

PENÉLOPE

FAZER E DESFAZER A HISTÓRIA

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL — Nº 6 • 1991

DIRECTOR
A. M. HESPAHHA

REDACÇÃO

Álvaro Ferreira da Silva (FE-UNL); Amélia Aguiar Andrade (FCSH-UNL); António Costa Pinto (CEHCP-ISCTE); António M. Hespanha (ICS); Bernardo Vasconcelos e Sousa (FCSH-UNL); Carlos Fabião (FLI); Fernando Rosas (FCSH-UNL); Helder A. Fonseca (UE); José Manuel Sobral (ICS); Luís Krus (FCSH-UNL); Luís Ramalhosa Guerreiro; Mafalda Soares da Cunha (UE); Maria Alexandra Lousada (FLI); Nuno Gonçalo Monteiro (ICS); Nuno Severiano Teixeira (UE/UCP); Rui Ramos (ICS); Valentim Alexandre (ICS); Vítor Serrão (FLUC); Secretário da Redacção: João Carlos Cardoso

Propriedade do título: Cooperativa Penélope. Fazer e Desfazer a História
Subsídios à Redacção da J.N.I.C.T. e S.E.C.

Nota: Os originais recebidos, mesmo quando solicitados, não serão devolvidos.

Edições COSMOS

Rua da Emenda, 111-1º
Telefones: 342 20 50 • 346 82 01
Fax: 347 82 55

Reservados todos os direitos
de acordo com a legislação em vigor

© Cooperativa Penélope

Composição, impressão e acabamento: Edições COSMOS
Distribuição: Edições COSMOS

1ª edição: Setembro de 1991
Depósito Legal: 49152/91
ISSN: 0871-7486

Uma Justiça Transparente — Para uma Análise Histórica do Espaço Judiciário Espanhol

Johannes Michael Scholz

Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt/Main

Fazer justiça evoca tanto a mediação do conflito como a paz social; por um lado, o aparelho e a acção e, por outro, o resultado de tal empreendimento, em suma: a produção e o produto. Falar de justiça, como se faz correntemente, é expor-se, além disso, aos perigos que implica a polissemia de uma palavra utilizada em circunstâncias e tradições diferentes e, em consequência, com sentidos divergentes. Mas, sobretudo, é não se dar conta do risco de tomar partido por uma ou outra das visões sociais possíveis em vez de descrever de uma maneira científica a forma como se pratica justiça num mundo, apesar de tudo, tido por injusto. Daí a necessidade de, neste caso talvez mais que noutros, nos opormos à ilusão coisificante de que nos fala Ludwig Wittgenstein nos seus «cadernos azuis» e «castanhos», logro que resulta da tendência em inferir a substância do substantivo.

Por conseguinte, tudo leva a pensar que um conhecimento preciso da justiça tem por corolário a reconstrução, seja ela sociológica ou histórica, dos sistemas de relações objectivas nas quais os justiçaáveis e seus juízes se encontram inseridos. Do que depreendemos das análises de outros campos culturais, tais relações exprimem-se em regra geral antes de mais na morfologia dos grupos envolvidos na interdependência das fracções e na economia de acções, e menos nas intenções tomadas explícitas ou nas tomadas de posição sempre preocupadas em manter a posição adquirida. Sem cair num objectivismo cómodo, e portanto sem privilegiar excessivamente os dados objectivos em detrimento de uma descrição explicativa da sua incorporação segundo as lógicas sociais de diferentes configurações objectivas, não há dúvida: num domínio como o espaço judiciário, altamente exposto a comentários interessados e destinados, através do senso comum, a pacificar numa sociedade antagonista os antagonismos antes considerados intransponíveis, só um tal objectivismo provisório promete garantir a ruptura sobre a qual se baseia no fim de contas essa transparência sem a qual não podemos passar, ao determinar o lugar da justiça num espaço social na sua totalidade.

No entanto, para fazer compreender o funcionamento da justiça e dos seus efeitos, não é suficiente optar de um modo abstracto por esta posição epistemoló-

gica, ultimamente posta em prática sobretudo por Pierre Bourdieu e o seu grupo de sociólogos¹. Ainda que, nomeadamente em história do direito, os investimentos teóricos que privilegiem a distância objectiva sejam cada vez mais indispensáveis, dados a falsa objectivação das intervenções jurídicas, o avanço de uma legitimação sistémica e o sucesso académico de uma justificação autopoiética do direito pós-moderno, o que falta é identificar sob essas premissas metodológicas, os materiais aparecidos entretanto que permitem definir o objecto de análise. Em busca dos fundamentos sociais de implantação jurisprudencial das normas juridicamente instituídas, assim como na procura da lógica específica da reprodução judiciária de regras implícitas da produção judiciária, encontramos-nos sempre perante a obrigação de concentrar as investigações sobre a *complexidade das condições estruturais de que resultam os julgamentos*. Dito de outro modo, a interpretação dessas normas e regras é função das análises das estruturas do campo de forças em questão.

Fazer a história

Este corte mostra-se tanto mais necessário quanto — como no caso da Espanha contemporânea — as dificuldades materiais, a relativa desorganização dos arquivos e o difícil acesso às fontes impressas, incitam a abandonar essas investigações, satisfazendo-nos com os temas próximos da autoprodução jurídica doutrinal. Sejam os esboços minuciosos, embora abstractos, porque ligados à evolução normativa da administração organizacional da justiça no quadro dos três poderes; sejam as prospecções textuais baseadas nas decisões publicadas e tendo como objecto de estudo a história dos dogmas jurídicos formulados pela alta jurisprudência; seja, para não citar mais que um exemplo, as paráfrases em forma de narrativa hagiográfica sobre a independência do juiz como sinal da modernização, do chamado aparelho estatal.

Enquanto a pesquisa sobre a justiça do antigo regime espanhol tem feito progressos notáveis no decurso destes últimos anos, no que respeita ao século passado apenas podemos dizer o contrário. Existem, no melhor dos casos, informações parciais ou descrições cronológicas, em parte por falta de preparação dos arquivos judiciais². A isto acrescenta-se o facto de que todo o interesse da historiografia estava orientado para a legislação respeitante à organização interna da

¹ Pierre Bourdieu / Jean-Claude Chamboredon / Jean-Claude Passeron, *Le métier de sociologue* (1968), Paris, 1980; Johannes-Michael Scholz, «Zur Soziologie des Justizbegriffs in den französischen Sozialwissenschaften», em «Ius Comune» (Frankfurt am Main) 16(1989) 179-217.

² Ver, por exemplo, Juan Francisco Lasso Gaité, «Aportación a la historia del Tribunal Supremo de España» (separata da *Revista general de legislación y jurisprudencia*), Madrid, 1969, pp. 1-72; Lasso, *Crónica de la codificación*, I (Organización judicial), II (Procedimiento civil), III (Procedimiento penal), Madrid, 1970 ss.; Lasso, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica (1714-1981)*, Madrid, 1984.

administração da justiça e para as leis que regulam as formalidades e os actos que têm de ser realizados para que se chegue a uma solução jurisdicional. Não apenas foi desprezada uma conquista sociológica segundo a qual não é a regra que orienta a acção, intervindo antes como objectivo das estratégias argumentativas³; é, neste ponto, significativo que a situação prática da norma oficial não tenha representado o papel que merecia. A esta negligência há a juntar a inexistência absoluta de estudos sistemáticos nos quais a prática judiciária poderia ser avaliada enquanto prática social, caracterizada pela concorrência entre os agentes históricos, nos quais os que dominam os campos do poder delegaram o direito de dizer o direito. Desta apresentação sumária, ressalta, que até agora, a administração da justiça espanhola não se constitui enquanto objecto de análise no âmbito das ciências sociais. E assim é, nomeadamente no que diz respeito ao período entre a reorganização da monarquia absoluta e o primeiro constitucionalismo de um lado; e, por outro, às tentativas de modernização e de profissionalização efectuadas a partir da segunda República e nos primeiros anos do Franquismo.

