53) Michael J. Saks, "Law Journals: Their Shapes and Contents, 1960 and 1985", Relatório Preliminar submetido ao Comité Executivo do Symposium on Legal Scholarship (Nova Orleães: Encontro Anual da Association of American Law Schools, 6 de Janeiro de 1989).

(54) *Ibid.*, 3.

(55) Consultative Group on Research and Education in Law, *Law and Learning* (Ottawa: Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, 1983), p. 82.

(56) Em 1989 era de quase 1.000 o número de boletins informativos ("newsletters") publicados em Washington (para além dos editados pelas 3.200 associações sediadas na capital e que enviavam os seus boletins aos respectivos membros). Weiss, "If There's a Law, There's a Newsletter" (2 de Junho de 1989), *New York Times*, 10. No que concerne ao Reino Unido, Smith e Dewar — "Legal Newsletters: A Commentary" (1986), 17 *The Law Librarian* 95 — identificaram um único boletim no período anterior a 1970 e (numa estimativa que os próprios autores reconhecem ser incompleta) contaram 29 no ano de 1986, altura em que "novos títulos começaram a aparecer regularmente".

(57) No caso dos Estados Unidos, tal facto é espelhado — e por sua vez encorajado — pela crescente dimensão e complexidade patenteada pelos pareceres jurídicos. V., por exemplo, Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), p. 72.

(58) Sobre as alterações verificadas nos padrões da litigação nos tribunais federais, v. Galanter, "The Life and Times of the Bix Six; or, The Federal Courts Since the Good Old Days" (1988), *Wisconsin Law Review* 921 (doravante referido como Galanter, Bix Six); Posner (v. nota 57 acima); Clark, "Adjudication to Administration: A Statistical Analysis of Federal District Courts in the Twentieth Century" (1981), 55 *S Cal L Rev* 65.

(59) Curran, *Lawyer Statistical Report* (1985) (v. nota 29 acima), 16, Quadro 1.4.8; Curran, *Supplement* (1986) (v. nota 26 acima), 3. Este número inclui os advogados na categoria dos juizes, dos funcionários dos tribunais e do pessoal de apoio.

(60) O número total das pessoas empregadas no sistema judiciário federal aumentou de 4.992 em 1960 para mais de 18.000 em 1985 e 20.244 em 1987; *Historical Statistics* (v. nota 9 acima), 1102, Série Y 308-317; *Statistical Abstract* referente a 1989 (v. nota 9 acima), 319, Quadro 514. Entre 1960 e 1985 o número de advogados empregados pelo sector judicial, a nível tanto federal como estatal, quase triplicou, tendo passado de 8.180 para 22.276; *The 1967 Lawyer Statistical Report*, p. 20; F. Weil (ed), *Supplement* (v. nota 26 acima), 3.

(61) Census of Canada, 1961, Bulletin 3.1—3, Quadro 6 (Ottawa: Minister of Trade and Commerce, 1963).

(62) *Occupational Trends, 1961-86* (Ottawa: Statistics Canada, 1988), pp. 2-29.

(63) Judicial Statistics for England and Wales, Annual Report 1983; Annual Report 1988, pp. 19, 31 (Londres: HMSO).

(64) Royal Commission on Legal Services (Benson Report), Cmnd 7648 (HMSO, 1979), p. 40.

(65) National Consumer Council, *Ordinary Justice* (Londres: HMSO, 1989), p. 264, citando o Council on Tribunals.

(66) Galanter, "Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society" (1983), 31 *UCLA Law Review* 4, 40. Não pode dizer-se que

não haja precedentes históricos para tão elevados índices. Alguns estudos documentam, no que se refere aos Estados Unidos, a ocorrência de índices *per capita* de processos civis mais altos no séc. XIX e princípios do séc. XX. McIntosh, *The Appeal of Civil Law: A Political-Economic Analysis of Litigation* (Urbana: University of Illinois Press, 1990); Selvin e Ebener, *Managing the Unmanageable: A History of Civil Delay in the Los Angeles Superior Court* (Santa Monica: Rand Corporation, Institute for Civil Justice). Cf. o vivo retrato da actividade litigiosa desenvolvida na fronteira americana que é oferecido no estudo de Baldwin *The Flush Times of Alabama and Mississippi* (Nova Iorque: Hill and Wang, 1957; originariamente publicado em 1853), pp. 173-175, e os índices ainda mais elevados dos recursos para os tribunais verificados durante o período colonial. Curtis, "The Colonial County Court, Social Forum and Legislative Precedent, Accomack County, Virginia, 1633-1639" (1977), 85 *Virginia Magazine of History and Biography* 274, 287; König, *Law and Society in Puritan Massachusetts: Essex County, 1629-1692* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1972), p. xii.

(67) Galanter, "Reading the Landscape" (v. nota 2 acima), 69-70; Galanter, "The Day After the Litigation Explosion" (1986), 46 *Maryland Law Review* 3.

