



SOBREVIVÊNCIA DA TERCEIRA TRADIÇÃO JURÍDICA?

SURVIVAL OF THE THIRD LEGAL TRADITION?

Alan Uzelac[‡]

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Zagrebe na Croácia.

Resumo

John Henry Merryman, em seu livro de 1969, afirmou que existem, globalmente, três tradições jurídicas altamente influentes no mundo: Civil Law, Common Law e o direito socialista. Desde a queda da União Soviética, a maioria dos juristas comparatistas abandonou a ideia do "direito socialista" como uma tradição jurídica distinta. Este texto argumenta que, duas décadas após a "transição", a tradição nos países pós-socialistas ainda tem características que são distintas tanto do Civil Law como do Common Law, e pode, portanto, ser tomada como uma "tradição jurídica" autônoma.

Abstract

John Henry Merryman in his 1969 book claimed that there are, globally, three highly influential legal traditions in the world: civil law, common law, and socialist law. Since the fall of the Soviet Union, most comparative lawyers have abandoned the idea of the "socialist law" as the separate legal tradition. This text argues that, two decades after the "transition", the tradition in post-Socialist countries still has features that are distinctive from both civil and common law, and may therefore be taken as a separate, "third" legal tradition.

[‡] Faculdade de Direito, Universidade de Zagreb.

* Traduzido por Igor Maestrelli Zarnicinski e William Soares Pugliese.

1. TRADIÇÃO JURÍDICA SOCIALISTA, SEM SOCIALISMO

O famoso livro de autoria de John Henry Merryman, de 1969, começa com um capítulo sobre três tradições jurídicas. Na primeiríssima frase, Merryman (1985, p. 01) alega que “existem três tradições jurídicas de grande influência no mundo contemporâneo: *civil law*, *common law*, e a tradição jurídica socialista”. Mesmo escrevendo majoritariamente sobre os sistemas de *civil law* (e demonstrando como eles contrastam com a tradição do *common law*), ele fez alguns comentários quanto àquela que então era a “jovem, vigorosa tradição jurídica” socialista (MERRYMAN, 1985, p. 04).

Foi afirmado que a tradição jurídica socialista se origina do *civil law*, que ela “ainda deixa transparecer sua natureza essencialmente híbrida” e que compreender o *civil law* é essencial para compreender a tradição jurídica socialista (MERRYMAN, 1985, p. 03-04). Não obstante, para Merryman e para outros juristas comparatistas, estava perfeitamente claro — até a queda da Cortina de Ferro nos anos 90 — que a tradição jurídica socialista era uma tradição que não era uma subespécie do *civil law*, nem alguma forma de equivalente ao *common law*. Ela era inequivocamente classificada como uma *terceira tradição jurídica*.

Em suma, as características da tradição jurídica socialista eram descritas da seguinte maneira: tal tradição está embasada no ponto de vista de que o propósito de todo o Direito é instrumental — isso é, que o Direito deve servir à política econômica e à política social. Os sistemas dessa tradição tentam superar social e economicamente os ideais injustos do Direito burguês, ao menos no sentido de tornar explícita a sua base ideológica (diferentemente de outras tradições jurídicas, que alegadamente a escondem). Por fim, numa tradição como esta, o Direito é concebido em última instância como uma ferramenta das elites políticas dirigentes (ou, para expressar isto nos termos da doutrina marxista, das “classes” políticas dirigentes).

Desde a queda da União Soviética, a maioria dos juristas comparatistas mudou de perspectiva. O próprio Merryman reduziu sua tipologia de três tradições para duas tradições, afirmando que “[a]té a queda do império soviético, a ‘tradição jurídica socialista’, marxista-leninista, à moda soviética,

era tratada como um grupo em separado, mas hoje em dia estes sistemas jurídicos aparentam estar retornando ao mundo do *civil law*” (MERRYMAN, 1999, p. 08).

Tal atitude era plenamente compreensível. A própria noção de tradição jurídica “socialista” criava uma ligação entre um tipo específico de regime político, incluindo a ideologia desse regime, e sua tradição jurídica. Alguém poderia facilmente concluir, portanto, que, com a queda do regime (soviético) e com o abandono de sua ideologia (marxista-leninista), a tradição do “Direito socialista” teria chegado a seu fim. Esta impressão vinda do exterior era reforçada pela autocompreensão das sociedades pós-comunistas, que em geral haviam rejeitado suas heranças socialista e marxista. Dentro das sociedades ex-socialistas (do Leste Europeu), a nova ideologia era “de volta à normalidade” (*i.e.*, essas sociedades postulavam que, após um período de desvio, elas estavam agora retornando felizmente à tradição ocidental do outrora renegado capitalismo burguês, tradição à qual, ao menos alegadamente, essas sociedades teriam há muito pertencido antes de os comunistas conquistarem o poder político). Obviamente, isso não era instantaneamente possível. Assim, se produziu um novo termo para uma forma mista de características “velhas” e “novas” — a noção de “países em transição”. Essa terminologia era aplicável a todos os setores da sociedade, incluindo o Direito. Alegadamente, a “tradição jurídica socialista” estava esvanecendo rapidamente e se algo peculiar ainda permanecia em algum ordenamento jurídico em específico, anteriormente socialista, isto era atribuído ao “ainda-não-inteiramente-completo” processo de transição — ao retorno incompleto para o berço de sua tradição original, geralmente o *civil law*¹.

Na minha opinião, esta percepção era — e ainda é — demasiadamente simplificada. Agora, duas décadas após o começo dessa “transição”, algumas características da “velha” tradição provaram que são surpreendentemente resilientes e imunes a mudanças. A essência de uma “transição” requer que ela

¹ Estudos recentes têm questionado a veracidade de tal afirmação, provando que os conceitos burgueses de propriedade privada (na maneiras em que se expressavam em cada Código Civil) eram percebidos como estranhos, estrangeiros, importados e como algo irritante em alguns dos países do Leste Europeu e da Europa Central até meados do século XX. Veja Dalibor Čepulo, “Tradicija i modernizacija: ‘iritinatnost’ Opcég građanskog zakonika u hrvatskom pravnom sustavu” [Tradição e Modernização: ‘Irritabilidade’ do Código Civil Austríaco no Sistema Jurídico Croata], in Igor Gliha *et al.*, eds., *Liber amicorum Nikola Gavella* (Zagreb: Pravni fakultet, 2007), p. 1-50.

não possa durar indefinidamente. É legítimo, portanto, questionar se o obituário escrito pelos comparatistas para a tradição jurídica socialista não foi prematuro.

A “tradição jurídica socialista” teria sobrevivido? Para respondermos a essa questão, ela precisa primeiro ser qualificada. Inicialmente, ela depende da resposta à pergunta de se poderia ou não poderia existir a tradição jurídica socialista sem a ideologia socialista e sem o Estado socialista. Se ambas as noções forem interpretadas em seu sentido costumeiro — isso é, da adoção geral da doutrina marxista-leninista e do Estado estar embasado nos princípios do socialismo (e.g., representação dos interesses da classe trabalhadora) — eu digo que é possível. Claro, pode parecer contraditório falar sobre os países não-socialistas (e marcadamente anti-comunistas) como países da tradição jurídica socialista vivente, mas o problema todo talvez esteja numa escolha ruim de terminologia. Nem a noção de uma tradição do *common law*, nem aquela de uma tradição de *civil law*, são baseadas predominantemente em uma filosofia ou ideologia específicas; nenhuma das duas é mais ou menos “burguesa” ou “capitalista”. Cada uma descreve um amálgama específico de características, ou, como Merryman disse, “um conjunto de atitudes profundamente enraizadas, historicamente condicionadas sobre a natureza do Direito, sobre o papel do Direito na sociedade e na organização política, sobre as devidas organização e operação de um sistema jurídico, sobre a maneira através da qual o Direito é ou deveria ser criado, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado” (MERRYMAN, 1985, p. 02). Ainda assim, a definição de Merryman pode ser interpretada como muito abstrata ou muito ampla, visto que os elementos mais proeminentes que ele apresenta como características salientes que dividem o *common law* e o *civil law* são principalmente de natureza técnica: a preferência por normas estabelecidas por precedentes judiciais (*stare decisis*) versus a preferência por normas legisladas e/ou atos do Executivo; a preferência por julgamentos por júri e participação de leigos versus a utilização de juristas profissionais; a preferência por coleções de decisões judiciais versus a utilização de escritos acadêmicos e tratados sistemáticos e/ou codificações. Os autores de vanguarda quanto às distinções entre *civil* e *common law* foram historiadores do Direito, não cientistas políticos.