Mas, para além disso, a urgência de uma análise histórica da justiça espanhola contemporânea provém do facto de que, vistas as coisas de um ponto estritamente jurídico, a implantação de um Estado de direito em Espanha, ele mesmo centrado, pelo menos desde a constituição pós-franquista de 1978, sobre o seu equipamento judiciário, e antes do mais sobre o tribunal constitucional, depende em boa parte da sua competência. A este propósito, os conhecimentos sobre a sua própria história, as dificuldades de implantação e as relações com as outras forças sociais, são sem dúvida factos de primeira ordem. Para além de que as investigações que podem proporcionar tais conhecimentos levam a reflectir sobre o desenvolvimento nacional das formas de dominação no quadro de uma modernização geral, há ainda a considerar o facto de que a reflexão teórica sobre o direito, em Espanha como noutros lados, está marcada por uma enorme falta de conhecimentos sobre as práticas históricas votadas a concretizar o projecto normativo. E, por fim, a Espanha dos tribunais do século passado promete vir a ser um «field of studies» por excelência, de que a historiografia da produção judiciária no seu conjunto tirará proveito um dia, sobretudo se se investir também em métodos comparativos. Tudo leva a crer que dois fenómenos típicos suscitarão um interesse especial: o atraso da profissionalização da profissão de juiz e, correlativamente, a dependência quase total deste das relações de força sociais ou, dito de outra forma, a permeabilidade extraordinária do sector judiciário em relação ao campo social, apesar das afirmações constitucionais, inúmeras vezes repetidas, da independência do poder judiciário. A história da justiça e mais particularmente a do direito jurisprudencial cometeria um erro em desprezar o exemplo espanhol destes anos da lentíssima constituição de uma ordem

³ Pierre Bourdieu, «Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en oeuvre des réglements», em *Actes de la recherche en sciences sociales* (Paris), 81-82, (1990) 91.

jurídica, apoiando-se numa jurisdição judiciária submetida ao controle de um Tribunal Supremo.

A fim de romper com uma perspectiva que valorize a neutralidade do juiz e de abandonar uma visão externalista que não leva em conta a força normativa das decisões judiciais, qualquer projecto⁴ que diga respeito à justiça contemporânea em Espanha deve forçosamente favorecer os «expedientes personales» do fundo «Jueces y Magistrados» do «Archivo Histórico Nacional» de Madrid. Ainda que as primeiras sondagens mostrem que estes *dossiers* devem ser completados por outros, dos quais os fundos do Ministério da Justiça não são os menores, não restam dúvidas de que estes documentos fazem-nos esperar poder vir a observar, de uma forma sem igual, as propriedades da população dos juizes e magistrados, a produção judiciária, os seus produtos e suas consequências sociais, simultaneamente. Isto significa que esses dados permitem, pela primeira vez, tornar transparente um universo social antagonista, caracterizado pela especificidade dos seus produtos jurisprudenciais e as vantagens específicas de que dispõem os agentes jurisdicionais, orientando as suas estratégias e tomando como referente a autoridade judiciária, visando uma normalização social sem precedentes.

A massa de documentos e o objecto perseguido — basear os enunciados teóricos sobre as transformações da justiça e, primeiro, sobre a observação do corpo da magistratura da época a estudar —, exigem um tratamento informático e análises estatísticas prévias a qualquer estudo ulterior. É por isso que desde o princípio não se pôs a questão de iniciar sozinho uma empresa desta envergadura. O estado de conservação e a disparidade das informações exigiam não somente a formação de um grupo de trabalho que garantisse a investigação, sobretudo em Madrid, mas também a reunião de colaboradores — cuja formação, actividades e, por consequência, os interesses divergem — para testar assim a amplitude das questões que devem ser esperadas a partir do momento em que o banco será posto à disposição de todos. Desde o ano de 1988 participa, assim, Pedro del Pozo, civilista da Faculdade de Direito de Barcelona; António Serrano, especialista em filosofia do direito (Zaragoza), e Marta Lorente, uma historiadora do direito da Universidade Autónoma de Madrid. Sem esquecer também os grupos de estudantes madrilenos e do Max-Planck-Institut de Frankfurt, que ajudam a coligir os primeiros dados para preparar a exploração dos *dossiers* segundo uma construção teórica prévia, pela qual cada um dos membros do grupo assume — num momento próprio e no caso concreto — a responsabilidade. Concebido, organizado e equipado em grande parte por este centro de investigações históricas de Frankfurt onde outros especialistas tentam traçar o caminho para uma história europeia da justiça, desde os grandes modelos eclesiásticos da Idade Média, este projecto está, além disso, integrado num plano

⁴ Para um primeiro esboço, ver Johannes-Michael Scholz, «Projekt: Spanische Justiz im 19. Jahrhundert», em *Ius Comune* 15(1988) 209-229.

Franco-Hispânico de pôr de pé um banco de dados prosopográficos respeitantes à alta administração espanhola da segunda metade do século XVIII [C.N.R.S. (GRECO 30) e casa de Velasquez (Madrid)].

A este propósito não devemos esquecer a importância de uma tal organização, tendo por alvo do trabalho comum a constituição de um banco de dados. O facto de os membros do grupo se comprometerem a concentrar as suas investigações durante os próximos anos sobre as diferentes formas de fazer justiça na Espanha contemporânea, e de partirem para estas investigações sob condições totalmente diferentes e com interrogações diferentes; a discussão sobre os problemas encontrados na recolha dos dados, e até o facto de utilizarem (e, por conseguinte, de controlarem) a partir de agora o banco e as suas informações; bem como a necessidade de discutirem os meios informáticos e as potencialidades deste novo instrumento; tudo isto, enfim, coordena, mais do que todos os acordos explícitos, uma investigação que, a partir de agora, recusamos conscientemente a questionar. Isto significa que — em princípio — se provocam tanto as novas perspectivas, como se incitam as iniciativas, baseadas, em última análise, no trabalho colectivo, a saber, o banco dos juízes e dos magistrados, trabalho esse em que os investimentos de uns dependerem durante muitos anos dos esforços do outro.

O material submetido a este tratamento consiste essencialmente num *corpus* de cerca de 13 000 *dossiers* pessoais que, apesar do facto dos arquivos de Madrid falarem dos «Jueces y Magistrados», contém os «expedientes» de todo o pessoal judiciário do século XIX. Assim, pode encontrar-se num caso extremo, ao lado do *dossier* de um «portero», os papéis de um magistrado do «Tribunal Supremo», ainda que a quantidade de peças relativas à magistratura seja dominante. A preparação pelos mesmos arquivistas fez com que o *corpus* dos juízes e magistrados em questão não se possa — de momento — determinar de forma definitiva. A isto acresce o problema de que a documentação tem, por natureza, lacunas, mais não seja porque a forma de arquivar ou os critérios decisivos para uma carreira não foram sempre os mesmos ou sobretudo (pelo que se pode ouvir nos arquivos do Tribunal Supremo), porque a alta magistratura dispôs, graças à sua posição, dos meios para fazer desaparecer no momento oportuno os seus próprios *dossiers*. Donde a necessidade de recorrer primeiro aos «Guias de Forasteros» madrilenos para estabelecer um primeiro banco de dados, contendo apenas as informações elementares que eram dadas para descrever um posto numa localidade determinada num certo momento, ou seja, no ano do aparecimento de cada um desses almanaques tratados. Por difícil que seja a tarefa de reconstruir, sobre esta base, ao menos as carreiras, isto mostra-se cada vez mais indispensável, pois — à falta de arquivos organizados no Ministério da Justiça e, por este facto, de listas de nomeações — não há outros caminhos para definir o *corpus* da população a tratar em primeiro lugar. O facto de a imprecisão (para não dizer o caos) da utilização dos «nombres» e «apellidos» especialmente na primeira metade do século passado tornar a tarefa particularmente

frustrante, não deve desencorajar, dado o estado da investigação, e portanto a ignorância quase total no que respeita à justiça espanhola contemporânea.