(68) Os processos litigiosos são uma experiência geralmente penosa, dilacerante e dolorosa, e isso tanto para os queixosos como para os réus. Poucos são aqueles que, vendo-se envolvidos em tais processos, retiram prazer do facto ou gozam da estima dos seus pares — podendo mesmo passar a ser estigmatizados. V. "The Day After", *ibid.*, pp. 9-10.

(69) Galanter, "Case Congregations and Their Careers" (1990), 24 *Law & Society Review* 371.

(70) Kagan, "The Routinisation of Debt Collection: An Essay on Social Change and Conflict in the Courts" (1984), 18 *Law & Society Review* 323.

(71) Case Congregations, *op. cit.*, 391.

(72) Friedman, *Total Justice* (Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 1985).

(73) Em comparação com os americanos, os inquiridos do Reino Unido mostram-se mais propensos a procurar assistência jurídica em casos de acidentes de trabalho. Hensler *et al.*, *Compensation for Accidental Injuries in the United States* (Santa Monica: Institute for Civil Justice, 1991), p. 129. Verificou-se, por outro lado, que no Ontário as vítimas de acidentes rodoviários se mostravam "ligeiramente mais propensas a procurar assistência jurídica profissional para efeitos de indemnização do que sucedia com as vítimas nos Estados Unidos". Kritzer, Bogart e Vidmar, "The Aftermath of Injury: Compensation Seeking in Canada and the United States", Working Paper 10-4, Disputes Processing Research Program, University of Wisconsin-Madison, p. 37.

(74) Atiyah atribui a maior incidência de casos de responsabilidade civil extracontratual verificada nos Estados Unidos à existência de leis mais favoráveis, de indemnizações mais elevadas, de menores riscos, e de menos alternativas à litigação; Atiyah, "Tort Law and the Alternatives: Some Anglo-American Comparisons" (1987), *Duke Law Journal* referente a 1987, 1002. A ênfase nos incentivos é partilhada por Pritchard, autor que sublinha o primado das normas relativas ao custo dos processos e aos honorários; Pritchard, "A Systematic Approach to Comparative Law: The Effect of Cost, Fee and Financing Rules on the Development of the Substantive Law" (1988), 17 *Journal of Legal Studies* 451. Kritzer sustenta que "os tipos de factores baseados nos incentivos, como são os que propõem Atiyah e Pritchard, não podem explicar senão uma pequena parte destas diferenças verificadas ao nível da incriminação e dos pedidos de indemnização" e sublinha, por outro lado, as expectativas que servem de enquadramento a toda a actividade jurídica, deixando em aberto a questão de saber em que medida é que tais expectativas "resultam dos próprios sistemas indemnizatórios e (...) [em que medida] elas entroncam profundamente na espiral semiótica que define as diversas culturas". Kritzer, "The Propensity to Sue in England and the United States: Blaming and Claiming in Tort Cases" (1991), Working Paper DPRP 10-5, Institute for Legal Studies, Disputes Processing Research Program, p. 36. Para Kagan, que põe em contraste a cultura jurídica inglesa — a qual vê o direito

como um ideal de autoridade — com a cultura jurídica americana — cuja visão do direito é mais instrumental e política —, tais perspectivas são reflexo da organização da vida política e social em dois países; Kagan, "What Makes Uncle Sammy Sue?" (1988), 21 *Law & Society Review* 717. Sobre o contraste entre a actividade litigiosa nos Estados Unidos e no Canadá, v. Kritzer, Bogart e Vidmar, *op. cit.*

⁽⁷⁵⁾ Markesinis, "Litigation-Mania in England, Germany and the USA: Are We So Very Different?" (1990), 102 *Studi Senesi* 372, p. 415.

⁽⁷⁶⁾ Dewees, Trebilcock e Coyte, "The Medical Malpractice Crisis: Comparative Empirical Perspective" (1991), 54 *Law and Contemporary Problems* 217, 250.

⁽⁷⁷⁾ Galanter, Big Six (v. nota 58 acima).

⁽⁷⁸⁾ Durante o período compreendido entre 1960 e 1988, o número de processos relacionados com contratos que passaram pelos District Courts federais aumentou de 13.268 para 44.027. [Para o efeito da análise ora levada a cabo, a categoria designada por acções sobre contratos não inclui, nem as acções de devolução (isto é, acções de iniciativa governamental com vista à devolução de empréstimos feitos indevidamente a estudantes ou de benefícios pagos em excesso a antigos combatentes), nem os casos que vão parar aos tribunais federais por caberem na sua "jurisdição local".] A menos que seja indicada outra referência, a fonte dos dados relativos aos tribunais federais é o Quadro C-2 de *Annual Reports of the Administrative Office of the United States Courts*. Este aumento de 232% ultrapassou largamente o aumento verificado com as acções de responsabilidade civil extracontratual, o qual se cifrou em 128% com relação ao mesmo período. Para uma comparação mais pormenorizada entre, por um lado as acções relacionadas com contratos, e por outro as acções de responsabilidade civil extracontratual e outras categorias de maior significado, veja-se Galanter, Big Six (v. nota 58 acima). Em Galanter e Rogers (v. nota 44 acima) apresentamos provas que justificam a nossa convicção que uma grande parte do aumento dos casos de diversidade contratual representa um aumento de casos em que o mundo empresarial surge com uma das partes contratantes. No estudo em causa apresenta-se igualmente prova documental do aumento de outros tipos de litigação relacionada com o mundo dos negócios.

