

issn 1678-7145
eissn 2318-4558

CONFLUÊNCIAS

revista interdisciplinar de sociologia e direito

17/02
agosto de 2015



Programa de
Pós-Graduação em
Sociologia e Direito

CONFLUÊNCIAS

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE SOCIOLOGIA E DIREITO

www.confluencias.uff.br

Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito

Universidade Federal Fluminense

ISSN 1678-7145 || EISSN 2318-4558

Av. Prof. Marcos Waldemar de Freitas Reis s/n - Cam-
pus do Gragoatá - Bloco O Sala 309 - São Domingos

- Niterói - RJ - CEP: 24.210-340

Telefone: (**21) 2629-2869

E-mail: sociologia_direito@yahoo.com.br

EXPEDIENTE

Editor 2015: Pedro Heitor Barros Geraldo

E-mail: pedrogeraldo@id.uff.br

Editor Associado: Rodolfo Noronha

Secretários Executivos: Marco Aurelio Alves Epifani

Filho e Luiza Felix de Souza Barçante

Diagramação: Pedro Henrique Souza de Assis

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto Cardoso (IESP-UERJ)

Baudouin Dupret (CNRS, França)

Delton Meirelles (UFF)

Edmundo Daniel dos Santos (Université d'Ottawa, Canadá)

Eliane Junqueira (PUC-RJ)

Henri Acserald (UFRJ)

Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ, Brasil)

Luís Antônio Cardoso (UFF)

Marcelo da Costa Pinto Neves (UnB)

Marcelo Pereira de Mello (UFF)

Mónica María Bustamante Rúa (Universidad de Medellín, Colômbia)

Napoleão Miranda (UFF)

Raul Francsico Magalhães (UfJF)

Sumário

Dados dos Autores.....04

— Artigos —

LA LUCHA POR EL SALARIO MÍNIMO: una mirada desde las reivindicaciones logradas por manifestaciones cívicas de la década de 1970 en colombia...06
Luisa F. G. Lozano

JUSTIÇA PELO DEVER OU PELO BEM?: uma discussão a cerca da moral nos sistemas de justicia retributiva e restaurativa.....28
Paola Stuker

A FORMAÇÃO DO CONHECIMENTO NO CAMPO DO DIREITO E DAS CIÊNCIAS SOCIAIS: Questões Teórico-Methodológicas.....41
Michel Lobo

A TEORIA DO DISCURSO RACIONAL DE HABERMAS.....64
Aylton Barbieri Durão

ENTRE A ACADEMIA E OS TRIBUNAIS: a construção social do direito constitucional brasileiro.....87
Carlos Victor Santos e Gabriel Silva

SOBRE LEGITIMIDADE, PRODUTIVIDADE E IMPREVISIBILIDADE: Seletividade policial e a reprodução da ordem social no plano de uma certa “política do cotidiano” ...109
Elizabete Albernaz

THE PLEA BARGAINING MACHINE.....123
George Bisharat

“LATROCÍNIO” E “HOMICÍDIO”: uma distinção processual que separa “criminosos” e pessoas “que cometeram um crime”.....151
Isabel Nuñez

A TRAGÉDIA DA IMITAÇÃO: o vazio e o extremo no sentido da política e da violência moderna.....173
Luiz Carlos Junior

Dados dos Autores

— Autores da Edição —

Luisa Fernanda García Lozano

Abogada de la Universidad Santo Tomás de Colombia. Máster Oficial de la Universidad del País Vasco y de la Università degli Studi di Milano: Master in arts of the Sociology of Law ofrecido por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

Paola Stuker

Socióloga formada pelo curso de Ciências Sociais Bacharelado da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGS-UFRGS).

Michel Lobo

Doutorando e mestre em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Aylton Barbieri Durão

Doutorado em filosofia pela Universidad de Valladolid/Espanha, revalidado pela UFRJ. Graduação e mestrado em filosofia pela UERJ.

Gabriel Borges da Silva

Professor na Faculdade de Direito de Valença - FAA. Doutorando em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense - PPGSD/UFF.

Carlos Victor Nascimento dos Santos

Professor Substituto da Universidade de Brasília. Doutorando em Teoria do Estado e Direito da Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PPGD/PUC.

Elizabete Ribeiro Albernaz

Professora Substituta do Departamento de Segurança Pública da Universidade Federal Fluminense (DSP/UFF). Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense (PPGA/UFF).

Dados dos Autores

— Autores da Edição —

George Bisharat

Professor of Law, UC Hastings College of the Law, University of California, San Francisco, Estados Unidos da América do Norte.

Izabel Saenger Nuñez

Doutoranda em Antropologia pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do Instituto Nacional em Administração Institucional de Conflitos – INCT/InEAC

Luiz Carlos Ramiro Junior

Mestre e Doutorando em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ (IESP/UERJ).