Ao estudar de perto os «expedientes personales» nos arquivos do Ministério da Justiça, somos confrontados com incertezas semelhantes, suscitadas pelas negligências administrativas ou muito simplesmente por interesses divergentes de ver registados todos os méritos de cada um nestes *dossiers*. Estes podem, segundo a pessoa, variar facilmente de uma a 500 folhas, ou mesmo 1 000 folhas. Mas, graças aos sub-conjuntos de cada «expediente», constata-se, mesmo assim, em regra, uma certa estrutura, indicando as etiquetas das diferentes «pastas» a natureza do seu conteúdo. Trata-se, antes de mais, de um «extracto de secretaria» com esboços minuciosos de todas as etapas de uma carreira, incluindo as decisões do Ministério ou, por exemplo, dos resultados de uma junta de expurgo, como nos anos 1836 a 1837 ou de 1870 e 1875. Seguem-se capilhas que ostentam como títulos «Destinos que ha servido», «Meritos y servicios», «Incompatibilidad y incapacidades», «Informes y quejas», «Licencias y prorrogas» e «Indiferentes generales». Neste caso, o certificado de nomeação constitui o ponto de partida. Vêm a seguir os documentos que dizem respeito aos méritos extraordinários, bem como as qualidades ou faltas profissionais. Mesmo as cartas de recomendação não faltam. Outros dados dizem respeito aos tribunais onde alguns juízes estavam proibidos de exercer. Em consequência encontramos em lugares completamente diferentes, informações sobre a família, a situação económica do juiz em questão, ou a sua formação universitária, bem como os anos de advocacia antes ou depois do seu primeiro posto. Em particular, as queixas apresentadas ao Ministério e também os pedidos dos notáveis locais interessados em conservar o seu juiz, informam-nos sobre a prática quotidiana e sobre aqueles que tinham delegado o seu poder político a fim de que a paz social fosse garantida de uma forma judiciária. Assim, as trajectórias pessoais e profissionais tornam-se — uma vez ordenadas — transparentes, o mesmo acontecendo, consequentemente, com uma colectividade inteira que pretende, incessantemente, saber melhor o que é justo ou não. Para completar estes dados, dispomos, ainda em Madrid, de outros fundos. Pensamos, em particular, para a primeira metade do século passado, nos actos respeitantes à admissão no corpo dos «abogados de los reales consejos» e nas colecções de «relaciones de meritos» que remontam ao século XVIII. Para além disso, há mais documentos preciosos, infelizmente mal conservados e apenas com um esboço de ordenação das «classes passivas», a saber, dos reformados. Estes maços encontram-se nos fundos da «hacienda» do Arquivo Nacional ou, a partir de 1870, no Arquivo Geral da Administração em Alcalá de Henares. Dado que o pessoal de que tratamos se inclui, no caso dos juízes e magistrados, na categoria de «Licenciados en Derecho» e, por consequência, de potenciais advogados, são também do maior interesse os arquivos universitários e dos «colegios de abogados», por vezes num estado lastimável, como é o caso do dos advogados de Barcelona. Ao que se juntam, dadas as nossas perspectivas extremamente largas, as relações, peritagens e propostas guardadas agora nos gabinetes da

«Comision General de Codificación» junto do Ministério da Justiça. Por fim, os arquivos dos tribunais e, antes de mais, os do «Tribunal Supremo». As suas informações parciais — pois dizem respeito unicamente ao tempo em que um certo posto foi exercido, têm no entanto que ser completadas pelas notícias da «Gaceta de Madrid» que contém, entre outros dados, as listas de «escalafones» (N.T., categorias). Estas listas eram publicadas no boletim oficial a fim de fixar a categoria de cada funcionário da justiça face ao conjunto dos seus concorrentes.

Equipar o historiador

Por vezes não é suficiente dispor de ideias sobre o tamanho da amostra — especialmente num caso como o nosso, onde a falta de homogeneidade dos documentos, a diversidade dos objectivos a atingir e a heterogeneidade do grupo de investigação fazem constantemente correr o risco de nos perdermos no detalhe; é inevitável determinar os critérios de selecção das variáveis, pelo menos num primeiro tempo. Para dizer de outra forma: o banco de dados, e mais ainda os resultados a atingir, são função de um modelo teórico que alerta para o perigo de que as próprias fontes nos imponham uma segmentação do objecto de análise. Por exemplo, não é nada pacífico que, para essa biografia colectiva do pessoal judiciário, elaborada no fito de melhor compreender as possibilidades de pacificar os conflitos apresentados em tribunal, sejamos obrigados a dar atenção aos méritos patrióticos ou ao tempo de ausência dos detentores do poder de julgar.

Isto, por um lado, não permite a concepção lógica de todo o banco de dados, sendo certo que as normas das ciências sociais históricas a excluem também, por outro lado, a partir das suas racionalidades críticas⁵. Qualquer escolha de indicadores não controlada poria em causa a validade dos enunciados teóricos e, a este título, por exemplo, a comparação com as formas actuais de justiça. Quanto às variáveis explicativas, este modelo deve pois fazer prova, dia a dia, da sua capacidade em seleccionar a categoria dos factos que potencialmente incorpora para operar a reconstrução histórica. Em contrapartida, a pertinência histórico-jurídica de análise do campo da cultura jurídica e a riqueza dos parâmetros constitutivos de tal modelo constituem pressupostos prévios, visto este ter feito as suas provas noutra local⁶.

⁵ Hermann Kromrey, *Empirische Sozialforschung, Modelle und Methoden der Datenerhebung*, Opladen 1980.

⁶ Para nossa posição no quadro da sociologia bourdieusiana, ver Johannes-Michael Scholz, «Eléments pour une histoire du droit moderne», dans Joaquín Cerdá y Ruiz Funes / Pablo Salvador Coderch (eds.), *I seminario de historia del Derecho y Derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona-Bellaterra, 1985, pp. 423-524; Scholz, «L'obstacle épistémologique premier de l'historien du droit», em *Storia sociale e dimensione giuridica*, Paolo Grossi (ed.), Milano, 1986, pp. 275-312; Scholz, «La historia del Derecho como sociología histórica de la cultura», em *Anuario de historia del Derecho español*, 1988, pp. 499-507.

Por esta razão, apresentamos brevemente a nossa própria posição. Tendo em conta a diferença dos capitais disponíveis, bem como a diferenciação do trabalho na época moderna, a história do direito e especialmente a sociologia histórica da cultura jurisprudencial definem, como hipótese e acompanhando P. Bourdieu⁷, o poder judiciário em relação à sociedade na sua globalidade ou, o que vai dar ao mesmo, ao conjunto dos campos sociais. Produção simbólica, dizer o direito de uma forma jurídica e particularmente à maneira dos juizes e magistrados, significa constituir as regras da realidade e, simultaneamente, a realidade das regras específicas. A sua verdade social perdeu-se devido a um desenvolvimento relativamente autónomo do campo jurídico. É por isso que a justiça se distingue por um trabalho perpétuo de transcrição eufemizante das lutas sociais ou dos conflitos por forma a que tanto umas partes como as outras, e até mesmo os juizes, sejam obrigados, num como noutro caso, à força de mecanismos de desconhecimento, a reconhecer a redefinição judiciária dos capitais e, assim, a sua repartição desigual. Se, nomeadamente a alta magistratura, produz direito, é que ela, tal como os outros juizes, se baseia nos efeitos neutralizantes, com a conseqüente legitimação das intervenções judiciárias. Relacionar estas com os conflitos no seio do campo jurídico e ao seu sector judiciário, assim como com os antagonismos no exterior do espaço jurídico na sua totalidade, leva a pensar que o efeito simbólico destas intervenções provém do desconhecimento da sua autonomia face às exigências externas e à concorrência interna, enquanto que, na realidade, elas são homólogas tanto a uma coisa como à outra.