⁽⁷⁹⁾ Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" (1963/4), 28 *American Sociological Review* 59.

⁽⁸⁰⁾ Num estudo relativo a indemnizações pecuniárias atribuídas por júris em tribunais dos Condados de Cook (estado do Illinois) e de São Francisco, Peterson concluiu que a média das indemnizações pecuniárias atribuídas pelos júris, tomando como ref.^a o valor do dólar em 1984, aumentou de 57.000 dólares durante o período 1960-64 para 252.000 dólares no período 1980-84 no que diz respeito ao Condado de Cook, Illinois, e de 74.000 dólares entre 1960-64 para 302.000 dólares entre 1980-84 no que respeita aos tribunais do Condado de São Francisco. M. Peterson, *Civil Juris in the 1980s: Trends in Jury Trials and Verdicts in California and Cook County, Illinois* (1987), 28-29. As conclusões de Peterson são confirmadas por um estudo realizado sobre litigação contratual no tribunal do Distrito Federal do Southern District de Nova Iorque, estudo esse que apurou que a média dos acordos ou sentenças subiu de 165.000 dólares durante a década de 60 para 887.000 na de 70. Feitas as devidas correcções por forma a atender à inflação, foi de três vezes o aumento verificado nos anos 70 em relação à década anterior. W. Nelson, "Contract Litigation and the Elite Bar in New York City, 1960-1980" (1990), 39 *Emory Law Journal* 413, 415.

⁽⁸¹⁾ Vincent-Jones, "The Transformation of Business Disputing in England and Wales: Some Preliminary Observations" (não publicado), 6. Embora os casos relacionados com contratos constituam apenas uma pequena parte da totalidade dos casos — 2,9% das ordens judiciais e 8% dos casos decididos em julgamento no ano de 1989 —, verificou-se "um aumento constante do número e da proporção das decisões judiciais relativas a contratos em relação à conflitualidade contratual global.

⁽⁸²⁾ Sobre o movimento de vaivém de que se tem revestido o interesse por modalidades alternativas, v. Auerbach, *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers* (Nova Iorque: Oxford University Press, 1983).

⁽⁸³⁾ Um Directório da ABA de 1986 enumera 304 programas de RAC, metade dos quais desenvolvidos depois de 1980; American Bar Association, *1986 Dispute Resolution Directory* (1986), Introdução.

⁽⁸⁴⁾ Tal deslocação encontra-se distintamente resumida nas sucessivas mudanças de nome da respectiva Comissão da American Bar Association: de Committee on Minor Disputes passaria para Committee on Alternative Dispute Resolution e, finalmente, para Committee on Dispute Resolution.

⁽⁸⁵⁾ Galanter, "A Settlement Judge, Not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States" (1985), 12 *Journal of Law & Society* 1.

⁽⁸⁶⁾ V. as publicações do Center for Public Resources, organização sem fins lucrativos que se dedica à promoção do uso da RAC por parte das empresas.

⁽⁸⁷⁾ *V. Report of the Canadian Bar Association Task Force on Alternative Dispute Resolution: A Canadian Perspective* (Ottawa: Canadian Bar Association, 1989).

⁽⁸⁸⁾ A recente chegada ao Reino Unido de formas comercialmente mais avançadas de RAC é assinalada em Harris, "Keeping Your Client Out of Court" (7 de Dezembro de 1990), 134 *SJ N° 49*, p. 1427; e Rice, "Why Solving Disputes need not Cost a Fortune" (17 de Junho de 1991), *Financial Times*, p. 10 (onde, a propósito da criação de um novo Centro para a Resolução de Conflitos com o apoio da Confederação da Indústria Britânica, se refere que "Ao fim de seis meses, o número de membros do CEDR ultrapassou a centena"). V. também Allinson, "Pre-trial Litigation in the County Court" (7 de Dezembro de 1990), 134 *SJ N° 49*, p. 1434, sobre o alastramento dos esforços de conciliação aos processos cíveis: "é cada vez maior o número de 'registrars' a proporem as formas próprias de audiências para obter acordos".

⁽⁸⁹⁾ E. Johnson, Jr., *Justice and Reform: The Formative Years of the OEO Legal Services Program* (New Brunswick: Transaction Books, 1974); J. Handler, E. Hollingsworth e H. Erlanger, *Lawyers and the Pursuit of Legal Rights* (Nova Iorque: Academic Press, 1978).