LA LUCHA POR EL SALARIO MÍNIMO UNA MIRADA DESDE LAS REIVINDICACIONES LOGRADAS POR MANIFESTACIONES CÍVICAS DE LA DÉCADA DE 1970 EN COLOMBIA

Luisa Fernanda García Lozano

Doctoranda en derecho en la Universidad de Buenos Aires

E-mail: trevannian@gmail.com

Resumen

En la década de 1970 se presentaron circunstancias de suma relevancia para los trabajadores en Colombia. Las sucesivas manifestaciones en contra del manejo que se daba al salario y al derecho de asociación sindical desembocaron en el Paro Cívico Nacional de 1977, del cual se desprenden reivindicaciones sociales y laborales importantes para el país. Empero, el resultado de estas reivindicaciones no siempre estuvo acompañado de la política ni del Derecho, graves y magras rupturas tuvieron que presentarse.

Palabrasclave: Salario, Paro Cívico Nacional, Derecho y Sociedad.

Abstract

In the 1970s there were circumstances of extreme relevance for workers in Colombia. Subsequent demonstrations against the management which offered the wage and the right of labor union association led to the National Strike on 1977, from which emerge important social and worker claims for the country. However, the outcome of these claims was not always accompanied by policy or law, grave breaches and had to appear lean.

Key Words: Salary, National Strike, Law and Society.

INTRODUCCIÓN

*Pero los que seguimos construyendo somos los obreros,
y sin embargo sólo nos queda el cansancio, la vejez,
la pobreza
y hasta la falta de vivienda,
porque el pago sigue siendo el mismo.
O menos, porque ahora se compra menos con lo que uno gana (...)*
Libardo Quintero

Dentro de los principales elementos que adquieren relevancia al estudiar el derecho laboral colectivo en Colombia se establece la lucha cívica de la década de 1970, por cuanto en este lapso; aunque a nivel legal no se reivindicaron los derechos laborales, se llevaron a cabo las mayores manifestaciones sociales en contra del Derecho y las instituciones vigentes lo cual unificó al pueblo colombiano como no se vio en ningún otro momento en la historia.

Para Colombia, la década de 1970 se constituyó en una época en donde se presentaron las mayores acciones por parte de los sindicatos y conjuntamente, movilizaciones a lo largo y ancho del país. Este fenómeno se debió a que la lucha contó con un propósito común para todas las centrales obreras: el salario mínimo unificado y la reivindicación de derechos para los trabajadores. Sin embargo, el pro-

ceso histórico evidenció que el contexto era más complejo.

La dualidad propia de la época que enfrentaba la reivindicación de los derechos sociales por contra de los políticos, la izquierda contra la derecha. Además de la conformación conservadora tradicional de las clases dirigentes, existió un gran enfrentamiento entre la conformación política de los sindicalistas y una clase dirigente al servicio de las empresas, legitimadas por el autoritarismo. Es así como el país, para esa década, se encontraba en un proceso de estructuración social.

El presente escrito tiene como objetivo analizar la lucha cívica por el establecimiento del salario mínimo unificado, este hecho tiene varios elementos de análisis como lo son *i)* La historia de los movimientos obreros, *ii)* La falta de garantías legales para los procesos de movilización social, *iii)* La imposición legal de las acciones autoritarias a través del estado de sitio, y; *iv)* El paro cívico, como hecho social más relevante del miércoles 14 de Septiembre de 1977. Este último hecho social será estudiado como uno de los factores que denota la complejidad de las luchas obreras y el contexto colombiano.

Las transformaciones del Derecho en Colombia han sido presas de la falta de contenido político, de la falta de diálogo entre la Sociedad y el Derecho y de la incoherencia de las clases dirigentes con la mayoría social. En este

sentido, en la primera parte se realizan precisiones históricas y legales que contextualizaron el Paro Cívico de 1977, en la segunda parte se estudia el Paro específicamente, los hechos y consecuencias del mismo, para así; finalmente, proponer algunas conclusiones.

La metodología propuesta para desarrollar este artículo se valió del análisis documental teniendo como muestra artículos de periódico de la época para la cual se presentó el Paro cívico, muestra que permite una contextualización real de los hechos y facilita desarrollar el objetivo.

RECORRIDOS HISTÓRICOS

A mediados del siglo XX, Colombia vivía en un sistema político excluyente y la gobernabilidad se basaba en el mantenimiento del estatus quo de las clases dirigentes tradicionales. El sindicalismo simbolizaba en plena guerra fría la presencia de la izquierda, en un país que se mantenía en una lógica liberal de occidente al mantener las relaciones políticas más representativas con los Estados Unidos de América.