Por um lado, um tal ponto de partida justifica que um banco de dados de juizes e magistrados não deva renunciar a todo o tipo de aspectos geográficos, demográficos, sociais, económicos, culturais e ideológicos. Pois estes reflectirão, cada um à sua maneira, a capitalização e por isso a carreira possível, o que só pode ser feito à custa — ou, mais precisamente, em detrimento — do nível social dos outros concorrentes do mesmo sector, comparativamente desprovidos da competência de julgar em última instância. Por outro lado, este modelo permite decidir se certos factos merecem ser coligidos ou não. E daí que a complexidade dos dados seja pela primeira vez reduzida, o que aumenta o âmbito da rede complexa das relações de força sociais e, em última análise, a explicação das interacções que daí resultam. E, quanto à estrutura do banco de dados, relativamente ao agrupamento das variáveis, passa-se o mesmo. Daqui em diante pode-se determinar — até um certo grau — onde é que os dados recolhidos encontrarão os seus lugares, portanto em que «campo» devem ser registados.

Utilizando o *Dbase IV*, hoje o *software* de gestão de dados que constitui um *standard* internacional, e por isso de acesso mais fácil para todos os que trabalharem um dia com ele, previ um conjunto de seis bancos em relação mútua na qual o

⁷ Pierre Bourdieu, «La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique», em *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64(1986) 3-19.

primeiro consiste em seis sub-conjuntos: 12 campos relativos à identidade do indivíduo em questão, 23 para a sua formação, 18 dizendo respeito ao seu capital simbólico (v.g., as suas condecorações, produções literárias, adesão a sociedades científicas, prestígio social junto dos notáveis locais, ou os seus méritos em geral), 4 para o seu capital económico herdado ou adquirido, 12 relativos à sua posição política, incluindo as suas relações com a Igreja, e enfim 6 campos especiais, os «MEMOS» de uma dimensão praticamente ilimitada, previstos para informações que reenviem para as fontes exploradas, para temas de um interesse geral para toda a pesquisa sobre a justiça, ou para membros da família igualmente empenhados no mundo dos juristas. Um banco à parte de 42 campos diz respeito à família mais próxima, a saber, os pais e os avós, os filhos e a mulher. O terceiro banco de dados diz respeito aos diferentes cargos judiciais, tal como eram exercidos na justiça ordinária (17 variáveis). É aqui que se regista: primeiro, se se trata de um posto a título honorífico ou de uma função efectivamente exercida; em seguida, encontram aqui o seu lugar as indicações relativas à nomeação, à tomada de posse, assim como à demissão, mutação ou destituição, sem esquecer a categoria oficial de que beneficiava o titular. Para tomar nota dos pedidos de outros postos judiciais e, assim, do caminho real das carreiras ou dos seus impasses, em suma, da hierarquia social da organização da justiça espanhola ao longo do século passado, dispomos de um banco especial de 6 variáveis. Finalmente, dispomos, ao lado, de um banco de dados no qual serão registadas as autorizações para se ausentar do lugar de trabalho, indícios de primeira ordem para analisar o funcionamento concreto do aparelho judicial (6 variáveis).

Do ponto de vista estratégico, houve que tomar, em primeiro lugar, uma série de decisões. Assim, limitamo-nos de momento a explorar os *dossiers* dos juizes e magistrados começando pelas letras D, J, L, N ou S, visto que o registo dos dados fornecidos pelos «guías de forasteros» e, posteriormente, a identificação dos titulares ainda vai demorar. Neste momento, é praticamente impossível determinar uma amostra que corresponda ao rigor das regras estatísticas. Ainda que tenhamos que verificar, de passagem, os «expedientes personales» do fundo dos «Jueces y Magistrados» ao «Archivo Histórico Nacional» referindo-se a outros cargos tais como os postos de «Fiscales», dos «Relatores», etc., estas informações rudimentares não são registadas no grande banco de dados, enquanto um tratamento exaustivo não for possível, por falta de outros colaboradores. Formar boas equipas experimentadas, em Madrid, para tratar minuciosamente um tal volume de documentos não é problema de somenos, para não falar dos problemas do apoio financeiro, do lado espanhol ou alemão.

Pelo facto de que, em regra, a homogeneidade das fontes tratadas parece essencial para qualquer exploração estatística de dados, é necessário constatar que o nosso projecto se limita, no estado em que nos encontramos, a registar as informações consideradas mais homogêneas. Isto leva-nos a redefinir os nossos objectivos. Tal como se apresenta agora, o banco de dados tende, antes do mais, a informar

sobre as trajectórias individuais, a dar conta dos temas interessantes e a formar dicionários biográficos à maneira de Anne Blanchard, no que respeita aos engenheiros militares franceses, ou de Filippo Ranieri, para os juristas alemães do Antigo Regime⁸. É somente pela continuação, após as preparações suplementares, que ele se prestará a explorações estatísticas de primeiro ou segundo grau, a saber, de estatísticas descritivas e análises multifactoriais, por exemplo.

Contrariamente às séries de documentos estruturados e por natureza praticamente quantificáveis, os nossos *dossiers* exigem um registo prévio e prevêm mesmo os casos inesperados. Por exemplo, as informações relativas ao capital económico mostram uma tal heterogeneidade, que somos forçados a aproveitar as vantagens de *Dbase IV*, e a existência dos super-campos «MEMOS», a fim de coligir também as indicações mais vagas. Pensamos, v.g., em alusões como a de que certo juiz se via desprovido de todo o apoio material porque o Ministério, tendo falta de dinheiro disponível, não conseguia — ou só com muito atraso — remunerar os serviços prestados em nome da justiça. Isto significa, reunir mesmo os detalhes mais ligeiros e colocá-los, mesmo assim, à disposição das pesquisas automáticas ulteriores e, portanto, a codificações posteriores.

Outras vantagens resultam ainda do facto de que a falta de homogeneidade impede que nos fechemos num modelo explicativo, único em que nos baseemos, de uma vez por todas, na estrutura e nas variáveis do banco de dados. Do mesmo modo que, face à variedade de dados informatizados, os próprios conceitos de Bourdieu sobre os quais se fundam as decisões de base, devem estar sempre a ser revistos, também se teve que admitir que o banco central alberga uma infinidade de outros bancos de dados, acessíveis na perspectiva de modelos teóricos diferentes. Sinal disso é, por exemplo, a estrutura de uma grande quantidade de campos, possibilitando, em princípio, graças à capacidade de *Dbase IV*, de identificar os «substrings», que se coloque automaticamente um código *ad hoc* na primeira posição, sem mudar a mínima coisa ao resto do campo. Por outras palavras: questões especiais exigem, mas permitem ao mesmo tempo, bancos de trabalhos específicos, elaborados a partir do ficheiro principal dos juízes e magistrados. No caso em que, além disso, se pensar recorrer a *software* estatísticos tais como SPSS ou ADDAD, um código numérico será acrescentado obrigatoriamente⁹. Por conseguinte, aquilo a que nós chamamos bancos de trabalho é, na realidade, uma série de bancos de dados parciais

⁸ Anne Blanchard, *Dictionnaire des ingénieurs militaires (1691-1791)*, Montpellier, 1981; Filippo Ranieri (ed.), *Biographisches Repertorium der Juristen im Alten Reich*, I (E)-II (A), Frankfurt am Main, 1987 e 1989.