⁽⁹⁰⁾ Sobre o direito do interesse público ("public interest law"), v. Weisbrod, Handler e Komesar, *Public Interest Law: An Economic and Institutional Analysis* (Berkeley: University of California Press, 1978); J. Handler, *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change* (Nova Iorque: Academic Press, 1978). Sobre o aparecimento de sociedades de direito do interesse público viradas para o mundo dos negócios, v. Weinstein, "Defending What? The Corporations' Public Interest" (Junho de 1975), 5(6) *Juris Doctor*, 39; Flaherty, "Right-Wing Firms Pick Up Steam" (23 de Maio de 1983), *National Law Journal*, p. 1; Houck, "With Charity for All" (1984), 93 *Yale LJ* 1415, 1454.

⁽⁹¹⁾ Num inquérito realizado em 1979 pelo Conference Board, 73% das empresas que responderam (tendo sido 285 em 389 as que o fizeram) dispunham de um gabinete para as relações com a administração pública. Desse número, 164 dispunham de escritórios em Washington, DC; 29% do total de respostas afirmaram que a empresa que representavam havia aumentado o seu envolvimento e empenhamento na área das relações com a Administração durante os três anos imediatamente precedentes. A formação dos responsáveis pelas referidas unidades e dos respectivos funcionários tende a situar-se mais na área do direito do que em qualquer outra. P. McGrath, *Redefining Corporate-Federal Relations*, Nova Iorque: The Confederate Board, vi, 3, 56-57, 63 (1979). Para um relato do modo como um grupo profissional — no caso, a American Psychiatric Association — se tornou um actor jurídico, v. Milner "The Denigration of Rights and the Persistence of Rights Talk: A Cultural Portrait" (1989), 14 *Law & Society Inquiry* 631.

⁽⁹²⁾ Roberts, *Public Interest Advocacy in Canada* (Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Section, 1984).

⁽⁹³⁾ Os gastos orçamentados para assistência jurídica subiram de 10 milhões de libras em 1966 para 448 milhões em 1989. S. Livingstone e J. Morison (ed.s), *Law, Society and Change* (Brookfield, Vermont: Dartmouth), p. 174.

⁽⁹⁴⁾ Cooper e Dhavan, *Public Interest Law* (Oxford: Basil Blackwell, 1986). O primeiro centro jurídico foi criado em 1970; em 1988, o seu número era

de 57. National Consumer Council, *Ordinary Justice: Legal Services and the Courts in England and Wales* (Londres: HMSO, 1989), p. 50; Stehens, *Community Law Centres: A Critical Appraisal* (Aldershot: Avebury, 1990).

⁽⁹⁵⁾ Sobre os dois grupos rivais de sobreviventes do acidente de Lockerbie, v. Blu, "Victim Group has Crusader as its Leader" (25 de Março de 1991), *National Law Journal* 25, p. 8.

⁽⁹⁶⁾ "Cartoon" da autoria de Warren Miller em *The New Yorker*, 24 de Julho de 1978, p. 45.

⁽⁹⁷⁾ Reich, "The New Property" (1964), 73 *Yale LJ* 733.

⁽⁹⁸⁾ Fleming, *The Price of Perfect Justice* (Nova Iorque: Basic Books, 1974).

⁽⁹⁹⁾ Kirp, "Proceduralism and Bureaucracy: Due Process in the School Setting" (1976), 28 *Stanford Law Review* 841.

⁽¹⁰⁰⁾ O'Neill, "Of Justice Delayed and Justice Denied: The Welfare Prior Hearing Cases" (1970), *The Supreme Court Review* (Chicago: University of Chicago Press, 1970).

⁽¹⁰¹⁾ Sobre o surto paralelo de actividade litigiosa relativa a casos de negligência médica nos três países em questão, v. Dewee, Trebilcock e Coyte, "The Medical Malpractice Crisis: A Comparative Empirical Perspective" (1991), 54 *Law and Contemporary Problems*, p. 217.

⁽¹⁰²⁾ No seu trabalho "Juridification — A Universal Trend? The British Experience in Labour Law", in Teubner (ed), *Juridification of Social Spheres* (Berlim: Walter de Gruyter, 1987), p. 175, Clark e Wedderburn dão conta de que "Até ao ano de 1964 não existia no Reino Unido qualquer tribunal de trabalho enquanto entidade autónoma, mas por volta de meados da década de 80 tais instituições recebiam cerca de 30.000 queixas por ano" respeitantes a uma vasta gama de direitos relacionados com o emprego. Comparar com Dertouzos, Holland e Ebener, *The Legal and Economic Consequences of Wrongful Termination* (Santa Monica: Rand Corporation, Institute for Civil Justice, 1988); Geyelin, "Fired Managers Winning More Lawsuits: Raising Stakes, Many Now Seek Punitive Awards", *Wall Street Journal*, 7 de Setembro de 1989, p. B-1.