2. O PRICÍPIO GERAL: A ABORDAGEM INSTRUMENTALISTA QUANTO AO DIREITO

Se há um elemento de ideologia ou filosofia nas fundações das tradições jurídicas, este é a ideologia ou filosofia dos juristas — isto é, dos juízes, dos advogados e dos professores de Direito — e não a ideologia da sociedade amplamente considerada. As ideologias dominantes têm um impacto natural na ideologia específica dos juristas, mas essa ideologia específica ainda pode ser diferente, às vezes significativamente diferente. Isto é particularmente verdade para a tradição jurídica socialista, mesmo durante o período no qual ela incontestavelmente existia, no ápice do mundo bipolar entre Leste e Oeste. Não importa o quanto a doutrina soviética insistisse em adicionar atributos socialistas a conceitos legais já existentes, criando locuções como “legalidade socialista”, “Direito socialista”, ou “justiça socialista”, tal conteúdo ideológico era somente a ponta do iceberg; as funções reais do Direito e das instituições jurídicas (*i.e.*, cortes e tribunais) foram mais afetadas por características que poderiam existir independentemente das etiquetas ideológicas que tinham sido aceitas pelas elites dominantes. Temos de ser lembrados de uma primeira abordagem socialista negativa para com conceitos jurídicos. Segundo tal abordagem, todo o Direito, assim como os Estados burgueses que o criaram, era (visto como) uma relíquia do capitalismo e, assim como o capitalismo, tinha de ser gradualmente abolido. A história tem demonstrado que essa abordagem estava parcialmente correta — os juristas socialistas nunca foram completamente “socialistas” em seu âmago; eles estavam apenas colocando uma fina camada de justificação ideológica sobre suas ações de forma a garantir sua legitimidade ideológica aos olhos do regime político. Ao longo do tempo, todavia, instituições jurídicas e juristas em países previamente socialistas desenvolveram um amálgama específico de características que possuem um “algo compartilhado em particular”² que então cria a noção de “tradição jurídica”. Todavia, este “algo compartilhado em particular” não era socialista em sua essência, e, portanto, poderia também sobreviver à queda do socialismo.

²*Id.*

Logo, o termo “tradição jurídica *socialista*” talvez tenha sido uma escolha equivocada logo de início. Até mesmo a lista de Merryman para elementos característicos da tradição jurídica socialista pode revelar elementos que são separáveis da ideologia socialista/marxista em sua acepção convencional.

O primeiríssimo e fundamental elemento da tradição jurídica socialista — “a atitude do socialista ... de que todo o Direito é um instrumento da política econômica e social” — é, em verdade, ideologicamente neutro. Políticas econômicas e sociais podem ser definidas por regimes de origens ideológicas diferentes. Até mesmo a primeiríssima definição de Direito (uma parte do curso de introdução em toda faculdade de Direito em países socialistas), a qual dizia que Direito é “a vontade da classe dominante”³, foi somente levemente adaptada após o advento de democracias multipartidárias⁴. Na nova situação, na qual o Direito ainda era definido, concebido e exercido como a vontade das elites políticas dominantes, ele não era menos instrumental em sua natureza em relação a quanto tivesse sido anteriormente.

Ao longo do tempo, essa concepção instrumentalista do Direito produziu algumas características próprias ao socialismo, em relação tanto a procedimentos quanto à prática, e em relação a valores e atitudes. No texto que segue, irei brevemente delinear ou “esboçar” algumas dessas características nos sistemas jurídicos pós-socialistas, concentrando-me em como a sociedade (e os profissionais do Direito) entendem o papel do procedimento jurídico, no que concerne a como o Direito está sendo aplicado na prática, e quanto a procedimentos e práticas processuais que são mais ou menos diferentes e distintos das tradições jurídicas tanto do *civil law* quanto do *common law*.

Usarei majoritariamente exemplos da jurisdição que é mais familiar para mim. Isso não quer dizer que minhas avaliações não seriam aplicáveis a outros

³ Conforme *Pravni leksikon* [Léxico Legal] (Beograd: Savremena administracija, 1964), à página 692; *Pravna enciklopedija*, vol. 2 [Enciclopédia jurídica] (Beograd: Savremena administracija, 1985), à página 1234. Os conceitos doutrinários da teoria do Direito marxista-leninista foram disseminados por livros de ensino soviéticos que foram amplamente traduzidos em outros países do bloco comunista, particularmente por Sergej Aleksandrovich Golunskiy e Mikhail Solomonovich Strogovich, *Teoriya gosudarstva i prava* [Teoria do Direito e do Estado] (Moscow: Iuridicheskaya izd., 1940). Conforme também Hugh W. Babb (tradutor), *Soviet Legal Philosophy* [Filosofia Jurídica Soviética] (Cambridge: Harvard University Press, 1951).

⁴ Portanto, e.g., mesmo depois da queda do regime político socialista unipartidário, os livros de ensino mais buscados dificilmente mudaram sua definição de Direito.

países que outrora pertenceram ao círculo dos regimes unipartidários socialistas. A antiga Iugoslávia estava dentre os mais liberais e progressistas dos países ex-soviéticos. É seguro, portanto, assumir que as características que identifiquei na antiga Iugoslávia estão enraizadas ainda mais fundo em outras jurisdições⁵.

3. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DA TERCEIRA TRADIÇÃO JURÍDICA: EXPECTATIVAS POLÍTICAS DE CONFORMIDADE E A ESTRATÉGIA DA EVASÃO DE ADJUDICAÇÃO FINAL

3.1. O Processo Jurídico como Ferramenta para a Proteção dos Interesses de Elites Políticas

A conexão entre Direito e política existira em toda tradição legal. Somente em uma delas, contudo, houve autocompreensão de que o Direito, os juristas e todas as estruturas jurídicas existiam tão somente para servir e proteger as elites dominantes e suas ideologias políticas (quisessem elas admitir isso ou não). Nos tempos do socialismo, era um ponto de partida evidente de que o Direito deveria servir aos interesses do proletariado, formulados através da liderança do Partido Comunista. Juristas profissionais, especialmente juizes e professores de Direito, deveriam ser técnicos habilidosos que sempre encontrariam uma forma jurídica adequada e uma justificativa para o fim desejado (e já sabido). Não é nenhuma surpresa, portanto, que aqueles que fossem mais bem-sucedidos sob tal concepção poderiam ser prontamente adotados pelas novas elites políticas que vieram ao poder após a queda do comunismo.

A declarada adoção dos princípios da separação dos poderes e da independência do Judiciário trouxeram poucas mudanças. Quando objetivos políticos importantes e “interesses maiores” estivessem envolvidos, era considerado normal que o Direito tivesse de se moldar à política. Na antiga

⁵ Todavia, também é verdade que a natureza relativamente branda do regime político possa ter mitigado ainda mais a conexão entre elementos específicos e o fato de que eles foram desenvolvidos durante a dominância da ideologia marxista-leninista. Logo, muitos fenômenos que são particulares à “terceira tradição” eram falsamente tidos como normais em todo lugar. Para um exemplo, conferir *infra*, nota de rodapé 8.