Dentro de dicha lógica, el reconocimiento legal para algunos sindicatos tardó y la representación del poder gubernamental significó, a nivel social, el alejamiento de la Sociedad, el Derecho, el Poder y la Política. La alternación del poder entre los partidos políticos Liberal y Conservador, denominada como el “Frente Nacional” significó:

(...) la transformación de la relación entre el consenso y la legitimidad dentro de la hegemonía política colombiana con respecto a las clases populares y la resolución de la dualidad contradictoria del bipartidismo, consolidaron el carácter del estado como forma de dominación, pero al mismo tiempo atrofiaron su capacidad para crear vínculos jurídicos la mayoría de la población y detentar el monopolio legítimo de la coacción física, la gestión de los bienes públicos y la administración de justicia (Múnera Ruiz 1998.: 231)

Igualmente, en el ámbito económico, las cifras decrecían a medida que pasaba el tiempo:

(...) entre 1966 y 1974, el país experimentó un alto ritmo de crecimiento, alcanzando 6.4% en el PIB y 7.9% en la producción industrial. El periodo subsiguiente -entre fines de 1974 y 1979 - fue de desaceleración en la economía; los indicadores mencionados fueron de 5.0% y 4.6 % respectivamente (...) En el periodo 1970-1974 las exportaciones manufactureras crecieron a una tasa media anual de más del 100%, pasan-

do de 93.8 millones de dólares en 1970 a 526 millones de 1974, año en que las exportaciones diferentes al café representaron el 55% del total, 62% de las cuales eran de origen industrial. De modo que el buen comportamiento del PIB, total o sectorial, se explica en buena parte por la actividad exportadora que crecía a un ritmo promedio anual del 6.5%: el sector industrial a un 9%, el sector agropecuario a un 4.1% y el PIB per cápita a un 4.2% promedio anual. Sin embargo esta dinámica económica castigo los salarios reales de los obreros y empleados, quienes perciben en 1974 un salario mínimo real más o menos equivalente a la mitad del que devengaban en 1970 (Sánchez Ángel 2009.: 1973).

En medio del anterior contexto, los sindicatos comenzaron a tener cada vez más fuerza, sobre todo en las clases menos favorecidas. Para comprender el desarrollo histórico de la creación de los sindicatos, hay que remontarse a la Ley 83 de 1931 (Congreso de la República de Colombia 1931). En ella se otorgó reconocimiento a los sindicatos y se estableció un derecho de asociación controlado por el Estado y las élites. El elemento de coacción, se encontraba en

que, para que los sindicatos fueran legales y pudieran ejercer sus actividades misionales, debían contar con reconocimiento de personería jurídica. Prerrogativa que no se otorgaba fácilmente; y en la mayoría de los casos, el silencio administrativo negativo reinaba frente dichas solicitudes.

Posteriormente, el Decreto 2350 de 1944 (Presidencia de la República de Colombia 1944), debilitó las huelgas obreras al establecer una etapa obligatoria de conciliación ocho días después de que estas hubieren comenzado, obligándose, a su vez, a estipular efectos patrimoniales en contra de los trabajadores que aprobaran su realización. Asimismo, la preferencia dada a los sindicatos de base inhabilitó a las federaciones y confederaciones para llevar delante, de forma directa, las acciones reivindicatorias:

(...) se reconocieron circunstancias para desconocer el fuero sindical y establecieron que la huelga solo podía realizarse con la mitad más uno de los miembros de la empresa (Múnera Ruiz 1998.: 204).

En 1945, se expidió la Ley 6ª (Congreso de la República de Colombia 1945), la cual puede considerarse progresista para la década, pues en ella se establecen los mínimos de los derechos para los trabajadores, entre estos se en-

cuentran: Contratación colectiva, Auxilio de paro o desempleo (cesantías), horario de 8 horas, definición de un salario mínimo, seguridad social, vacaciones remuneradas, pago de horas extras, reglamentación del trabajo nocturno, descanso dominical remunerado, pago de primas especiales, indemnización por accidente de trabajo y enfermedad profesional, jurisdicción especial del trabajo, fuero sindical, reafirmación del derecho de huelga, presunción del contrato de trabajo, prestaciones a trabajadores del agro, prestaciones a trabajadoras del servicio doméstico, protección a colonos.

No obstante, la politización bipartidista produjo que los derechos sindicales no fueran aceptados libremente, la iglesia católica y el partido liberal, por ejemplo, crearon la UTC (Unión Nacional de Trabajadores) que mantenía los dogmas de la clase dominante. Por esta razón, la mayoría de los sindicatos no eran reconocidos y se presentaba una fuerte contraposición por parte la élite, al identificar dichos sindicatos como promotores de ideologías de izquierda.

Esta fue la razón por la cual, aun cuando se mantuvo vigente la ley, no se puso en práctica; hecho que desataría las movilizaciones cívicas, al igual que las continuas protestas por parte de los trabajadores. En virtud de estos acontecimientos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1972, mediante un comunicado del comité de libertades sindicales, consideró la acti-

tud gubernamental contraria a los Convenios 87 y 98 de 1948 y 1949, respectivamente; Convenios que sólo serían ratificados por el Congreso colombiano hasta 1976 (Múnera Ruiz 1998.: 309).

Por otra parte, cerca de la década de 1970, se crearon centrales obreras representativas y se transformaron otras tantas, en este sentido, es de resaltar que; entre las organizaciones sindicales que lideraron estos procesos de lucha como por ejemplo, la CSTC (Confederación Sindical de Trabajadores de Colombia); desde su creación, debieron subsistir sin personería jurídica, es decir, de forma ilegal.