⁽¹⁰³⁾ Cf. Edelman, "Legal Environments and Organizational Governance: The Expansion of Due Process in the American Workplace" (1990), 95 *American Journal of Sociology*, 1401.

⁽¹⁰⁴⁾ Galanter, "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law" (1981), 19 *Journal of Legal Pluralism* 1.

⁽¹⁰⁵⁾ Yngvesson, "Re-examining Continuing Relations and the Law" (1985), *Wis L Rev* 623.

⁽¹⁰⁶⁾ À medida que as sociedades se vão industrializando, é nelas crescente a percentagem dos conflitos graves em que, em vez de entidades semelhantes, se opõem, isso sim, entidades de diferente dimensão, que por norma envolvem indivíduos de um lado e, do outro, grandes organizações. Moore, *Law As Process: An Anthropological Approach* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1978), cap. 3; J. Coleman, *Power and the Structure of Society* (Nova Iorque: Norton, 1973); J. Coleman, *The Asymmetric Society* (Nova Iorque: Syracuse University Press, 1982).

⁽¹⁰⁷⁾ Smigel, *The Wall Street Lawyer: Professional Organisation Man?* (Bloomington: Indiana University Press, 1969).

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, 19.

⁽¹⁰⁹⁾ Hoffman, *Lions in the Street* (Nova Iorque: Saturday Review Press, 1973), pp. 71-72.

⁽¹¹⁰⁾ *Bates v State Bar of Arizona* (1977), 433 US 350.

⁽¹¹¹⁾ Esta curiosidade, por sua vez, reflectia o aumento acentuado do número de advogados e manifestou-se no aparecimento dos primeiros programas de televisão em horário nobre versando o direito não criminal e os advogados que dele se ocupam — programas como "The Paper Chase" (1978-79) e "The Associates" (1979), e que culminaram com a série "LA Law" (1986 —). Sobre os advogados mostrados pela televisão, v. Stark, "Perry Mason Meets Sonny Crockett: The History of Lawyers and the Police as Television Heroes" (1987), 42 *U Miami L Rev* 229; os diversos títulos incluídos no número da *Yale Law Journal* dedicado ao Symposium on Popular Culture (Junho de 1989),

Vol. 98, Nº 8; Rosen, "Ethical Soap: LA Law and the Privileging of Character" (1989), 43 *U Miami Rev* 1227. Sobre os advogados mostrados pelo cinema, v. Chase, "Lawyers and Popular Culture: A Review of Mass Media Portrayals of American Attorneys" (1986), *Am B Found Res J* 281-300; Mastrangelo, "Lawyers and the Law: A Filmography II" (1985-86), 5 *Legal Reference Services Q* 5-42.

⁽¹¹²⁾ Para um apanhado geral da nova era do jornalismo jurídico, v. Sherman, "The Media and the Law" (6 de Junho de 1988), *National Law Journal*, 32.

⁽¹¹³⁾ Goldstein, "Review: The American Lawyer" (1983), 83 *Colum L Rev* 1351; Powell, "The New Legal Press: Reflecting and Facilitating Changes in the Legal Profession", comunicação apresentada ao Encontro Anual da Law and Society Association, San Diego, Junho de 1985.

⁽¹¹⁴⁾ Goldstein, "Demystifying the Profession", *New York Times*, 1 de Junho de 1979.

⁽¹¹⁵⁾ Um fenómeno gritantemente assinalado pela publicação da obra de Woodward e Armstrong *The Brethren: Inside the Supreme Court* (1979), mas igualmente corporizado em revelações trazidas a lume pelos próprios juízes. Wermiel, "Shroud of Secrecy that Veils the Supreme Court Lifts as Justices Assume Higher Public Profiles", *Wall Street Journal*, 1 de Julho de 1986, 48; Taylor, "Lifting of Secrecy Reveals Earthy Side of Justices", *New York Times*, 22 de Fevereiro de 1988, 20.

⁽¹¹⁶⁾ Stager e Arthurs (v. nota 27 acima), p. 193.

⁽¹¹⁷⁾ *Ordinary Justice*, p. 136.

⁽¹¹⁸⁾ Não obstante os apelos a este tipo de estudos datarem de há muitas décadas atrás, só em meados dos anos 60 é que se assistiu ao surgimento de uma comunidade interdisciplinar de investigação que iria levar a cabo tais propósitos de uma forma activa, continuada e cumulativa. V., a propósito, Galanter, "The Legal Malaise: Or, Justice Observed" (1985), 19 *Law & Society Review* 537.

⁽¹¹⁹⁾ V. Posner, "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987" (1987), 100 *Harvard Law Review* 761.

⁽¹²⁰⁾ Em 1960, eram mais os artigos que defendiam a doutrina do que aqueles que a criticavam; em 1985, havia "mais de dois artigos e meio de crítica à doutrina por cada um que esta era defendida". Saks (v. nota 53 acima), 5-6.