Iugoslávia (e na atual Croácia), há uma linha direta entre a afirmação de Tito, endereçada aos juízes, de que eles “não deveriam se agarrar ao preto no branco da lei como um homem bêbado a uma cerca”⁶, a afirmação de Franjo Tudjman de que a tarefa principal dos juízes croatas era a de servir aos “interesses nacionais”⁷, e uma afirmação muito recente do Primeiro Ministro croata que criticou um juiz por um veredito prematuro⁸. Esta última afirmação é também paradigmática pela falsa alegação (mesmo se baseada em crenças genuínas) de que o instrumentalismo jurídico é o padrão global⁹.

3.2. Medo de Decidir: a Evasão da Responsabilidade de Proferir Julgamentos Finais como um Princípio-Guia da Justiça Socialista

No outro lado do espectro, outra característica proeminente desenvolveu-se como uma reação espontânea dos profissionais do Direito à percepção pública e política de seu papel e *status* durante o período socialista. Ser uma ferramenta obediente nas mãos dos detentores políticos do poder não era uma tarefa fácil, especialmente se, simultaneamente, o Direito e seus juristas ainda estavam na lista de antiquados mecanismos burgueses que eventualmente definhariam e desapareceriam com o desenvolvimento posterior do comunismo. As figuras-chave, os jogadores principais poderiam mudar, e os parcamente protegidos, dependentes juízes — que só cumpriam as expectativas neles depositadas quando julgavam em favor das velhas elites —

⁶ Uma das poucas citações de Tito (atribuída à sua reação ao movimento liberal e nacionalista da Iugoslávia de 1971) que sobreviveu sua herança política e se tornou notória na cultura política croata. Conferir <<http://www.moljac.hr/biografije/tito.htm>>.

⁷ Veja mais quanto ao relacionamento de Tudjman com o Judiciário croata em Alan Uzelac, “Papel e Situação dos Juízes na Croácia”, em Paul Oberhammer, ed., *Richterbild und Rechtsreform in Mitteleuropa* (Vienna: Man, CILC, 2000), às páginas 23-66 [daqui em diante, “Uzelac”].

⁸ Em maio de 2009, quando a corte condenou um Membro do Parlamento (e bem conhecido político local) por crimes de guerra, o autoritário Primeiro Ministro Sanader, em virtude de seu medo de que a sentença pudesse ter um impacto nos resultados das eleições locais, criticou enraivecido a corte por seu *timing* inapropriado. Ele repetidamente afirmou que condenar um político à prisão oito dias antes de uma eleição local era “contra *standards* democráticos” e que “nenhuma corte no mundo faria algo assim”. Visto que a velha (*i.e.*, socialista) percepção do Direito enquanto instrumento do poder político continua a permear a opinião pública, tais afirmações pelo Primeiro Ministro Sanader (que tem uma reputação internacional como um democrata reformista) não incitaram muita oposição pública. A afirmação inicial, feita em 9 de maio de 2009, na cerimônia de inauguração de uma rodovia, foi noticiada em todos os jornais e portais de notícias nacionais. Veja, *e.g.*, *Vjesnik*, 11 de maio de 2009, à página 3.

⁹ *Id.*

poderiam sucumbir como vítimas colaterais das circunstâncias políticas alteradas. Esta era uma situação na qual uma decisão que outrora fora desejável poderia se tornar indesejável e a maneira mais segura de progredir era não decidir de forma alguma — ao menos, não tomar qualquer decisão que decidisse definitivamente a questão debatida.

Logo, a maior parte do Judiciário socialista desenvolveu, ao longo do tempo, numerosos métodos que almejaram evadir a responsabilidade de tomar decisões. Diferentemente da figura heróica do juiz do *common law*, que almeja contribuir para com a história jurídica através de julgamentos prudentes, corajosos e sensatos, os juízes socialistas, temerosos de eventuais represálias, sempre desejaram permanecer o mais anônimos o possível. Neste sentido, eles eram similares a seus pares na tradição do *civil law*. Isto ia ainda mais longe, todavia: uma alternativa ainda mais segura em relação a uma decisão anônima era decisão nenhuma e, portanto, nenhuma determinação final quanto à questão, pela qual o juiz poderia ser responsabilizado, de uma forma ou outra.

O primeiro método que juízes empregaram para implementar tal estratégia foi reforçar ainda mais uma das virtudes do mundo do *civil law*: a virtude do formalismo judicial, a qual propõe que, sempre que possível, as demandas devem ser decididas em bases meramente formais, sem adentrar no mérito. Logo, várias objeções formais e questionamentos processuais triviais sempre eram bem-vindos como uma maneira de, com fundamentos meramente formais, rejeitar uma demanda, ou como motivação para transferi-la para alguma outra autoridade (ou para um colega menos afortunado).

Evidentemente, isto não era sempre possível; havia, contudo, uma cura para isso também. Se um juiz se sentia desconfortável com alguma demanda, havia amplas oportunidades para postergá-la, estendê-la e/ou prolongá-la. Algumas dessas oportunidades eram inclusive oferecidas pelas próprias partes. O não-comparecimento às audiências judiciais marcadas, várias objeções e propostas que necessitavam exame prolongado, falhas para apresentar petições dentro dos prazos, pedidos de concessão de prazos prolongados — tudo isso e ainda mais eram oportunidades recebidas pelo juiz com grande benevolência como uma maneira de adiar a audiência, ganhar mais tempo e — quem sabe? — talvez encontrar uma maneira de se livrar daquela demanda.

Mais ainda, a obtenção de provas era uma fonte inesgotável, se necessário, de adiamentos. Sob a doutrina processual oficial, era o dever sagrado do juiz encontrar a “verdade material”¹⁰. A descoberta correta dos fatos era a principal tarefa da corte; se as partes não submetessem as provas relevantes, este não era o fim, mas o início da busca judicial. Enquanto procurava por provas, o juiz poderia adotar as propostas das partes, ou encontrar fatos *sua sponte*. Na prática, isso significava que toda nova proposta de prova por uma das partes poderia (e até mesmo deveria) levar a um adiamento. Se as partes não fossem muito imaginativas, o juiz poderia demandar mais provas *ex officio*, ganhando um período de ao menos alguns vários meses mais. Se algumas das questões necessitavam da opinião de um perito (e era sempre mais seguro pedir por um laudo pericial, até mesmo para o mais simples e mais óbvio dos casos), o perito judicial deveria ser chamado. Tais peritos não eram famosos por sua celeridade, e raramente se pedia a eles que emitissem seus pareceres dentro de um curto (ou até mesmo bem-definido) período de tempo.

Após o encerramento das audiências, as decisões raramente eram pronunciadas publicamente. Na verdade, como o trabalho judicial era concebido principalmente como um trabalho de escrita de decisões, o encerramento de uma audiência iria tão somente marcar o início de um período dentro do qual o juiz estudaria os autos, deliberaria sobre as questões apresentadas e eventualmente minutaria sua sentença — um procedimento que regularmente demorava meses e, em alguns casos, até mesmo anos¹¹.

Mesmo se uma eventual decisão de mérito fosse exarada e comunicada às partes, isto ainda não era o fim do processo. Durante a época socialista, o direito a um segundo grau de jurisdição foi habilmente elevado pelos juristas socialistas a algo como um direito absoluto, até mesmo constitucional¹². Isto foi

¹⁰ Para uma análise extensiva, conferir Alan Uzelac, *Istina u sudskom postupku* (Zagreb: Pravni fakultet, 1997).