⁹ Sobre a passagem de um banco de dados prosopográficos à estatística, ver, por exemplo, Jean-Philippe Genet, «The PROSOP System», em Peter Denley / Deian Hopckin (eds.), *History and Computing*, Manchester, 1987, p. 192.

e retrabalhados¹⁰. A sua exploração estatística, por exemplo, supõe duas técnicas que podemos também combinar: seja a de reutilizar as variáveis do ficheiro central, seja a de recodificar outras variáveis sobre a base do banco de dados principal. O mesmo é dizer que, no último caso, qualquer análise do campo no sentido de Bourdieu exige que se coloque, pelo menos a partir de agora, em primeiro plano, os critérios discriminantes dos grupos ou fracções¹¹. E é através deste reforço explicativo que a lógica social se revela e a interpretação do produto judiciário ganha em plausibilidade.

Preparar a análise

Vemos que os instrumentos informáticos não devem reduzir o campo de acção de investigadores trabalhando isolados ou em equipa, pois a própria abertura a novas questões determina também as análises que acompanham o trabalho consagrado ao banco de dados. Desde que os investimentos visem tornar transparente o conjunto social da normatividade judiciária e não somente uma recolha de factos, ainda por cima, erradamente tomados por dados brutos, é óbvio que as diligências para pôr de pé um ficheiro electrónico são fundamentadas em reflexões prévias, bem como em resultados parciais. Neste quadro particular, os estudos metodológicos são da máxima importância. Daí os quatro trabalhos relativos aos métodos em história da justiça por nós apresentados ultimamente: um estudo sobre a sociologia judiciária enquanto modelo para qualquer história seriamente interessada em pôr em contacto os dispositivos, os produtores e os efeitos das intervenções jurisdicionais; e três críticas de base da historiografia espanhola mais respeitada, a fim de ultrapassar esforços que, a meu ver, em vão tentaram elucidar a forma de fazer justiça¹².

Ao longo dos anos que vêm, o controle de um projecto de tal amplitude não se pode limitar a praticar operações técnicas, destinadas a estudar a potência dos suportes lógico-electrónicos ou a capacidade dos bancos de dados, com base, por exemplo, nos cem primeiros indivíduos registados. O que falta, também, são hipóteses bem fundamentadas, pouco importando que elas se baseiem em sondagens-

¹⁰ Muito ilustrativo a este propósito André Zysberg, «Un peu d'analyse factorielle. Arsenal informatique et vieilles dentelles prosopographiques — quand les généraux d'Empire deviennent fantassins», em *Médiéviste et ordinateur*, (Paris) 10 (1983) 11-16(13,15).

¹¹ Ver Christophe Charle, *Problèmes de traitement informatique d'une enquête sur trois élites*, em: *Hélène Millet, Informatique et prosopographie*, pp. 233-246(233).

¹² Cf. Johannes-Michael Scholz, «Soziologie des Justizbegriffs» (N. 1), em *Ius Commune* 16(1989) 179-217; Antonio Serrano, «Die 'Doctrina Legal' des spanischen 'Tribunal Supremo' in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs», *ibidem*, pp. 219-247; Serrano, «Paradoxe Justiz als thema. Zu Diskussion und Forschungsstand in Spanien, Ein Beitrag zur Justizhistorik», em *Ius Commune* 17(1990) 1-39 (tendo em conta ao mesmo tempo Francisco Villacorta Baños, *Profesionales y burócratas. Estado y poder corporativo en la España del siglo xx (1890-1923)*, Madrid, 1989).

-piloto, às quais falte ainda, em boa parte, o material quantificável e, por consequência, peso estatístico adequado. Assim, temos dirigido a atenção para a alta permeabilidade do campo jurídico espanhol e do seu sector judiciário, e isto contra todo um discurso autóctone realçando a autoridade do juiz; tratava-se de sublinhar a importância do capital simbólico de que os detentores autorizados do capital jurídico-simbólico dispunham; e chegámos a detectar a lógica de mercado das carreiras dos juízes e magistrados, na qual as trocas (permutas) de postos são tão significativos como a tendência a abandonar um lugar próximo dos seus bens herdados ou adquiridos apenas para subir de posto¹³.

Dada a falta geral de conhecimentos precisos sobre o funcionamento e integração social da administração da justiça espanhola contemporânea, um outro membro da equipa fez uma apresentação pormenorizada das condições de acesso aos diferentes postos da justiça municipal, neste caso numa pequena vila catalã, alguns anos antes do fim do século XIX¹⁴. Igualmente típico pela forma de emprender as investigações de fundo é um trabalho que se debruçou sobre um problema surgido no curso da investigação, pois, no caso da Espanha, do século passado até hoje, os mecanismos administrativos continuam ainda em boa parte obscuros. Pelo que se justificou um ensaio sobre os funcionários judiciários e a sua classificação por categorias*. Por um lado, visando tornar explícito o funcionamento técnico da categorização, pela qual o Ministério da Justiça facilita, segundo parece, as nomeações a partir de meados do século; mas esta primeira aproximação de duas realidades, da hierarquização mais vaga e da neutralização política em proveito da autoridade judiciária, contribui por outro lado, desde agora, para uma análise geral do nono objecto de estudos que, até agora, carece de uma construção global¹⁵. O mesmo se passa com o plano de um dicionário de investigação histórica para a justiça espanhola contemporânea. A sua preparação acompanhará o trabalho quotidiano e permitirá, para além disso, contactar outros investigadores interessados, ao mesmo nível, nos problemas práticos, tais como o significado de postos ocupados, seja em propriedade, seja somente «interinamente». Para terminar, foi também iniciado um banco de dados contendo um catálogo de assuntos e de problemas abordados nas revistas jurídicas a partir dos anos trinta do século passado. A sua riqueza insólita quanto às notícias sobre a justiça leva a não se contentar com as informações habituais.

¹³ Ver Johannes-Michael Scholz, «Rendre justice. Eléments pour une histoire contemporaine de l'espace judiciaire espagnol», em *Mélanges de la Casa de Velázquez*, (Madrid), 25(1989) 355-379.

¹⁴ Pedro del Pozo, «L'accès aux postes de la justice municipale: Vilafranca del Penedés (1881-1895)», em *Ius Commune*, 17(1990) (no prelo).

¹⁵ Antonio Serrano, «Der Richter als administrative Kategorie. Zur Semantik des Staates in Spanien (19. Jahrhundert)», em *Ius Commune*, 17(1990) (no prelo).

* Trata-se do trabalho de A. Serrano, publicado neste número de *Penélope*.

No entanto, não há dúvidas que duas questões são absolutamente inevitáveis porque de uma importância primordial: em primeiro lugar, a formação de juízes juristas, e depois, as condições de criação do Direito pelo próprio aparelho jurisdicional. Fazer a história da justiça espanhola sem cair em armadilhas de uma história social sem direito, conduz obrigatoriamente aos problemas da profissionalização e do direito jurisprudencial. Num país como a Espanha pré-franquista, onde uma Escola de Magistratura se fará esperar ainda por muito tempo, estamos constantemente expostos ao perigo de não ter resposta para a questão de saber como é que futuros juízes adquirirão a competência necessária, por forma a que as decisões sejam consideradas como legítimas. De momento temos a constatar que, no início da modernização judiciária, ou seja, por volta dos anos trinta do último século, os juízes e magistrados se recrutavam de entre os candidatos que tivessem adquirido um conhecimento prolongado dos «diferentes negocios forenses en sus diversas graduaciones», nomeadamente se pretendiam alcançar alto posto¹⁶. O que se pede, é uma formação múltipla. Mas tudo leva a supor que, em breve, uma tal experiência acumulada não chegava. Conceber a inamobilidade e independência do juiz sem pensar no acesso à carreira e nas promoções ulteriores de uma forma estritamente judiciária tornou-se cada vez mais difícil. Mesmo se o grosso dos juristas espanhóis estava ainda muito arreigado ao antigo ideal de um jurista apto a fazer qualquer trabalho, e mesmo que a Espanha nunca consiga aproximar-se do modelo alemão de uma formação teórico-prática, particularmente orientada para a profissão de juiz, a partir de meados do século começou a estar na ordem do dia, entre os reformadores mais ousados, como Joaquín Francisco Pacheco ou Francisco de Cárdenas, a prática de uma educação especial, formação que só nos tribunais se pode adquirir. Isto significa que qualquer investigação sobre a história das «oposiciones» ou do «cuerpo de aspirantes à la judicatura», história até hoje totalmente por escrever, tem que estar sempre consciente do facto de que em Espanha as exigências visavam, mesmo mais tarde, um *habitus* de juiz formado por uma aprendizagem no próprio trabalho e não uma magistratura cujo recrutamento obedecesse a regras explícitas¹⁷.