⁽¹²¹⁾ Consultative Group on Research and Education in Law, *Law and Learning* (Ottawa: Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, 1983), p. 100.

⁽¹²²⁾ *Ibid.*, 100.

⁽¹²³⁾ Clark e Economides, "Technics and Praxis: Technological Innovation and Legal Practice in Modern Society" (1990), 4 *Yearbook of Law Computers and Technology* (Leicester: Leicester Polytechnic Press).

⁽¹²⁴⁾ Campbell e Wiles, "The Study of Law in Society in Britain" (1976), 10 *Law & Society Review* 547.

⁽¹²⁵⁾ Em 1982 o título mudaria para *Journal of Law and Society*.

⁽¹²⁶⁾ Trata-se de uma negociação sobre o tipo do crime e o âmbito da culpa entre o arguido e a vítima ou o Estado (N. T.).

⁽¹²⁷⁾ Altos responsáveis pertencentes à profissão atacaram a fiabilidade da investigação feita e tentaram impedir que fosse publicada; nomeou-se uma comissão universitária especial de inquérito para averiguar da idoneidade académica do estudo em causa. V. a Nota Introdutória da autoria do responsável pela série e o Prefácio de Sir Robert Hunter, em Baldwin e McConville, *Negotiated Justice: Pressures to Plead Guilty* (Londres: Martin Robertson, 1977).

⁽¹²⁸⁾ V. Baldwin, *Pre-Trial Justice: A Study of Case Settlement in Magistrates' Courts* (Oxford: Basil Blackwell, 1985).

⁽¹²⁹⁾ Não assentando em categorias propriamente jurídicas, a maioria destas orientações mantém-se longe da vista daqueles que efectivamente praticam o direito. Contudo, pelo menos algumas delas têm-se traduzido em algo mais do que uma análise rarefeita da doutrina, prestando uma atenção crescente ao dia-a-dia prático do mundo do direito mais as suas tácticas, os seus honorários e os seus compromissos.

(130) Os pareceres concordantes e discordantes (declarações de voto) do Supremo Tribunal dos Estados Unidos constituíram 51% e 60% do total de pareceres emitidos em 1959 e 1982, respectivamente. Posner, *The Federal Courts*, 237. Em "Dissent in State Supreme Courts: Patterns and Correlates of Conflict" — in Goldman e Lamb (ed.s), *Judicial Conflict and Consensus: Behavioral Studies of American Appellate Courts* (Lexington: University of Kentucky Press, 1986) —, Glick e Pruet registam uma tendência no sentido de uma percentagem mais elevada de opiniões discordantes provenientes dos Supremos Tribunais estaduais.

(131) Esta nova diversidade é bem ilustrada pela adopção nos anos 80, por parte dos advogados americanos, das Normas Modelo de Responsabilidade Profissional, através de um processo que mobilizou um elevado número de sectores de opinião e de grupos de interesses específicos dentro da profissão e que redundou numa polémica animada, bem documentada, e sem precedentes. Um autor que estudou em pormenor o percurso das propostas então em debate mostrou-se "impressionado pela heterogeneidade dos pontos de vista éticos que hoje em dia existem no seio da profissão". Ted Schneyer, "Professionalism as Bar Politics: The Making of the Model Rules of Professional Conduct" (1989), 14 *Law & Social Inquiry* 677, 735. Foi flagrante o contraste com a ausência de diversidade e de polémica verificada nos anos 60 aquando da elaboração do documento que precedeu aquele — o Código de Responsabilidade Profissional —, facto descrito em Lieberman, *Crisis at the Bar: Lawyers' Unethical Ethics and What to do About It* (Nova Iorque: Norton, 1978), p. 64. Veja-se a chamada de atenção que Clark e Economides fazem relativamente à crescente diversidade de autoconceitos e de preocupações que se verifica no Reino Unido entre os diferentes tipos de práticas jurídicas: Clark e Economides, *op. cit.*

(132) Nonet e Selznick descrevem o surgimento de um direito mais "compreensivo" e "orientado para objectivos concretos", no qual a autoridade das normas se encontra enfraquecida, o espaço de intervenção discricionária é alargado, e o discurso jurídico se torna menos distinto do discurso moral e político:

À medida que o direito vai adquirindo uma textura mais aberta, que as suas fontes se vão tornando mais ricas e que a sua competência cognitiva vai aumentando, a casuística jurídica vai perdendo aquilo que a distingue. Determinar o que há de juridicamente certo e errado num caso específico implica tomar em consideração uma multiplicidade de objectivos, de restrições situacionais e de alternativas práticas. (...) Quando o direito é orientado para objectivos concretos, dá-se um declínio da razão artificial, uma convergência da análise jurídica com a análise das políticas adoptadas, e uma reintegração dos juízos jurídicos com os juízos morais e da participação jurídica com a participação política.

Nonet e Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (Nova Iorque: Harper & Row, 1978), pp. 89, 110.