¹¹ Os dados exatos para o período socialista não são conhecidos, mas foi revelado que, no ano de 2000, o tempo médio gasto na lavratura de decisões cíveis simples em uma corte em Zagreb era de 119 dias (dez vezes mais do que o limite máximo oficial).

¹² Veja a Constituição iugoslava (art. 1974), art. 215 (Službeni list SFRJ — Off. Gaz. 9/1974). O texto de tal disposição foi reinserido nas novas constituições dos países sucessores. Veja, e.g., a Constituição Croata, art. 18 (*Narodne novine* — Off. Gaz. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00) [nota do tradutor: “Off. Gaz.” é uma versão abreviada de “Official Gazette”, ou seja, o Diário Oficial — no caso, o da Croácia].

visto com bons olhos pelos potentados políticos, porque eles queriam manter ainda mais um nível de controle sobre o procedimento, e o direito ao recurso poderia devidamente lidar com quaisquer possíveis decisões judiciais que não estivessem em conformidade com suas expectativas. Mais, esta era também uma via confortável para que os juízes afastassem de si mesmos as pressões de decidir sobre (e, portanto, determinar de forma final) uma questão, visto que suas sentenças não-finais eram vistas como apenas provisórias por natureza. Ao menos nas demandas cíveis, as sentenças apeladas nunca eram exequíveis até que o corte superior tivesse decidido sobre elas, e este procedimento de apelação poderia também durar vários anos. Quando encarregados de uma demanda, os magistrados das cortes superiores também possuíam várias estratégias para evitar o fim e a exequibilidade. Uma dentre as mais comuns de tais táticas era o reenvio da demanda para a corte inferior para um novo julgamento — algo que remeteria a demanda para um recomeço, para seu início novamente. Esta ciranda poderia se alongar o quanto fosse necessário, preferencialmente até que a pressão da necessidade social por uma decisão deixasse de existir.

3.3. O *Status Social* do Judiciário Socialista: Baixo, Porém Confortável

A descrição anterior do antigo Judiciário socialista é, claro, um tanto exagerada. Afinal, nem todos os casos tinham o potencial de ser politicamente sensíveis ou complexos. Ao contrário, assuntos de real importância sequer eram processados pelas cortes. As grandes decisões eram reservadas para os escalões superiores das elites políticas e eram realizadas, portanto, pelos executivos do Partido Comunista. Da mesma forma, disputas economicamente importantes dificilmente chegavam às cortes, visto que o comércio e a indústria no mundo socialista eram nacionalizados, e a vasta maioria das empresas eram de propriedade do Estado. No contexto do comércio internacional, eventuais disputas eram administradas através de arbitragem comercial internacional ou por negociações políticas. Havia algumas poucas exceções, como na antiga Iugoslávia, por exemplo, onde as doutrinas da autogerência e propriedade social davam mais autonomia aos atores econômicos, mas a real litigância adversarial não era muito popular; aqui, as elites políticas

propagavam soluções consensuais, frequentemente silenciosamente mediadas pelo Partido Comunista¹³. De tempos em tempos, as batalhas políticas internas ou externas iriam requerer atos judiciais, os quais eram pensados para elencar vencedores e condenar perdedores. Todavia, dependendo da intensidade dos conflitos e da natureza do regime (*i.e.*, mais rígido ou mais brando), isto acontecia apenas periodicamente, com maior ou menor frequência, e requeria a atuação de apenas um pequeno número de profissionais do Direito leais ao partido. Como a propriedade privada era restrita, demandas cíveis regularmente lidavam com quantias menores e objetos de valor limitado.

Neste ambiente, o Judiciário obviamente não gozava de uma alta estima social, visto que a importância de seu trabalho era marginal. Ao monitorar o trajeto dos processos judiciais, um observador externo dificilmente poderia notar a diferença entre o Judiciário e qualquer outra posição de escrituração na administração estatal. Mesmo o *status* dos juízes era praticamente o mesmo. Segundo a doutrina política da unidade do poder estatal, o Executivo e o ramo judicial do governo eram responsáveis perante o Legislativo¹⁴; isto significava que os juízes eram eleitos pelo Parlamento¹⁵ para um mandato temporário e limitado. Juízes deveriam ser “politicamente viáveis”¹⁶, significando que, na prática, havia análise de seus antecedentes políticos e pessoais, e que também havia métodos para removê-los caso eles começassem a agir de maneiras que

¹³ Na Iugoslávia, por exemplo, muitas questões deviam ser solucionados pelos assim ditos “acordos autogerenciados” (*samoupravni sporazumi*), os quais eram realizados entre empresas que eram chamadas “associações autogerenciadas de trabalho associado” (*samoupravna organizacija udruženog rada*).

¹⁴ A doutrina da unidade do poder estatal era derivada da doutrina marxista-leninista da ditadura do proletariado como o estado transicional entre a sociedade de classes capitalista e sociedade sem classes do comunismo. Ela foi importada por todos os países do antigo bloco socialista. Na antiga Iugoslávia, conferir *e.g.*, Jovan Đorđević, *Politički sistem* [Sistema político] (Beograd: Savremena administracija, 1980), às páginas 582-84; Veljko Mratović, Nikola Filipović & Smiljko Sokol, *Ustavno pravo i političke institucije* [Direito Constitucional e Instituições Políticas] (Zagreb: Pravni fakultet *et al.*, 1986), à página 390.

¹⁵ Nos Estados federais, como a antiga SFRJ (Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija), juízes também eram eleitos pelas várias assembleias municipais, regionais ou provinciais (a depender do nível da corte para o qual o juiz estava sendo eleito).

¹⁶ A condição de “viabilidade moral e política” estava dentre os requisitos legais sob a Lei das Cortes Regulares; veja os arts. 11, 75 e 87 (Zakon o redovnim sudovima, Narodne novine — Off. Gaz. 5/77, 17/86, 27/88, 32/88, 16/90, 41/90, 14/91 e 66/91). Ela foi abandonada em 1990 (veja as modificações publicadas na Off. Gaz. 16/90), apenas um mês antes de o Partido Comunista perder nas primeiras eleições democráticas. Veja Alaz Uzelac, “Zavisnost i nezavisnost: Neka komparativna iskustva i prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj” [Dependência e Independência: Algumas Experiências Comparativas e Propostas quanto ao Status dos Juízes Croatas], *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 42:4 (Suppl. 1992), 593, às páginas 583-87.

pudessem ser vistas como politicamente inadequadas. A remuneração dos juízes e de outros profissionais do Direito a serviço do Estado era moderada, assim como os estímulos da maioria dos burocratas estatais.

Isto posto, também deve ser dito que o trabalho de juiz, no regime socialista, ordinariamente não era um trabalho desconfortável, especialmente para aqueles que conseguiam se adaptar aos requerimentos. Na memória social que perdurava entre as pessoas comuns, a palavra “juiz” ainda soava importante. As universidades e as faculdades de Direito ainda ensinavam que as posições judiciais representavam o ápice de uma carreira jurídica. Nos círculos dos frequentadores regulares das cortes, os juízes ainda eram admirados como figuras poderosas que meritavam seu respeito, admiração e presentes ocasionais. Por outro lado, os atos judiciais foram em sua maioria reduzidos, na prática, a mera burocracia. Nada obstante, quanto mais insignificantes as funções judiciais fossem, mais confortável o trabalho de juiz se tornaria.