A lo largo de la transición a la segunda mitad del siglo XX, existieron centrales obreras que mantenían en su discurso hacer frente a las leyes laborales que impedían el derecho de asociación y huelga, estos límites, en principio, tenían origen en el régimen político de autoritarismo a través del bipartidismo y de origen constitucional los estados de sitio. Por tal motivo, la construcción y deconstrucción de dichas organizaciones estuvieron muy latentes principalmente después de los años de 1950 y buscaron la transformación de acuerdo a los momentos históricos, este es el caso de la CTC- Confederación de trabajadores de Colombia:

(...) que buscó la su fortalecimiento con ayuda de la Federación sindical mundial FSM y la confederación de trabaja-

dores de América Latina CTAL
(Oviedo Hernández 2011.: 50 -51).

Algunos de los movimientos latentes que participaron en el paro de 1977 nacieron en 1969 cuando se creó el movimiento obrero independiente y revolucionario MOIR, de UTRAN, fundadora de U.T.C., se desprendieron un conjunto de sindicatos bajo la protección del Partido social demócrata Cristiano PSDC, así fundaron la asociación sindical Antioqueña ASA, también fundan ASICUN y ASITLAN, que fueron coordinados por ASICOL que se convirtió e la Confederación General de Trabajadores CGT, en 1971.

Los movimientos obreros y sindicales que se crearon en la época tenían como objetivo cambiar la política salarial del país, en virtud a que, bajo una consideración social, esta era contraria a las necesidades económicas internas. La primera Ley que estableció el salario mínimo legal fue la Ley 6° de 1945, en su artículo 4:

El Gobierno podrá señalar, por medio de decretos que regirán por el término que en ellos se indique, los salarios mínimos para cualquier región económica o cualquier actividad profesional, industrial, comercial, ganadera o agrícola de una región determinada, de conformidad con el costo de la vida, las modalidades del trabajo, la aptitud relativa de los trabajadores, los

sistemas de remuneración o la capacidad económica de las empresas, previo concepto de comisiones paritarias de patronos y trabajadores (Congreso de la República de Colombia 1945).

Esta ley fue puesta en marcha en 1949, la época se caracterizó por la existencia de grandes divergencias entre los salarios en las regiones, la inexistencia de una periodicidad para su alza, e igualmente, la subjetividad del mismo ya que dependiendo de la empresa y su tamaño el salario variaba.

En 1959 la Ley 187 (Congreso de la República de Colombia 1959), creó el Consejo Nacional de Salarios, esta derogó el artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo; y, el artículo 4 de la Ley 6 de 1945. Dentro de las funciones que se establecieron para el Consejo Nacional de Salarios se establecieron: Fijar y revisar periódicamente, por lo menos cada dos años, los salarios mínimos que debían regir en cada región económica, así como los coeficientes de incremento de esos salarios mínimos regionales, en razón del grado de calificación del operario o del nivel del empleo en la jerarquía profesional, que determinarían los respectivos salarios mínimos profesionales. Prescribir las normas sobre investigación y determinación de los índices del costo de la vida en cada región económica para las clases media y obrera, tanto en las zonas urbanas como en las

rurales. Servir de organismo consultor del Gobierno para orientar la política general en materia de salarios.

El Consejo de Estado de Colombia, en Sentencia 407 de 1979 estableció:

De suerte pues, que la Ley 187 de 1959 es la única formación que existe en materia de fijación de salarios mínimos, que fue hecha por el propio legislador. Y si es el Consejo Nacional de Salarios la única entidad que puede determinar el monto de esos salarios, porque para ello lo faculta la ley, el Gobierno carece entonces, se repite, de facultad para hacerlo por decreto, así tenga una medida de esta naturaleza el fin sensato de buscar en ausencia de un consenso en el Consejo Nacional de Salarios entre empresarios, asalariados y el propio Gobierno, a través de un reajuste general de salarios, armonizar los ingresos de los trabajadores con la devaluación (Consejo de Estado de Colombia 1979.

Empero, no existió consenso frente al monto que debía reconocerse como salario mínimo; y, trascurridos dieciséis años, el gobierno seguía definiendo el salario mínimo por región sin tener en cuenta los indicadores sociales:

El salario mínimo fue revisado en 1969, en contra del mandato legal de hacerlo cada dos años. Cuando se decide aplicar la revisión, esta se hace sin propiciar la recuperación (1969-1972-1973). En los acuerdos con el fondo monetario internacional se asume el compromiso de mantener una política salarial restrictiva (Sanchez Ángel 2009: 178)

Igualmente, es de resaltar que la Corte Suprema de Justicia, como órgano principal que establecía las disposiciones jurídicas, se alió con las clases gobernantes y mediante jurisprudencia, desmontó los derechos convencionales de los trabajadores, adoptando posiciones como:

a) *Los árbitros no pueden decretar la retroactividad salarial entre la fecha en que expiden el laudo y el día en que se venció la convención colectiva. Esta decisión se adoptó recurriendo al nombramiento de un conjuer. En el salvamento de voto queda muy clara la injusticia que conlleva a esta decisión.*

b) *Los árbitros no pueden crear nuevas prestaciones sociales: sobre estos particulares conviene reiterar la jurisprudencia de la Sala según la cual el*

tribunal de arbitraje obligatorio puede aumentar las prestaciones extralegales que ya se hallen establecidas por convención o laudo anterior, pero no crearlas u ordenarlas por primera vez, contra la voluntad obligada o al margen de la misma.