(133) Rifkind, "Are We Asking Too Much of Our Courts?" (1976), 70 *Federal Rules Decisions* 96, 98.

(134) Rothfield, "What Do Law Schools Teach? Almost Anything", *New York Times*, 23 de Dezembro de 1988, p. 21.

(135) Dos Passos, *The American Lawyer: As He Was — As He Is — As He Can Be* (Nova Iorque: Banks Law Publishing Co., 1907), p. 15. Duas décadas depois, Holdsworth observava o seguinte, a propósito do aumento do número de casos registados:

É muito provável que se esteja a sobrecarregar o direito com um volume desmesurado de decisões de diferentes graus de excelência, pelo que os princípios que o regem, em vez de se tornarem mais sólidos em função das decisões sobre novos casos, adquirirão uma fluidez capaz de facultar material abundante para as infundáveis controvérsias dos professores de teoria geral. Impõe-se, pois, um limite para o número de casos registados.

Holdsworth, *Some Lessons from our Legal History* (Nova Iorque: Macmillan, 1928), p. 22.

(136) Veja-se a crítica que Bator dirige aos Juízes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, que ele diz "enamorados da promulgação de fórmulas

complexas e abertas — fórmulas recheadas de uma multiplicidade de testes em três fases e de inquéritos de cinco partes". Bator, "What Is Wrong with the Supreme Court?" (1990), 51 *University of Pittsburgh Law Review* 673, 686.

⁽¹³⁷⁾ Damaska, "Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure" (1975), 84 *Yale LJ* 480. V. também Feeley, "The Concept of Laws in Social Science: A Critique and Notes on an Expanded View" (1976), 10 *Law & Society Review* 497, 500.

⁽¹³⁸⁾ Anthony d'Amato oferece uma análise notável dos incentivos respeitantes aos actores, incentivos esses que comprovam uma tendência entrópica inerente às normas do nosso complexo sistema jurídico que as leva a tornarem-se "cada vez mais vagas, mais difíceis de aplicar, mais remotas, mais ambíguas e mais carregadas de excepções". d'Amato, "Legal Uncertainty" (1983), 71 *Calif L Rev* 1.

⁽¹³⁹⁾ Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law* (Nova Iorque: Oxford University Press, 1989), pp. 43-46.

⁽¹⁴⁰⁾ Relatório do Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute (1992), reeditado em *The American Law Institute, 50th Anniversary* (Filadélfia: American Law Institute, 1973), p. 15.

⁽¹⁴¹⁾ E.g. Olson (v. nota 6 acima), para quem "os tribunais se tornaram mais aleatórios e inconsistentes nas suas decisões" (1991), p. 10.

⁽¹⁴²⁾ Bator, "What Is Wrong with the Supreme Court?" (1990), 51 *University of Pittsburgh Law Review* 673, 679-680.

⁽¹⁴³⁾ Friedman, *Total Justice* (Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 1985).

⁽¹⁴⁴⁾ Normalmente o declínio do grau de certeza é considerado como defeito, no entanto também pode ser lido em termos de uma adaptação progressiva a um meio caracterizado pela complexidade. Num notável gesto de antecipação daquilo que constitui a sensibilidade moderna, um praticante de advocacia na Chicago do virar do século atribuía o declínio do grau de certeza aos progressos verificados no direito, que a partir de agora iria "debruçar-se sobre factos minudentes e em maior número; conferir-lhes um peso mais subtil e variável; e aplicar-lhes princípios mais sensíveis e de maior plasticidade". Bowers, "The Lawyer Today" (1904), 38 *American Law Review* 823, 832.

⁽¹⁴⁵⁾ Tal facto vê-se facilitado, como nota Friedman, pelo florescimento da "juridificação dos aspectos externos (...) a grande proliferação de impressos, cartões, certificados, selos, rótulos, etiquetas e placas de identificação de que o Estado moderno cada vez mais lança mão com vista ao controlo eficaz dos comportamentos". Friedman, "On Legalistic Reasoning: A Footnote to Weber" (1966), *Wisconsin Law Review* 148, 167.

⁽¹⁴⁶⁾ Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead" (1974), 9 *Law & Society Review* 95. Cf. Coleman, *op. cit.* (v. nota 106 acima).

⁽¹⁴⁷⁾ Friedman, "Legal Rules and the Process of Social Change" (1967), 19 *Stanford Law Review* 786, 806.

⁽¹⁴⁸⁾ Gross, "The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation" (1987), 85 *Michigan Law Review* 734, 753.

⁽¹⁴⁹⁾ Tal não significa que careça de regras sólidas e imutáveis, definitivas ou exactas, mas tão somente que as regras imutáveis não são definitivas e que as definitivas não são imutáveis.

⁽¹⁵⁰⁾ Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation" (1976), 89 *Harvard Law Review* 1281, 1316.