A necessidade de uma resolução célere para uma demanda era relativa à importância da demanda. A maioria delas não era particularmente importante, e assim a pressão para que houvesse uma decisão tempestiva não era particularmente forte. Aliás, a pressão que vinha de baixo era relativamente fraca. O Judiciário socialista preferia partes sem representação, no mais das vezes com muito pouco conhecimento jurídico. Por outro lado, a camada “socialista” que tinha sido colocada sobre as construções advindas do *civil law* tinha criado misturas complexas, opacas e confusas, e isto levou a demandas apropriadas a um tratamento lento e minucioso por juristas profissionais sofisticados. Quando advogados representavam partes em uma demanda, eles não tentavam apressar os juízes, visto que eles também se beneficiavam do andar lento do processo.

Em decorrência disso tudo, o trabalho judicial não era um trabalho impopular. O número de juízes variava dentre os diferentes países socialistas. Em alguns países, especialmente dentro do círculo interno do império soviético, esses números eram restritos e algo baixos. Pelo contrário, a Iugoslávia, em sua autogestão, havia mantido a advocacia como uma profissão privada, e a proporção de juízes era muito mais próxima à cifra média (relativamente alta) encontrada na Áustria e na Alemanha. O trabalho jurídico funcionava em

muitas famílias como um negócio familiar. A profissão judicial era tipicamente reservada para o membro da família que cuidava do ambiente doméstico e das crianças, enquanto o cônjuge provedor trabalhava como um advogado privado. Isso levou a uma feminilização do Judiciário. Na Croácia, no começo dos anos 90, por exemplo, em torno de dois terços dos juízes das cortes inferiores eram mulheres¹⁷.

4. O VELHO E O NOVO, JUNTOS: NOVO AMÁLGAMA VELHA TRADIÇÃO

Quando a mudança chegou na década de 1990, parecia que as cortes e o Judiciário teriam um recomeço. De fato, todos os denominadores e adjetivos “socialistas” foram removidos, e as referências à doutrina marxista-leninista foram apagadas. Isto não foi difícil porque, como foi descrito previamente, o mundo jurídico socialista era, por sua própria natureza, não-socialista. A abordagem instrumentalista era facilmente adaptável a qualquer nova doutrina; logo, em virtude disso, nenhuma mudança dramática de paradigma foi necessária.

A mudança de ideologia teve, claro, um impacto vultuoso na mudança de atitude com relação à lei, à Justiça e ao Judiciário. A aceitação política da doutrina da separação dos poderes deu alguma tração adicional aos juízes, embora a “independência do Judiciário” continuasse a ser, na prática política, mais um jargão que uma realidade. Esta importância recém-conquistada foi, em alguns aspectos, rapidamente acolhida pelo Judiciário; com ela, exigências de salários melhores e condições de trabalho aprimoradas se tornaram mais volumosas e tiveram, de fato, algum efeito prático na maioria dos países. A natureza do trabalho judicial, contudo, e as características marcantes da tradição passada não se alteraram — o medo de prolatar decisões e o instrumentalismo sobreviveram, ambos.

O que havia realmente mudado era o contexto social no qual a infraestrutura jurídica operava. Sob as novas circunstâncias, as cortes se afastaram do espectro da relativamente desimportante prolação de decisões

¹⁷ Veja Uzelac, *supra*, nota de rodapé 7, à página 23.

em casos pequenos, mesquinhos. Com a privatização dos recursos econômicos e a pluralização da vida política, um número crescente de questões sociais importantes começaram a chegar nas cortes.

O resultado foi uma ineficiência massiva: emperramentos nas cortes e morosidade judicial começaram a se acumular ao longo dos países do bloco socialista. A duração dos procedimentos estava dentre os sintomas mais visíveis de similaridade residual para com os sistemas jurídicos da terceira (*i.e.*, socialista) tradição jurídica. Esta ineficiência era especialmente clara no que diz respeito às novas associações políticas. Nas últimas duas décadas, praticamente todos os países do Leste Europeu e da Europa Central ingressaram no Conselho da Europa¹⁸; ser um membro do Conselho significa aderir à democracia e ao *rule of law*. Também significa participar da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*¹⁹ e se submeter à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos²⁰. Desde os primeiros casos que foram levados àquela Corte, se tornou evidente que a grande maioria dos países anteriormente socialistas tinham um problema sério com um direito em particular: o direito à duração razoável do processo. Logo, os “novos membros” do Conselho de Europa inundaram as pautas da Corte de Estrasburgo, ultrapassando o recordista anterior em matéria de processos ineficazes, a Itália²¹.

Alguém poderia argumentar que é claramente natural que Judiciários em transição tenham encontrado dificuldades em sua transformação e que tais protelações sejam uma inevitabilidade — temporária, nada obstante, sob tais circunstâncias. Todavia, vários fatos manifestam-se de forma contrária a tal justificativa. O primeiro fato está conectado à duração do período de ajuste. Duas décadas podem parecer um tanto excessivas, especialmente se considerarmos que algumas das reformas historicamente mais fundamentais

¹⁸ Atualmente, a única exceção é a Bielorrússia.

¹⁹ *Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, E.T.S. n° 005, 213 U.N.T.S. 221, assinado em Roma em 04 de novembro de 1950, entrou em vigor em 03 de setembro de 1953; veja <<http://www.conventions.coe.int>> [daqui em diante, CEDH].

²⁰ A Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, foi estabelecida pelo art. 19 da CEDH. Desde a entrada em vigor do Protocolo 11 (E.T.S. n° 155) em 1° de novembro de 1996, os Estados-membros do Conselho da Europa aceitam sem quaisquer exceções o direito de indivíduos alegando serem vítimas de uma violação da Convenção de peticionar diretamente à Corte.

²¹ Por exemplo, os países com o maior número de casos perante a Corte Europeia de Direitos Humanos em 2008 foram a Rússia, a Turquia, a Romênia e a Ucrânia. A Itália estava em quinto lugar, seguida pela Polônia e pela Eslovênia.

foram introduzidas dentro de meses e anos, em vez de décadas²². Um outro fato é que as mudanças no setor judicial não foram proporcionais às mudanças no resto da sociedade. Por exemplo, pode-se dizer que a questão dos atrasos e travas da época soviética estava ainda mais presente em alguns dos países em transição de maior sucesso, dentre os quais estão alguns que entraram na União Europeia como nações mais progressivas, reformistas (e.g., Eslovênia e Polônia). O terceiro fato é que esse período não se passou sem tentativas de reformar o sistema. Ao contrário, estratégias para reformar o Judiciário, projetos de assemelhação aos países ocidentais mais avançados, visitas de estudo internacionais e projetos de assistência jurídica internacional foram tão numerosos ao ponto de se tornar — na prática — uma indústria nova, propulsiva. Seus efeitos foram moderados, todavia, a despeito desse emprego massivo de recursos²³.

Acusativamente, as raras exceções — ou seja, países anteriormente socialistas que passaram por menos problemas com ineficiência judicial — estavam conectadas a uma espécie de “colonização” do setor judiciário. Estes eram países nos quais a totalidade do setor judiciário ou foi substituído por pessoal “importado” ou foi posta sob um programa de forte tutela exterior²⁴. Adicionalmente, parece que as características mais expressivas das tradições jurídicas socialistas foram ainda mais bem-sucedidas em subsistir e permanecer dentro das mais desenvolvidas jurisdições ex-socialistas, onde o regime comunista tinha sido mais brando e os juristas eram mais influentes e numerosos (e.g., Eslovênia e Croácia, que eram as partes mais desenvolvidas da antiga Iugoslávia). Disto, podemos concluir que a sobrevivência da terceira tradição jurídica não é tão somente um fenômeno temporário, transiente.

²² Considere, por exemplo, a introdução na Áustria de um processo civil veloz e moderno, baseado no modelo processual de Franz Klein, no final do século XIX.