O direito jurisprudencial — centro de gravidade

No cruzamento de uma análise da evolução do direito e da história da profissão de uma das micropopulações que geram a ordem social, a análise histórica da administração da justiça deve necessariamente examinar os seus mecanismos de reprodução jurídica. Seria impossível compreendermos o campo jurídico e os seus

¹⁶ *Real decreto* de 6 de Outubro 1835 (preâmbulo); Florencio Garcia Goyena / Joaquín Aguirre, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, V, Madrid, 1842, p. 258.

¹⁷ Sobre este ponto, ver antes do mais Emilio Bravo, *De la administración de la Justicia*, Madrid, 1864, pp. 228-238.

mediadores do sector judiciário, se toda a nossa atenção não se centrasse também nas normas jurisprudenciais como última garantia legítima da diferenciação da prática jurídica, mais precisamente como manifestação quotidiana do carácter inevitável de uma tal mediação e, por isso, da necessidade de um corpo judiciário que não tem par. Tal como os juristas do século passado proclamaram, na sua maioria, que só a lei podia estabelecer as regras de direito, e que basta interpretar as normas legais para encontrar a solução para as múltiplas dificuldades da prática jurídica, assim é também urgente reorientar a investigação sobre a ordem normativa para mostrar até que ponto a jurisprudência constitui um seu elemento fundamental.

Uma outra leitura dos textos do mesmo século XIX repararia imediatamente que não chega constatar as regras internas mais ou menos explícitas segundo as quais os tribunais de Espanha criaram as normas jurídicas. Apercebemo-nos assim, por exemplo, que ao apresentar em 1968 a lei da «unificación de fueros», centralização das jurisdições de outrora, o Ministério da Justiça defendia a uniformidade da competência jurisdicional. Para o Ministério a autoridade judiciária — e acrescentemos — o reconhecimento da posição social da magistratura — é função do facto da justiça ser prestada o mais uniformemente possível. Qualquer divergência evidente colocaria «la voluntad del Legislador, y de Los mismos Tribunales» em causa. O que falta fazer, ainda segundo a mesma instância, é assegurar, custe o que custar, que o «Tribunal Supremo» institua, de facto, as normas jurisprudenciais através do processo da «doctrina legal» para que a ordem legal reine realmente¹⁸. Seja como for, referir-se unicamente à competência do Tribunal Supremo, e às exigências da *cassation* ou à hierarquia das fontes do direito para demonstrar o poder pretoriano da jurisprudência do «Tribunal Supremo», tal como Jacques Bernard Herzog o fez, há cinquenta anos, de uma forma exemplar no duplo sentido da palavra¹⁹, não substitui uma análise detalhada. Esta também deve tomar em consideração as condições sociais e forma de dominação das quais o direito jurisprudencial, nos casos em que ele existe, faz obviamente parte.

Dadas as exigências de tal análise histórica, esta miopia parcial marca também qualquer estudo que parta da discussão actualmente em curso na Alemanha sobre a evolução do direito através do desenvolvimento da jurisprudência. Na medida em que o historiador se deixe impressionar pelas defesas que apenas sublinham a necessidade absoluta do direito jurisprudencial, a sua perspectiva linear já não lhe

¹⁸ Decreto-Lei de 6 de Dezembro 1868 (preâmbulo), em *Código judicial. Colección completa de disposiciones orgánicas y complementarias, sobre administración de justicia por la jurisdicción ordinaria y por las especiales de Marina, Guerra, etc. Jurisprudencia, formularios, notas y indices, por la Redacción de Gaceta Administrativa*, I, Madrid, 1904, pp. 10-11.

¹⁹ Jacques Bernard Herzog, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par la juridiction de cassation*, Toulouse, 1942.

permite observar nem as longas durações, nem as conjunturas, porque tais sugestões o impedem de ver tanto as configurações sociais na sua temporalidade como o direito que delas decorre. Tudo parece indicar que a doutrina oficial dos juristas de hoje não consegue libertar-se dos preconceitos do positivismo, tal como era típico na época das grandes codificações²⁰. Mas nem mesmo para os críticos do positivismo as coisas se passam de outro modo. Tomado neste sentido, o abandono do problema da legalidade do direito jurisprudencial em benefício da sua legitimidade, interessa-nos como historiadores, visto que nos servimos, tanto quanto podemos julgar, de uma tautologia jurídica, quando nos referimos à diferenciação do trabalho normativo no momento do Estado do Direito. No que diz respeito ao método teórico com vista a uma verdadeira construção do objecto da análise histórica, pelo contrário, ainda estamos insatisfeitos.

O mesmo se passa com a descrição comparativa. A este propósito, poderíamos pensar, em especial, nas diferenças entre o «case law» anglo-americano e o «codified law» do continente europeu, o que, em última análise, significa confrontar o pensamento axiomático com conceptualizações estritamente ligadas aos problemas a resolver. Mas em vez de confiar, como historiador de direito jurisprudencial espanhol, em comparações superficiais, melhor seria lembrar as reacções que o livro «Grundsatz und Norm» de Josef Esser²¹ — neste domínio jurista-comparatista tipicamente alemão — provocou a partir dos anos setenta entre todos aqueles que até então contavam como mestres do direito puro. De acordo com o seu apelo à prudência²², eles viam as suas posições sociais em perigo pelo facto de que, através da confrontação comparativa de dois pensamentos jurídicos, poder-se-ia vir a desqualificar a representação doutrinal da prática judiciária em proveito das intervenções dos juristas práticos como mediadores últimos nas relações sociais tal como o Estado de Direito permite pensá-las. Esta abordagem não põe o historiador ao abrigo de curto-circuitar de uma forma análoga, a sua tarefa que, neste caso, consiste em procurar apenas os argumentos históricos. Antes de reconhecer o valor do direito jurisprudencial, seria necessário explorar antes o peso que lhe atribuíram ao longo dos últimos séculos, seja no mundo da «common law», seja no continente. A este propósito, devem relacionar-se antes do mais, por um lado, a forma e a situação do facto da mediação judiciária e por outro, as opções políticas e os ganhos ou perdas de terreno das elites jurídicas num dado momento. Apesar do facto de

²⁰ Cf. Friederich Müller, «Richterrecht — rechtstheoretische formuliert», em *Richterliche Rechtsfortbildung (Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg)*, Heidelberg, 1986, p. 67.

²¹ Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 2. ed., Tübingen, 1964.

²² Sobre este ponto, ver por exemplo Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts*, München, 1982, pp. 227-234.

que a «cientificidade» da representação alemã do problema de que se falou não facilita a sua descoberta enquanto auto-descrição interessada: esta representação está mais próxima do que parece de uma das últimas visões da «Doctrina legal» abertamente catalanista, não obstante o facto de Coca Payeras — um doutoramento de Barcelona e um lugar de professor nesta faculdade a isso obrigam... — advogar, aqui sem distanciamento visível face ao direito doutrinal, a existência de um tribunal supremo catalão, opondo-se ao privilégio exclusivo do «Tribunal Supremo» em Madrid²³ quanto ao direito jurisprudencial.