⁽¹⁵¹⁾ Dimond, "Common Sense About an Uncommon Rejection" (1991), 15 *Law & Social Inquiry* 767, 798. Cf., a propósito da "construção coordenada", Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* (Princeton: Princeton University Press, 1988), p. 231 *et seq.*, e Wellington, "The Nature of Judicial Review" (1982), 91 *Yale LJ* 486, 504 *et seq.*, a propósito das "decisões não-finais".

⁽¹⁵²⁾ Shklar, *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics* (Cambridge: Harvard University Press, 1964).

⁽¹⁵³⁾ *Ibid.*, pp. 10, 19.

⁽¹⁵⁴⁾ Moore, "Reflections of Canadians on the Law and the Legal System: Legal Research Institute Survey of Respondents in Montreal, Toronto and

Winnipeg", in Dale Gibson e Janet K. Baldwin (ed.s), *Law in a Cynical Society? Opinion and Law in the 1980's* (Calgary / Vancouver: Carswell Legal Publications, Western Division, 1985).

(155) Moore, 53-54.

(156) Abel-Smith, Zander e Brooke, *Legal Problems and the Citizen* (Londres: Heinemann, 1973), pp. 249-250.

(157) Num importante trabalho, Tyler constata a coexistência de uma avaliação crítica do desempenho das instituições jurídicas com um sentimento da legitimidade destas, sentimento esse que depende em grande medida das percepções existentes quanto à correção processual. T. R. Tyler, *Why People Obey the Law* (New Haven: Yale University Press, 1990).

(158) Hurst, *The Growth of American Law* (Boston: Little, Brown & Co, 1950), p. 357.

(159) Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness Among Working-Class Americans* (Chicago: University of Chicago Press, 1990), p. 170.

(160) Post sustenta que esta "profunda clivagem inerente à visão que temos do direito" subjaz às atitudes públicas relativas aos advogados, os quais são elogiados enquanto fiéis servidores dos interesses pessoais dos seus clientes mas vêm-se desprezados "por manipularem o sistema jurídico no interesse dos seus (...) clientes, sem atenderem (...) aos valores universais que são comuns (...)". Post, "On the Popular Image of the Lawyer: Reflections in a Dark Glass" (1987), 75 *California Law Review* 379, 386.

(161) Veja-se a reflexão de Post segundo a qual os advogados corporizam "a tensão entre, por um lado o desejo de um espírito de comunidade abrangente e alargado, e por outro o impulso no sentido da independência e da auto-afirmação do indivíduo (...)". *Ibid.*, 389.

(162) Nobel e Selznick — *op. cit.*, pp. 96-97 — traçam o retrato da "fusão da participação política com a participação jurídica", em que "o terreno jurídico se transforma num tipo muito especial de fórum político e a participação jurídica assume uma dimensão política (...) a acção jurídica acaba por servir de veículo através do qual os grupos e as organizações podem participar na determinação das políticas públicas".

(163) Ele oferece um fórum passível de ser mobilizado por "qualquer um" (pelo menos, por quem quer que consiga arranjar um advogado) a propósito de qualquer questão que seja; não é necessário ter acesso à agenda nem à lista de prioridades daqueles que estão "por dentro"; os oponentes são obrigados a responder, por mais insignificante que seja o queixoso; não são permitidas alianças com a entidade que toma as decisões. O fórum ocupa-se de casos específicos; as respostas são individualizadas; as soluções não são sistemáticas, mas sim limitadas; a racionalidade não corresponde a um planeamento geral e englobante, mas antes a uma progressão irregular e desordenada.

(164) O trânsito não tem sido apenas no sentido oeste-este. Assim, e por exemplo, aquilo a que os Americanos chamam a "norma inglesa" relativa às custas judiciais (quem perde paga) foi tomado como base fundamental das propostas para abreviar os processos de litigação. Olson, *op. cit.*, p. 329 *et seq.* President's Council on Competitiveness, *Agenda for Civil Justice Reform in America* (Washington: US Government Printing Office, 1991), p. 24.

(165) Atiyah e Summers traçam um quadro rico e pormenorizado das culturas dos Estados Unidos e do Reino Unido em que a um direito inglês de tipo mais formal, mais firme, mais previsível, e aplicado de maneira mais estrita e uniforme contrapõem um direito americano caracterizado por ser mais substantivo, mais impreciso e mais irregular. Atiyah e Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford: Clarendon Press, 1987). Para um aprofundamento deste contraste e das suas raízes no contexto mais vasto da política e da cultura, v. os seguintes estudos: Kagan, "What Makes Uncle Sammy Sue?" (1988), 21 *Law & Society Review* 717; Kritzer, "The Propensity to Sue in England and the United States: Blaming and Claiming in Tort Cases", Working Paper DPRP 10-5, Disputes Processing Research Program (Madison: Institute for Legal Studies, 1991); Kritzer, Bogart e Vidmar, "The Aftermath of Injury: Compensation Seeking in Canada and the United States" (1990), Working Paper 10-4, Disputes Processing Research Program, University of Wisconsin-Madison.