²³ Por exemplo, em 2002, o gasto público *per capita* com as cortes na Croácia era o mesmo — ou mais alto ainda — do que na França. De acordo com os dados coletados pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (“CEPEJ”), os países com o maior número de juízes em relação ao número de habitantes eram a Eslovênia e a Croácia (até 50 juízes a cada 100.000 pessoas em 2006). Conferir *European judicial systems. Edition 2008 (data 2006): Efficiency and quality of Justice* (Strasbourg: Council of Europe, CEPEJ, 2008), às páginas 40 e 110.

²⁴ Exemplos incluem a Alemanha Oriental, na qual a maior parte dos juristas profissionais (acadêmicos do Direito, inclusive) foram transferidos da parte ocidental do país após a reunificação ou *Wende*, e a Bósnia, onde o protetorado internacional levou a um controle intenso das ações das cortes locais, incluindo a importação de juízes estrangeiros nos níveis mais altos. Em ambos os casos, os problemas no que concerne à duração processual foram praticamente erradicados.

Embora as duas características da terceira tradição jurídica supracitadas sejam, talvez, as mais fundamentais, ainda há algumas características restantes que são típicas e próprias a tal tradição. Nos parágrafos que seguem, primeiramente enumerarei e, sem dar muitos detalhes, explicarei brevemente nove elementos entrelaçados que criaram um amálgama processual específico, em especial no contexto do processo civil. Eles são:

- (1) procedimentos desconcentrados, e uma ausência de julgamento propriamente dito;
- (2) oralidade como uma pura formalidade;
- (3) formalismo excessivo;
- (4) a busca pela verdade material;
- (5) uma ausência de planejamento e de disciplina processual;
- (6) controle recursal como um procedimento impessoal e anônimo;
- (7) uma multiplicidade de remédios jurídicos que postergam a executabilidade;
- (8) um ciclo infundável de reenvios e remessas; e
- (9) esforços fora de proporção para alcançar resultados efêmeros e socialmente insignificantes.

O estilo de procedimento que foi herdado da época socialista, incluindo tais nove elementos, continuou a viver e a se desenvolver a despeito de mudanças eventuais (e, em verdade, algo frequentes) na legislação processual. De qualquer forma, as novas leis processuais não eram tão difíceis de burlar. Mesmo durante a época soviética, alguns dos países da Europa Central e do Leste (como a antiga Iugoslávia) tinham, essencialmente, uma forma de direito processual civil embasada nos princípios do procedimento oral, iminente e concentrado. O direito que existia na prática real, todavia, nunca era interpretado ou aplicado de tal forma. O ideal de um julgamento oral e concentrado que seria gerenciado por um juiz ativo foi transformado em uma farsa. Admitidamente, as audiências orais realmente aconteciam e regularmente elas estavam dentre os requisitos processuais indispensáveis. Todavia, tais audiências orais eram, em verdade, apenas uma oportunidade para trocar documentos e novas propostas probatórias. Por exemplo, no

trâmite típico de uma ação cível, as audiências orais durariam apenas aproximadamente quinze minutos, e seriam então adiadas por vários meses ou mesmo anos²⁵. Nas audiências, entrar em uma discussão oral era visto como algo rude (apesar disso ser tolerado ocasionalmente se, por exemplo, um advogado precisasse impressionar seu cliente). Na maioria dos casos, as partes malmente diriam algumas palavras durante a audiência, e todo o encontro entre elas e a corte seria dominado por aquilo que, dentro do protocolo, fosse ditado pelo juiz ao datilógrafo judicial. Logo, a maioria dos advogados encarava (e ainda encara) seu comparecimento pessoal às audiências como uma perda de tempo. Para poder receber seus honorários, os escritórios de advocacia geralmente enviam tão somente seus associados mais novatos (os quais geralmente sabem pouco ou nada sobre a demanda) às audiências. Para advogados militantes que não podem se dar ao luxo de ter subordinados, ou que têm muitas audiências para cobrir, se tornou uma prática normalíssima e naturalíssima comparecer à audiência apenas para gentilmente requisitar ao magistrado que anotasse a presença do advogado no registro, e então pedir permissão para sair, para comparecer a outra audiência (ou várias delas), agendada para o mesmo fórum e no mesmo horário. Esta mesma prática ainda está largamente em voga e em uso na maioria das cortes croatas.

Na vida de uma demanda cível, não era inusitado que houvesse dez ou mais de tais audiências dentro de um período de vários anos. Este estilo de procedimento, chamado de ‘julgamento aos bocados’ por Mirjan Damaška (1986, p. 51), é, na realidade, um não-julgamento. A despeito disso, ele continua existindo e ainda é visto como normal — uma prova vigorosa da vitalidade da terceira tradição jurídica²⁶.

Por que audiências regularmente têm de ser postergadas? A resposta pode ser encontrada nos hábitos arraigados das jurisdições (anteriormente) socialistas: formalismo excessivo, uma falta de disciplina processual e adesão à doutrina da verdade material continuam a desempenhar os papéis mais

²⁵ Conferir, por exemplo, *supra*, nota de rodapé 11.

²⁶ De acordo com uma pesquisa conduzida por uma equipe estadunidense especializada em 2000 na maior das cortes croatas, havia, em média, em torno de 3,4 audiências por “julgamento” (mas às vezes, havia até vinte), e estas audiências eram conduzidas aproximadamente a 145 dias de distância de uma para outra. Veja o Centro Nacional das Cortes Estaduais, Divisão de Programas Internacionais, *Functional Specifications Report for Computerization in Zagreb Municipal Court of the Republic of Croatia* (Zagreb: USAID Project #801 AEP-I-00-00-00011-00, September 2001), à página 13.

determinantes. Se as intimações ou citações não foram entregues às partes de maneira formalmente impecável, é uma razão para adiamento; se foram entregues imaculadamente, mas algum dos intimados decidiu não comparecer de qualquer forma, é razão para adiamento²⁷; se a parte intimada pede dilação de prazo para a juntada de memoriais ou outros documentos, é razão para adiamento. Agora, mesmo se a audiência houver começado e provas tiverem sido apresentadas, a parte poderia ainda vir com uma nova proposta para apresentação de provas, e isso seria novamente uma ótima razão para postergar. Os adiamentos continuarão sempre que alguma das partes tenha novas sugestões e propostas (*i.e.*, até que falte inspiração à imaginação de algum dos atores).

É interessante notar que é apenas no âmbito da terceira tradição jurídica que o ativismo judicial tem sido visto como um elemento que gera maior morosidade nos procedimentos; e é apenas dentro desse ambiente, também, que o fortalecimento peculiar do princípio do contraditório e do papel ativo das partes, supracitado, tem sido visto como o meio mais adequado para se alcançar um procedimento mais célere e com menos morosidade²⁸. O raciocínio feito, embora diametralmente oposto às tendências atuais no mundo ocidental, está, em verdade, correto: é uma tentativa de empoderar juízes para usar sua faculdade de decidir com base nas regras de distribuição do ônus da prova, ao invés de permitir tentativas infundáveis e mal-sucedidas de encontrar a verdade com base nas evidências que são produzidas voluntariamente. Ainda assim, o resultado das reformas tem sido moderado²⁹. Os raros magistrados que utilizam as regras de distribuição do ônus da prova — em uma tentativa de dar maior celeridade ao procedimento — acabam por se expor ao risco de ter

²⁷ De tempos em tempos, sob condições muito estritas e limitadas, a corte poderia prolatar um julgamento à revelia; este julgamento, todavia, poderia então levar a um recurso bem sucedido para que houve *restitutio in integrum*, o qual, na maioria dos casos, a corte também seria generosa em deferir.