c) *Los árbitros sólo pueden decretar incrementos económicos en salarios y prestaciones, reduciendo los conflictos de intereses únicamente a las peticiones monetarias, siendo todas las demás peticiones “aspectos políticos” del pliego*

d) *Los árbitros si pueden desmejorar las convenciones colectivas no solamente los aspectos estrictamente monetarios, sino en otros derechos como estabilidad, pensión y cesantías* (Romero Silva 2005: 170).

Las presiones que se gestaron produjeron que el presidente de la época, Alfonso López Michelsen, reconocie-

ra en 1974 la personería jurídica de la CSTC y colocara en puestos claves en el Ministerio del Trabajo a miembros del partido comunista, asimismo:

(...) plantea una política que tiene 3 ejes fundamentales: la incorporación de las prestaciones sociales al salario integral, cuyo incremento anual quedaría supeditado a la productividad de las empresas; el aumento del salario mínimo y la unificación de la legislación laboral en los sectores urbanos y rural; y la protección del derecho de asociación y el sindicalismo de industria (Múnica Ruiz 1998: 315)

Sin embargo, esta medida fracasó las iniciativas no prosperaron y los fallos de la Corte Suprema de Justicia produjeron una radicalización de los sectores sindicales, así para 1975 se registran los siguientes porcentajes de integrantes para cada movimiento:

<i>Sindicatos</i>	<i>Número de personas</i>	<i>Porcentajes</i>
Sindicatos independientes	1.941	36.4%
Afiliados a la U.T.C	2.066	38.7%
Afiliados a la C.T.C	627	11.7%
Afiliados a la C.S.T.C	577	10.8%
Afiliados a la C.G.T	123	2.4%

Esto significó el enfrentamiento interno entre grupos sindicales, dado que, los grupos independientes se enfrentaron con los grupos tradicionales que manejaban los conflictos CTC y la UTC. La clase política y dirigente comienza a presionar dentro de las entidades públicas transforman la calidad de los empleados de trabajadores oficiales a empleados públicos con el objetivo de impedir su vinculación a sindicatos, la disposición que prohíbe a un empleado público hacer parte de un sindicato se soportaba en el decreto 3135 de 1968, no obstante y paradójicamente el mismo gobierno desde su política partidista no fue estratégico en la toma de este tipo de decisiones políticas y las presiones hacia algunos sectores que eran empleados públicos suscitó el descontento y por ende la llamada a la movilización:

Surgen las problemáticas de los trabajadores del Estado. Los trabajadores del estado crecieron mucho, tenían gente en los departamentos, tenían los maestros, y resultaba que a pesar de que los cargos se repartían entre liberales y conservadores por el clientelismo que conllevaba el frente nacional, sin embargo se centraba en contradicción con las políticas estatales por la carestía y el trato que el gobierno les daba. Yo recuerdo que pasaron como 3

tres años que les aumentaron a todo el mundo menos a los maestros. Y las movilizaciones que hicieron fueron formidables. Organizaron los maestros una marcha desde la costa hasta Bogotá, levantando sus reivindicaciones. Con Alberto Carvajal y el perro solidario que se hizo famoso, “hasta el perro” apoyaba el magisterio, se decía, un perro se pego a la marcha y lo bautizaron Solidario (Oviedo Hernández 2011.: 61-62)

El desempleo es una constante durante el frente nacional: para 1972 la cifra de desempleo era de un millón cuarenta y nueve mil personas, equivalente al 15.3% (Sanchez Ángel 2009.: 178) de la población económicamente activa, según estudios de Planeación Nacional.

Los anteriores acontecimientos produjeron que se organizará un gran Paro Cívico en el cual se mostrara el rechazo frente a las políticas salariales, fueron convocados todos los sectores del país, teniendo por contrarios a las clases dominantes y al gobierno, este paro fue un suceso significativo para comprender la falta de diálogo entre la Sociedad y el Derecho.

EL PARO CÍVICO NACIONAL DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1977

El Paro Cívico se convirtió en uno de los símbolos con los que se reconoce a las movilizaciones cívicas y sociales

del país. Este hecho se encuentra relatado en varios textos con algunas modificaciones y tendencias de acuerdo al enfoque de pensamiento, sin embargo, la conclusión es básicamente la misma: dicha movilización produjo una serie de acontecimientos que transformaron el Derecho Laboral en Colombia. Por lo tanto, con el fin de comprender la magnitud del Paro, se recurrió como metodología principal al análisis de periódicos de la época, lo cual permitió, además, descubrir los discursos hegemónicos del momento.