Em contrapartida, o que constitui para o historiador do direito judiciário o objecto de pesquisa, não é o ter de se fundar sobretudo neste discurso propriamente jurídico, mas sim de analisar os agentes que conduzem estas lutas simbólicas, os instrumentos específicos que eles utilizam e as estratégias objectivas que eles põem em acção, sempre tendo em conta as relações de força no exterior do sector jurídico ou do campo social em geral. Para isso, falta, no entanto, especificar o modelo teórico acima mencionado. Relativamente ao direito jurisprudencial, em particular, identificamos, nomeadamente, os quatro critérios seguintes.

1. Nada impede supor que o segmento judiciário está muito fortemente determinado por uma dupla lógica social, operando sob a forma de uma homogeneidade hierarquizada. O reconhecimento das decisões e, assim, a legitimidade da repartição desigual de bens, direitos, deveres ou honras efectuada por juízes competentes em matéria de conflitos, ainda que aparentemente libertos dos conflitos sub-lunares, parecem aumentar proporcionalmente ao grau de homogeneidade de que qualquer representação da administração da justiça tira proveito para fazer crer numa justiça bem ordenada. Numa outra ordem, mas totalmente correlativa, o mesmo se dá com os efeitos de uma pirâmide de postos minuciosamente equilibrados, pois não é por acaso que é justamente dela que os reformadores da justiça espanhola esperavam, no século passado, uma profissionalização suplementar do pessoal e, por conseguinte, um aumento de autoridade jurisdiccional²⁴. Na medida em que o discurso dos juristas pretende ser binário, segundo Niklas Luhmann, a actividade judiciária, uma das partes centrais do discurso jurídico, perderia toda a sua autoridade se não se opusesse aos efeitos negativos decorrentes de decisões contraditórias. O poder simbólico do discurso jurídico globalmente considerado, a sua legitimidade, depende essencialmente do facto de que as divergências estruturais do sector judiciário não se manifestam e de que, consequentemente, a hierarquia real dos seus produtores não faz pensar na arbitrariedade histórica. Facto sem o qual, tanto a lei, como o direito jurisprudencial — na verdade, a última instância normativa — ficariam sem eco social.

²³ Miguel Coca Payeras, *La doctrina legal. Estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1980.

²⁴ Ver, particularmente, Bravo, *Justicia* (N. 17), pp. 217-219.

Estamos pois no direito de pensar que o direito jurisprudencial não teria força, se para lá dos textos legais, os dispositivos de ordem hierárquica não garantissem, além disso, uma certa auto-disciplina normativa dos juízes e magistrados. Dito de outra forma, as regras jurídicas no seu todo não teriam autoridade, sendo tentados a acreditar que poderíamos passar sem os serviços dos juristas, o que estaria em oposição a toda a divisão do trabalho característica da sociedade moderna. É assim que, ao invés do que podemos observar graças, por exemplo, aos *dossiers* pessoais dos Arquivos Nacionais em Madrid, os juízes recusariam as possibilidades históricas às quais eles devem, no fim de contas, a sua própria posição social. Em virtude do direito jurisprudencial ser controlado pela alta magistratura, conseguimos, como mostram as aparências, aceitar melhor do que antes, que o espaço jurídico, e particularmente o seu segmento judiciário, está, por natureza, em boa parte liberto das lutas sociais que os consumidores conhecem bem de mais para acreditarem voluntariamente numa instância última, cuja neutralidade relativa seria, ainda, a melhor garantia da resolução equilibrada dos conflitos de interesses antagonistas.

2. Para fazer a história da auto-disciplina normativa do poder judiciário, é o conceito de «aspecto exterior» no sentido de Bourdieu²⁵ que mais útil se torna no decurso de uma análise dos campos. Isto não quer dizer que, por princípio, estes sejam equivalentes. Falar do «aspecto exterior» dos juízes espanhóis ou de uma das suas fracções exige que se revelem, antes de mais, os princípios geradores e organizadores de práticas e de representações, a saber, as disposições colectivas inculcadas duradouramente, porque produzidas pelas histórias destes grupos e não apenas por meio das regras explícitas e de uma orquestração expressa. Considerando que este conceito permite captar tanto as estruturas específicas como os esquemas engendrados por estas histórias, este ponto de partida sociológico permite pensar simultaneamente o papel dos «aspectos exteriores» no seio da economia judiciária, e a evolução do direito jurisprudencial. Poderíamos, para simplificar, dizer também que o mesmo direito se revela como um programa auto-correctivo que não tende, de modo nenhum, a reduzir as condições imediatas das produções, o número de soluções sendo também ilimitado. Mas se assim é, a constituição das normas resultantes do poder de que o juiz está investido, resulta do facto de que as condições gerais nas quais a configuração externa profissional funciona, se deslocam: a sua adaptação é, até certo ponto, constitutiva do ajustamento normativo — como, nomeadamente, a alta magistratura o pratica — para manter a concordância das diferentes decisões judiciárias.

Desta maneira, é possível analisar tanto o lado emissor como o lado receptor da jurisprudência, ou seja, das soluções sugeridas por um conjunto de decisões

²⁵ Sobre este ponto, ver particularmente Pierre Bourdieu, «Structure, habitus, pratiques», em Bourdieu, *Le sens pratique*, Paris, 1980, pp. 87-109; et Bourdieu, *Leçon inaugurale faite le vendredi 23 avril 1982, Collège de France, Chaire de sociologie*, Paris, 1982.

suficientemente concordantes, executadas pelas diferentes jurisdições sobre uma questão de direito. E é praticamente certo que aparecerão assim, através de uma análise de casos, os sub-campos do sector judiciário propriamente dito, as suas disposições divergentes. Por um lado, ocupar-nos-emos dos juízes e magistrados inferiores e, por outro, da alta magistratura à qual, pelo que sabemos, cabe, em primeiro lugar, fazer as diligências necessárias a fim de que a auto-disciplina dos agentes judiciários seja respeitada ou, o que vem dar ao mesmo, a fim de que a ordem legal seja completada por um direito jurisprudencial. Orientada pelos princípios de «thick description» tais como os que a antropologia histórica partilha com a etnologia cultural²⁶, a análise dos fenómenos mínimos pode vir a ser um acto bastante clarificador, a partir do momento em que se concentra, em primeiro lugar, sobre a constituição social dos valores e as oposições — raramente aparentes, por receio de pôr em risco a autoridade judiciária no seu todo — entre os grupos, em que cada um se esforça por impor ao outro a sua própria percepção do mundo da justiça.

Pensemos só na inauguração anual do «Tribunal Supremo», nas tocantes pompas e solenidades, de que o edifício majestoso é teatro. De forma discursiva ou não, é aqui, ou no momento dos «discursos de abertura» das «audiências», portanto em frente aos tribunais de segunda instância, que se impõem ou adoptam as linhas directrices de conduta. O mesmo se passa com os «libros de informes». Apesar do facto de que de momento só dispomos dos extractos reproduzidos nas «expedientes personales» em questão, não há dúvidas de que se trata, sob este ângulo, de uma fonte de primeira ordem, visto que estes relatórios contêm elogios ou críticas (que indirectamente, constituem sanções disciplinares, como forma de reprovação oficial das atitudes ou acções de um funcionário judicial). Ou, por fim, os «méritos». Apon-tados nos mesmos *dossiers*, ou ainda, em geral, num caderno à parte, eles decidem das recompensas, da carreira e, por consequência, dos monopólios de alto controle judiciário, a saber, por último, daquilo que aos olhos de todos aparece como direito jurisprudencial.