²⁸ Da mesma maneira, a limitação dos poderes do juiz para requerer evidências *ex officio* foi um elemento decisivo nas mudanças introduzidas pelas emendas ao Código Croata de Processo Civil de 2003 (Off. Gaz. 117/03) (daqui em diante, “CCP”), em uma tentativa de dar maior celeridade aos processos cíveis. Veja Alan Uzela, “The Rule of Law and the Croatian Judicial System: Court Delays as a Barrier on the Road to European Accession”, em Justin Orlando Frosini, Michele Angelo Lupoi & Michele Marchesiello, eds., *A European Space of Justice* (Ravenna: Longo Editore, 2006), à página 87.

²⁹ Na Croácia, por exemplo, o Judiciário descobriu que a maneira para solapar o veto à evidência produzida *ex officio* era sugerir às partes quais requerimentos de produção probatória elas deveriam fazer, de forma a manter a abordagem a favor da “verdade material”.

suas sentenças demolidas pelas cortes superiores, com base na “busca por fatos imprópria, insuficiente”.

As cortes superiores são uma outra história por si só. Sua maneira de trabalhar não foi alterada pelas novas circunstâncias sociais para além do colapso dos regimes comunistas; em verdade, ela foi reforçada. O direito ilimitado ao segundo grau de jurisdição continua a existir como um dos postulados do ordenamento jurídico, e ele se aplica até à menor e à mais trivial das demandas. As cortes de apelação continuam a julgar os recursos com a mesma paixão burocrática por um processo lento e pelo formalismo excessivo. Como as cortes e suas atitudes se tornaram mais expostas à crítica pública, a resposta instintiva foi por fortalecer o anonimato e a natureza impessoal do processo de tomada de decisões. Como resultado, se tornou impossível em alguns tipos de demandas para as partes e seus advogados abordarem a corte de apelação pessoalmente, quanto mais ver as faces dos magistrados encarregados de seus recursos³⁰.

Estando separados, desta maneira, distantes das partes e da realidade da demanda, os magistrados em segundo grau passaram a se concentrar majoritariamente em detalhes técnicos. Até mesmo sua distância do caso concreto passou a servir como uma ótima desculpa para evitar a responsabilidade pelo ato de dar decisões definitivas. Tais apelações eram, portanto, remetidas às instâncias inferiores para reexame, toda vez que fosse possível³¹, e frequentemente a única justificativa era a de que o juízo em primeira instância deveria se esforçar mais na busca por provas adicionais, para que pudesse encontrar a “verdade material”. A mesma demanda poderia retornar para as instâncias inferiores várias e várias vezes, em um processo que poderia criar um “ciclo infinito de reenvios”³². Enquanto a apelação

³⁰ Através das modificações realizadas em 2003 ao CPP, *supra*, nota de rodapé 28, as audiências públicas nas demandas cíveis contenciosas — as quais eram, na prática, extremamente raras — foram abolidas completamente.

³¹ De acordo com as estatísticas do Ministério da Justiça croata (Statistički pregled 2008 [Estudo Estatístico], <<http://www.pravosudje.hr>>, à página 4/7, é de 3.5 para 1 a proporção entre apelações que foram remetidas para a instância inferior e aquelas que obtiveram uma decisão definitiva pelo tribunal de apelação (dados para apelações procedentes no período de 2006-2008).

³² Em múltiplos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, no que diz respeito a vários países do Leste Europeu e da Europa Central, isto foi descrito como um problema sistêmico — uma “séria deficiência no sistema judicial”. Veja A. Grigić, “A Duração dos Processos Cíveis na Croácia: Principais Causas da Morosidade”, em Alan Uzelac & C. H. van

estivesse pendente, a execução estava, claro, automaticamente suspensa. Isto criou a impressão de que uma decisão judicial não-definitiva era, tal como expressou o porta-voz do maior tribunal de apelação na Croácia, um “nada jurídico”³³. Assim, a evasão da responsabilidade por exarar decisões definitivas, desta vez na instância superior da hierarquia judicial, continua até hoje a definir o panorama jurídico dos países da terceira tradição jurídica.

5. POR QUE ELA NÃO DESAPARECERÁ? COMENTÁRIOS FINAIS SOBRE A VITALIDADE DA TERCEIRA TRADIÇÃO

Minha descrição das características principais da terceira tradição jurídica não é elogiosa. De qualquer forma, é questionável se essa atitude quanto à natureza e o papel do Direito e dos juristas atende às expectativas daqueles cujos interesses eles estão encarregados de proteger. De fato, o nível de confiança de que gozam as cortes e o Judiciário nos países da Europa Central e do Sudeste Europeu é um tanto quanto baixo³⁴.

Ainda, a terceira tradição até agora mostrou que é espantosamente vital, eis que dificilmente se transformou, a despeito de vários projetos de reforma. Se alguma mudança ocorreu, ela não foi substancial — *plus ça change, plus c'est la même chose*. Por quê? Um paradoxo interessante pode ser notado aqui — o fato de que as mesmas tentativas de trazer o sistema de justiça mais próximo dos padrões do Estado de Direito ocidental, na verdade, fortaleceram o *status quo*.

Rhee, eds., *Public and Private Justice* (Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2007) 158, às páginas 158-159.

³³ Em um ofício de 03 de maio de 2007, o magistrado Krešimir Devčić, que atuava como porta-voz para a Corte Regional [nota do tradutor: “County Court”, no original], reagiu a um artigo de jornal que analisava várias decisões do magistrado Marijan Garac, nas quais ele consistentemente se recusou a condenar suspeitos de participação no crime organizado. Ele afirmou que decisões não-definitivas que eram posteriormente anuladas pela Suprema Corte “na totalidade não existem como um fato relevante”. Por “se referir a uma discussão jurídica não-existente”, o magistrado publicamente pediu ao procurador-geral que desse início a uma ação criminal contra o jornalista e o jornal que tinham publicado o comentário. O artigo original foi publicado no *Globus* em 04 de maio de 2007, n° 856, às páginas 38-42; o ofício entregue aos jornalistas foi mencionado em vários jornais, veja, e.g., online: <<http://www.jutarnji.hr/sud-trazi-kazneni-progon-novinara-globusa-zbog-clanka-o-sucu-garcu/172994/>>; para reações da Associação de Jornalistas Croatas, veja online: <<http://www.hnd.hr/hr/novine/show/51633/>>; a íntegra do ofício está no arquivo do autor.

³⁴ Na Croácia, por exemplo, as cortes estão consistentemente dentre as instituições sociais nas quais menos se confia, e o setor judicial constantemente ocupa as posições mais altas no índice de corrupção percebida.

Um dos *standards* ocidentais que os Judiciários da tradição jurídica socialista mais prontamente adotaram é aquele da independência judicial. Esse *standard* foi desenvolvido adiante, para além das garantias da tomada de decisões independentes em casos individuais. O elemento que gerava mais entusiasmo dentre as elites judiciais dos países pós-comunistas era aquele da autonomia organizacional e da autogestão do ramo judicial do governo. Isso era perfeitamente compatível com a tradição soviética, na qual os profissionais do Direito formavam um círculo fechado de indivíduos com os mesmos interesses (frequentemente interconectados por laços de família); também era uma varinha mágica que poderia ajudar na continuidade de velhas atitudes e práticas através da criação de um véu protetivo contra quaisquer críticas públicas (mesmo críticas legítimas).

Logo, os Judiciários da terceira tradição jurídica — frequentemente, com ajuda generosa de seus parceiros ocidentais — formaram barreiras impenetráveis para mudanças substanciais. Primeiramente, as atuais elites judiciais, majoritariamente herdadas do período socialista, tomaram controle total do processo de apontamento para posições judiciais e do Ministério Público ao adotar o sistema de indicação (no qual um órgão composto majoritariamente ou exclusivamente de juízes ou procuradores tem um papel exclusivo ou decisivo no recrutamento de magistrados). Tais órgãos, usualmente chamados de Conselhos Superiores Judiciais (ou algo do gênero), se espalharam velozmente através de todos os países da Europa Central e do Leste, garantindo controle ao assegurar que apenas aqueles que atendessem as expectativas das elites tradicionais serão indicados para posições judiciais elevadas.