Para la época, el contexto en cuanto a las oportunidades de empleo y calidad de vida se encontraban malogrados. Con un costo de vida que cambiaba año a año y salarios estáticos proporcionalmente bajos para un trabajador promedio, el proyecto de vida bien podría concentrarse en el mantenimiento de la familia y la adquisición de bienes de consumo básico por parte de los trabajadores. Los reportes periodísticos establecían que el costo de vida se elevaba a un 44%, lo cual exaltaba la pobreza de los trabajadores.

Por tanto, dentro de las peticiones más comunes que arengaban los sindicatos y la sociedad en general se encontraban:

El aumento de un 30 % en los salarios mínimos a nivel nacional, según vocero de la UTC los dirigentes obreros tratan de “formar un solo frente y un bloque” para oponerse a las aspira-

ciones del gobierno de mantener congelados los salarios, para evitar el desbordamiento de la inflación (El Colombiano 1977: 1).

Las primeras manifestaciones que organizaron el Paro Cívico Nacional se presentaron entre los meses de Mayo y Agosto. En esta última fecha se presentó un pliego que contenía las directrices y solicitudes que sustentaban la propuesta:

(...) en agosto de 1977, la UTC y la CTC levantaron un pliego de once puntos y ratificaron la decisión de ir a paro el 17 y 18 del mismo mes. El 20 de agosto, las cuatro centrales -UTC, TCT, CS-TC y CGT- constituyeron el Consejo Nacional Sindical, CNS, en un contexto de huelgas de los petroleros, cementeros, maestros y trabajadores de indupalma y expidieron la declaración del paro (...) se manifestaba la solidaridad con los trabajadores, se negó el carácter subversivo o de inspiración política del movimiento, y se convocaba a todo el movimiento sindical, a los trabajadores del campo, a las amas de casa, a los independientes y desempleados, etc, a comprometerse con el paro (Sanchez Ángel 2009: 263).

La decisión por parte de las Centrales Obreras desde principios de mes era clara:

No hay ningún motivo para “dar marcha a tras” en la orden que ha impartido la UTC, CTC, CTSC y CGT, para su movimiento uniforme de protestas por las medidas del gobierno.” “Los comités ejecutivos de CTC y UTC, denominados sector democrático del movimiento obrero, CST controlada por el partido comunista y CGT la cual tiene una orientación social cristiana, están a cargo de la organización del paro obrero (El Tiempo 1977.: 9).

Igualmente, los periódicos determinaron como fuente esencial la necesidad de regular los salarios a nivel nacional, así como establecer un salario mínimo:

Punto capital del paro cívico, es la negativa del administración López Michelsen, para poner en marcha la llamada prima móvil que fue aprobada por una ley de hace más de 6 años, pero que no se ha puesto en ejecución por ninguno de los gobiernos anteriores, por no existir las condiciones para esa nueva erogación a las empresas y al propio gobierno (El Colombiano 1977.: 2).

Dentro de los elementos que son necesarios mencionar se encuentran las disposiciones del Estado de Sitio. Por ende, el primer comunicado que emitió el gobierno consistió en reafirmar su poder sobre los medios de comunicación:

(...) el gobierno recordó que al tener un decreto reciente las emisoras y canales de televisión sólo podrán transmitir comunicados oficiales que emitirá, cada media hora y a partir de las 7 am, el ministro Rafael Pardo Buelvas (El Tiempo 1977.: 1).

Igualmente, a nivel nacional, el Ministro reseñado sostenía:

(...) Agregó Pardo Buelvas, que cada hora se procederá a la difusión de boletines especiales sobre la situación de orden público del país. Hasta que la situación de orden público este en constante tranquilidad, de acuerdo con los reportes de los 22 gobernadores, intendencias, comisarios y el alcalde del distrito especial (El Colombiano 1977.: 1).

Dentro de los discursos que durante la semana se realizaron se evidencia la manipulación mediática por parte de los partidos, puesto que proyectaron una imagen de protección hacia los trabajadores teniendo en cuenta

que se estaba ad portas de elecciones (1978-1982) y que el movimiento de masas producía la favorabilidad electoral, pero al mismo tiempo, rechazaron el Paro con solicitudes de volver a la estabilidad política tradicional.

A través de los periódicos se estableció que el discurso de los partidos tradicionales Liberal y Conservador, tenían como fin rechazar el Paro. No obstante, la estrategia versaba en evidenciar (crear) protección a las clases menos favorecidas. En el caso del Partido Conservador, se reconocía la necesidad de levantar los salarios pero dentro de los patrones políticos que caracterizaban el país, mantener la dualidad de la nación solicitando el voto por su candidato:

las continuas demandas de aumento de salarios, las huelgas permanentes y el tremendo estado de inseguridad son expresiones exactas que vive el pueblo colombiano". Y por su parte, el alcalde de Bogotá Bernardo Gaitan Mahechea en representación del partido liberal, solicitó al pueblo Colombiano respaldar la democracia y sus instituciones, al presidente Alfonso López Michelsen yendo a sus lugares de trabajo (El Tiempo 1977: 6).