3. Historicamente, o que é verdade sobre a constituição das normas vale também para todo o tipo de decisões judiciárias. A autoridade e as obrigações daí resultantes não provêm da configuração textual, mas antes do mais da posição social dos mediadores dos conflitos evocados perante o tribunal. O que vem a ser, quanto ao direito jurisprudencial estabelecido pela alta magistratura, um acto de monopolização. Caso contrário, não ficaríamos em ligação estreita com os dominadores de outros campos sociais, por forma a que o seu capital não pudesse ser

²⁶ Clifford Geertz, «Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture», em *Geertz, The Interpretation of Cultures. Selected Essays*, New York, 1973, pp. 3-30; no que toca ao lado alemão, ver particularmente Hans Medick, «Missionare im Ruderboot? Ethnologische Erkenntnisweisen als Herausforderung an die Sozialgeschichte», em *Geschichte und Gesellschaft*, (Göttingen), 10(1984) 295-319.

relacionado com o capital profissional dos magistrados da ordem judiciária, faltando, assim, a explicação do seu poder, enquanto poder delegado.

Não que nos obriguemos por isso, a supor uma interdependência sem fronteiras dos campos. O problema é, sobretudo, o de se dar conta, com Bourdieu e a sua experiência em outros campos, das homologias sociais enquanto modificações das mudanças sócio-políticas externas e reestruturações internas, estruturando as relações de força social no exterior do segmento judiciário. Foi nesta base, e apenas em algumas linhas, que Yves Dezalay nos fez compreender, pela primeira vez, o declínio da justiça dos notáveis franceses no século XIX²⁷. No caso particular do direito jurisprudencial, temos que investigar as coincidências, primeiramente entre os interesses de todos os que estão, segundo a divisão de trabalho, objectivamente destinados a garantir a adaptação contínua da ordem jurídica e a sua plenitude, a sua integridade e, ainda, entre as vantagens e os trunfos dos outros que, consciente ou inconscientemente, dão autoridade às decisões judiciárias competentes, ao permitirem uma tal prática normativa, graças ao seu próprio poder. Pouco importa que nos ocupemos de interesses idênticos, o que interessa são as estruturas de campo homólogas.

Dado que as relações de força social no interior e no exterior do sector judiciário têm uma função de intermediação devia-se começar a prova dos factos no ponto em que a transferência tácita de poder parece estar perturbada; e, por falta de autoridade judiciária, toda a constituição de normas jurisprudenciais ameaçada, desde o princípio, de se tornar inoperacional. No que diz respeito aos juízes inferiores, os *dossiers* pessoais fornecem-nos, a este propósito, bons exemplos que nos levam a colocar boas questões, em primeiro lugar sobre os magistrados superiores. Referimo-nos, aqui, especialmente às petições dos notáveis locais, pedindo a anulação da transferência do juiz que exerce efectivamente funções na sua vila ou pequena aldeia. É bem significativo que, neste caso, os signatários façam os possíveis para que não se duvide da neutralidade do juiz exigido. O facto de tais documentos terem sido cuidadosamente guardados nos arquivos do Ministério da Justiça demonstra até que ponto o êxito na profissão daí dependia; e, com isto, encontramos-nos perante uma característica que também é própria do direito jurisprudencial posto em vigor pelos magistrados colocados no topo da escala, como veremos a seguir.

4. Enquanto que mesmo a interpretação inter-textual dos decretos de anulação do Tribunal Supremo parece insuficiente para tornar transparente a função social das técnicas associadas à instituição das normas jurisprudenciais, a atenção deve ser

²⁷ Yves Dezalay, *Justice en dentelle, justice en abattage. Esquisse d'une économie politique de la justice négociée. Approche historique et comparative* (Conférence présentée au Centre de Recherche en Droit Public, le 17-12-1987, Faculté de Droit, Université de Montréal).

dirigida para as condições institucionais. Caso contrário, ficaríamos impossibilitados de captar, não apenas a concessão socialmente acordada, mas também o impacto da abstracção e da persuasão efectuadas nesta ocasião pela alta magistratura. No entanto, também não é suficiente falar, a esse respeito, dos órgãos encarregados de administrar a justiça, nem fazer uma descrição mais ou menos precisa do processo, do conjunto das formalidades que devem ser seguidas para submeter uma pretensão à justiça. A análise histórica do direito jurisprudencial exige para além disso, que se tome em consideração a história sócio-profissional dos que são responsáveis por ela. Não temos dúvidas que sobre este ângulo, só um banco de dados prosopográfico em que as distinções que estão em jogo são registadas o mais exactamente possível, pode prestar bons serviços. Que ilusão acreditar que podemos descrever a história institucional sem um banco de dados, a saber, sem medir sistematicamente e de uma forma informatizada os capitais que marcam a distância, entre os membros da alta justiça que estabelecem o direito jurisprudencial e os outros agentes judiciários da, se se quiser, «baixa» justiça, estes tendo apenas que obedecer. Se uma história da «doctrina legal» incluindo as suas normas jurisprudenciais, nos parece possível, é porque, nessa base, esperamos vir a relacionar o espaço de relações no qual se movem os agentes implicados e a reorganização institucional da administração da justiça espanhola.

Têm também importância mesmo as pretensas banalidades, como a celebração pomposa das diligências do «Tribunal Supremo», e isto, em oposição ao equipamento modesto dos outros tribunais com os seus procedimentos de mediação relativamente informais. Para além disto seria necessário constatar as técnicas ritualizadas de que resulta a sentença definitiva, sem esquecer as figuras retóricas, as palavras de ordem estereotipadas, toda uma estilística assegurando uma uniformidade, de modo algum pré-estabelecida, dos «puntos de Derecho», forma sobre a qual se manifesta a partir da segunda metade do século passado, o direito jurisprudencial nas compilações de jurisprudência de qualquer tipo. E o mesmo se passa no que toca à publicação de tais enunciados, da distribuição efectiva da linguagem de autoridade judiciária, e do seu acolhimento junto de um público, que nele estava, parece-nos, especialmente interessado. Pensemos, a esse respeito, nas pessoas ligadas à justiça na sua totalidade, no corpo da magistratura, mas também do ministério público, do foro, etc. À falta de codificações ao longo de muitos anos, eles aproveitaram — cada um de acordo com a sua distância face aos verdadeiros detentores do poder judiciário — da instituição de um direito jurisprudencial, que se vem juntar ao resto da ordem oficial para que esta última pareça completa aos olhos dos dominadores e dos dominados e, assim, possa passar por garante da igualdade perante a lei, de modo a esse discurso ser reconhecido.

Em jeito de conclusão: tudo leva a pensar que o modelo teórico escolhido e a maneira de o pôr em prática prometem dar um passo em frente ao analisar o direito jurisprudencial, ponto quente do poder judiciário, no quadro da evolução da justiça espanhola entre o Antigo Regime e a IIª República. Novos instrumentos de

FERRAMENTAS

trabalho ligam-se assim a novas questões, e tudo isto em benefício de uma justiça mais transparente — em todas as raízes sociais do seu trabalho. Para isto, ainda que comecemos algumas vezes pelo aprofundamento dos conhecimentos sobre as estruturas organizacionais e daí passemos pelo estudo do processo civil ou penal, descendo então às trajectórias individuais dos agentes judiciários, somos sempre obrigados a voltar atrás para preparar, no caso concreto da Espanha, uma história social da justiça profundamente determinada por uma certa configuração social. Que, em geral, a interpretação das decisões e a administração da justiça se encontrem no centro de interesse das investigações sobre a Justiça, tal constitui uma razão suplementar que nos obriga a fazer diligências essencialmente históricas, tendo por objecto o campo jurídico e o seu sector judiciário.