Em segundo lugar, há novas associações profissionais de magistrados que passaram a operar como sindicatos específicos. Elas apoiam acriticamente todo membro da magistratura, silenciam qualquer análise crítica do Judiciário e das decisões judiciais e invocam a independência judicial sempre que há anúncio de reformas que possam ameaçar seu *status*.

Terceiro, a influência política dos profissionais do Direito (e dos juízes, em particular) também cresceu, porque decisões judiciais agora têm papel nos jogos políticos (e também porque juízes são ocasionalmente apontados como fiscais de eleições locais e gerais). Como consequência, alguns dos integrantes

das oligarquias judiciais estão, novamente, bem incorporados nas estruturas do poder político. Além, as elites dos profissionais do Direito começaram a ser mais e mais engajadas na elaboração de nova legislação. Em decorrência disso, a influência tradicional dos professores de Direito e de juristas especialistas dentro do Executivo está constantemente sob ataque, por ser vista como excessivamente teórica e muito distanciada da prática. Em verdade, ao controlar o processo de elaboração das leis, as elites judiciais podem efetivamente evitar mudanças que pudessem comprometer seu *status* e poder. Mesmo nos ramos executivos do governo, nos Ministérios da Justiça, se tornou costumerio empregar um número significativo de magistrados e procuradores temporariamente. Isto resulta em uma situação onde projetos elaborados pelo Executivo não são mais escritos da perspectiva do interesse público, mas são ao invés produtos de uma dupla lealdade (para dizer o mínimo).

Finalmente, o desenvolvimento mais recente está relacionado ao estabelecimento de um número de escolas profissionais para magistrados, advogados, procuradores e notários. Novamente, são quase exclusivamente os representantes das velhas elites judiciais que educam (ou socializam) os candidatos prospectivos para funções judiciais. Isto tem o efeito de excluir até mesmo a possibilidade, a opção de eles escutarem (ou mesmo de serem influenciados por) um espectro de discussões abertas e críticas que estão vindo do ambiente acadêmico jurídico³⁵. Levando todos esses desenvolvimentos em consideração, nós podemos seguramente presumir que a sobrevivência da terceira tradição jurídica está assegurada por ao menos as próximas décadas, em despeito das cada vez mais sonoras críticas públicas e da cada vez mais forte pressão internacional ao contrário.

Aqui, no próprio fim deste artigo, eu gostaria de analisar os desenvolvimentos em curso de uma perspectiva diferente, um tanto mais otimista. As duas grandes famílias jurídicas da *civil law* e da *common law* estão convergindo, indubitavelmente³⁶. Em certos aspectos, não é sequer claro se

³⁵ Na Croácia, este processo começou com o estabelecimento da Academia Judicial (a qual é, em verdade, uma unidade organizacional do Ministério da Justiça, sem quaisquer acadêmicos nos seus quadros permanentes ou em seu corpo de discentes). Isto continuou com os anúncios da Academia Notarial e com a Academia dos Procuradores, ambos planejados como extensões das suas respectivas organizações profissionais.

³⁶ Veja John Henry Merryman, "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law, and the Common Law", em Merryman, *Loneliness*, *supra*, nota de rodapé 5, à página 17.

suas diferenças ainda são significantes para qualquer propósito prático. Em um outro texto, eu expressei a visão que, ao menos no que concerne a Europa, a dicotomia entre *civil law* e *common law* deixou de ser o ponto mais importante de divergência sistêmica³⁷. Em lugar disso, eu propus que outra divisão — entre países mediterrâneos e da Europa do norte³⁸ — agora tem um papel muito mais importante. Dessa forma, os países da terceira tradição jurídica podem também estar sujeitos a uma outra convergência — a convergência da tradição jurídica ex-socialista e parte da tradição do *civil law* que, em minha proposição, forma o círculo dos “sistemas mediterrâneos”. Desta forma, podemos ser convidados a descobrir novas categorias para o futuro: categorias que novamente enquadrarão as diferenças mais fundamentais dos sistemas jurídicos na forma de uma oposição bipolar. Isto, de qualquer forma, é um tópico para outro artigo.

REFERÊNCIAS

CEPULO, Dalibor. **Tradicija i Modernizacija: iritinmatnost Opcég gradanskog u hrvatskom pravnom sustavu** [Tradição e Modernização: ‘Irritabilidade’ do Código Civil Austríaco no Sistema Jurídico Croata], in Igor Gliha *et al.*, eds., *Liber amicorum Nikola Gavella*. Zagreb: Pravni fakultet, 2007.

DAMASKA, Mirjan. **The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process**. New Heaven: Yale University Press, 1986.

European judicial systems. Edition 2008 (data 2006): Efficiency and quality of Justice. Strasbourg: Council of Europe, CEPEJ, 2008.

GRIGIĆ, A. **A Duração dos Processos Cíveis na Croácia: Principais Causas da Morosidade**, em Alan Uzelac & C. H. van Rhee, eds., *Public and Private*

³⁷ Veja Alan Uzelac, “Reforming Mediterranean Civil Procedure: Há Necessidade para Terapia de Choque?”, em C. H. van Rhee & Alan Uzelac, eds., *Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ*, Ius Commune Series (Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2008), à página 71.

³⁸ Esta divisão é um modelo, e não uma descrição factual. As categorias usadas aqui não correspondem necessariamente a localidades geográficas de sistemas de justiça individuais.

Justice. Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2007.

Jovan Đorđević, *Politički sistem* [Sistema político]. Beograd: Savremena administracija, 1980.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Westyern Europe and Latin America**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985.

MERRYMAN, John Henry. **The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law**. Haia: Kluwer Law International, 1999.

Pravna enciklopedija, vol. 2 [Enciclopédia jurídica]. Beograd: Savremena administracija, 1985.

Pravni leksikon [Léxico Legal]. Beograd: Savremena administracija, 1964.

Teoriya gosudarstva i prava [Teoria do Direito e do Estado]. Moscow: Iuridicheskaya izd., 1940.

UZELAC, Alan. **Papel e Situação dos Juízes na Croácia**, em Paul Oberhammer, ed. *Richterbild und Rechtsreform in Mitteleuropa*. Vienna: Man, CILC, 2000.

UZELAC, Alan. **Reforming Mediterranean Civil Procedure: Há Necessidade para Terapia de Choque?** em C. H. van Rhee & Alan Uzelac, eds., *Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ*, Ius Commune Series. Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2008.

UZELAC, Alan. **The Rule of Law and the Croatian Judicial System: Court Delays as a Barrier on the Road to European Accession**, em Justin Orlando Frosini, Michele Angelo Lupoi & Michele Marchesiello, eds., *A European Space*

of Justice. Ravenna: Longo Editore, 2006.

UZELAC, Alan. **Zavisnost i nezavisnost: Neka komparativna iskustva i prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj**. [Dependência e Independência: Algumas Experiências Comparativas e Propostas quanto ao Status dos Juízes Croatas], Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 42:4. Suppl. 1992.

Veljko Mratović, Nikola Filipović & Smiljko Sokol, *Ustavno pravo i političke institucije* [Direito Constitucional e Instituições Políticas]. Zagreb: Pravni fakultet et al., 1986.

Recebido em xx/xx/201x
Aprovado em xx/xx/201x
Received in xx/xx/201x
Approved in xx/xx/201x