+++ REDACCIÓN DE LA CITA ES DIFUSA

Asimismo, el presidente en su discurso estableció un calificativo específico para el paro, "ilegal" y dentro de esos parámetros es que los estamentos debían comprender dichas acciones:

(...) se trata de un paro ilegal; no se trata de ninguna huelga ni de ningún tipo de paro contemplado en el código sustantivo del trabajo, sino de una medida de carácter político, de un paro destinado a crear una situación política, casi una situación electoral, a la coalición liberal y conservadora, contemplada en la constitución". El colombiano, Normal actividad para mañana, martes 12 de septiembre", por lo cual, seguidamente expresó: "serán aplicadas sin contemplaciones las medidas que han sido dispuestas por el ejecutivo para sancionar a las personas que hoy no se presentan a laborar en sus sitios de costumbre (El Colombiano 1977: 1).

Paradójicamente, solo se encuentra una declaración en los periódicos recolectados por una dirigente sindical que respaldaba el paro y convocaba para hacerlo efectivo: María Eugenia Rojas; hija del Caudillo Político, el General Gustavo Rojas Pinilla, quien se mantuviera en el poder (1953-1957) por golpe de Estado sobre el entonces presidente

Laureano Gómez; siendo aquella la presidenta de la “Anapo” (Alianza Nacional Popular) manifestó:

(...) el paso dado por ustedes en este momento es el más trascendental en el curso de muchos años” “quiero manifestar que Anapo los acompaña en este propósito de clamor por el pan y por el techo y la justicia de las muchedumbre explorada y esta lista , con su abrigados militantes, a prestar el concurso que sea necesario a fin de obtener la redención social, económica que anhelan los estamentos más golpeados de nuestra sociedad (El Tiempo 1977:. 6).

Para el interés del presente artículo se considera necesaria la cita en extenso de una descripción del día del paro, desde el enfoque en que lo percibió la ciudadanía; y, desde perspectivas de las centrales obreras:

Desde mucho antes del amanecer Las últimas horas del 13 de septiembre fueron de una febril actividad en todos los barrios indigentes del sur de Bogotá. Envueltas en un ambiente de conspiración, familias enteras se dedicaron a doblar grapas, almacenar llantas viejas, preparar botellas de gasolina,

alistar mechas, arrumar bulbos con vidrios rotos, recolectar estopa y miles de tachuelas. Ni ancianos ni niños se daban un minuto de reposo.

Desde las 5 de la mañana, un caudal humano comenzó a llenar la Avenida Caracas en las entradas a los barrios San Carlos, Marco Fidel Suárez, San Jorge, Santa Lucía y Las Colinas. Tres cuartos de hora más tarde, más de 10 mil personas cortaron el cruce de la Avenida 68 con Autopista Sur. Una pesada casamata del tránsito había sido destruida y arrojada por pedazos en mitad de la calzada. Luego de varios enfrentamientos sin cuartel con los uniformados, un grupo de manifestantes refuerza el tapón con enormes bloques de concreto. Aparece una inmensa muchedumbre, imbuida de coraje y temeridad, con los restos de un chasis humeante sobre los hombros. El almacén de acero calcinado levanta chispas contra el pavimento. Nace uno de los primeros bloqueos populares del 14 de septiembre.

Mientras tanto, los habitantes de los barrios Tejar, Alquería, Muzú, San Eusebio, Santa Rita y La Fragua, ya habían convertido la avenida 1° de

Mayo en una trinchera inexpugnable. Hombres, mujeres, jóvenes y niños se apoderaron de un extenso tramo de la carrielera Soacha-Bogotá, y durante más de media hora sitiaron un tren de seis vagones a golpes de piedra, varillas de hierro y canecas de basura atravesadas en la vía. A las 10 de la mañana se presentó una violenta refriega con la fuerza pública, y el pueblo, a la ofensiva, se tomó las fábricas Mármoles Andinos, Modulíneas, Laboratorios Lutecia y Calzado La Corona. Los archivadores, escritorios, máquinas de escribir y teléfonos volaron por las ventanas.

Durante todo el día y parte de la noche, los barrios populares del sur de la ciudad fueron escenario de violentos forcejeos en los que alternativamente los contendientes ganaban y perdían cada palmo de terreno. Las puertas de las humildes viviendas estuvieron siempre abiertas para dar refugio a quienes se batían en las calles.

Derribando viejos muros de ladrillo, arrancando semáforos, árboles y postes de alumbrado eléctrico, los combatientes del pueblo bloquearon la calle 68 en sus principales cruces, la Avenida Boyacá y la Avenida Rojas Pi-

nilla. En el barrio Santa Helenita sus habitantes sitiaron la central de teléfonos en un encuentro encarnizado con la policía.

En Las Ferias, la multitud se pone en movimiento y la tropa se ve obligada a retroceder, y es entonces cuando centenares de gentes sumidas en el hambre y la desesperanza se lanzan sobre las instalaciones del almacén YEP y arrasan con candados, mallas, cerrojos. Las máquinas registradoras, símbolos de la explotación y el alto costo de la vida, se estrellan contra el piso.

Encerrados en su propia jaula En ciudad Kennedy, al sur occidente de Bogotá, los trabajadores se ubicaron en los paraderos de los buses desde mucho antes de la madrugada, y lograron la suspensión total del transporte durante el resto del día. En la mañana programaron una marcha de protesta contra el régimen, que recorrió cuadras enteras, en medio del apoyo vehemente de todo el vecindario, y que terminó por concentrarse en la Avenida 1°. De Mayo con carrera 76, a la entrada del barrio Timiza. Allí se tomó la decisión de interceptar la vía con vallas derrumbadas, troncos caídos y grandes parches de aceite. Los unifor-

mados tuvieron que replegarse y buscar refugio dentro del furgón antimotines que los había conducido hasta el sitio. Quedaron encerrados en su propia jaula, hasta cuando se hicieron presentes los refuerzos de tropa enviados en su auxilio.

En mitad de un polvorín Paralizado por la falta de transporte, el centro de Bogotá vivió la soledad de una ciudad evacuada, cuya tensa calma era rota por las noticias permanentes de pedreas, incendios, saqueos y enfrentamientos en los barrios periféricos.

Un enorme porcentaje de establecimientos comerciales había cerrado sus puertas ante el clima de incertidumbre y de zozobra. En la Carrera 13 con Calle 33, centenares de trabajadores oficiales se arremolinaron en la vía gritando consignas de solidaridad con el Paro Cívico, y en las oficinas centrales de Telecom y de la Empresa de Teléfonos avivaron la jornada revolucionaria y cerraron las dependencias. La sede principal del Banco de Bogotá tuvo que ser allanada por la fuerza pública cuando los bancarios abandonaron sus casillas y organizaron mítines en varios pisos del edificio. Los compañeros

de la Caja Agraria recorrieron en la tarde la Carrera Séptima lanzando abajos al imperialismo yanqui y al régimen lopista.

El lenguaje de la metralla En los cuatro puntos cardinales de la capital del país, el Paro Cívico Nacional se prolongó hasta el jueves 15 de septiembre. Fueron más de 24 horas de contiendas incesantes en las calles, donde el pueblo bogotano desplegó su enorme capacidad para la lucha revolucionaria (Tribuna Roja 1975-1979).

Igualmente, se encuentran relatos de trabajadores que vivieron ese día y demuestran las rupturas del sistema frente a los hechos presentados:

(...) La cuarta huelga fue en 1977. Ya los empresarios estaban preparados de que siempre se cesaba actividad a las siete de la mañana, y entonces se cambió la hora para cogerlos un poco desprevenidos. Esta huelga es la que nos ha traído más ricas experiencias porque en esta sí fue la más grande arremetida del gobierno y la patronal; el 30 de agosto nos militarizaron todas las fabricas; en algunas les dañaron las carpas y los equipos de sonido y prácticamente hicieron ingresar a al-

gunos trabajadores a la fuerza. En el caso nuestro fue muy importante la unidad de los trabajadores; porque la empresa después del 30 de agosto, cuando fue declarada ilegal la huelga, argumento que estábamos fuera de ley que por tanto nos podía despedir. Fue así como cada día mandaba dos o tres cartas de despido hasta completar 21 despidos (...) (Arango Zuluaga 1993.: 307-308).

CONSECUENCIAS SOCIALES Y CÍVICAS

Dentro de las principales consecuencias registradas por los periódicos oficiales, se encuentra la extrema violencia con la que se asumió este Paro, pues, además de manifestantes, se hizo evidente que hubo víctimas inocentes, registrándose 18 muertos en la ciudad de Bogotá, disturbios en diferentes puntos del país, además de los relatos acerca de la muerte de Tarcicio de Jesús Reyes Monsalve, estudiante de la Universidad Católica de Bogotá:

Jorge Armando Agudelo dijo que como a las nueve de la noche cuando el toque de queda estaba en vigencia, escucharon con su amigo varios ruidos y salieron para enterarse de que se trataba .En ese momento paso un piquete de la policía y uno

de los agentes disparó su carabina haciendo blanco en el infortunado estudiante (El Tiempo 1977). El tiempo, viernes 16 de septiembre de 1977, 18 muertos registrados en Bogotá.

Y aun cuando, los registros oficiales reportaron un número bajo de heridos y muertos, el periódico independiente tribuna roja reportó 30 muertos y más de 3.000 heridos, (El Paro Cívico Nacional Mostró El Poderío Obrero, Ediciones 1975-1979> N° 29, primera quincena de octubre de 1977).

Igualmente, se estableció el éxito de la jornada y en días posteriores se inició un proceso de discusión en el Senado de la República acerca del tema, por ejemplo:

Los pastranistas anunciaron adelantar un debate en el Congreso sobre cómo el gobierno anunció la situación del país, se denunciaron la forma como en los medios de comunicación en forma discriminatoria, por radio y televisión, con ocasión del paro del miércoles se escucharon voces que arremetieron contra determinados sectores de la opinión nacional, sin que a estos se les reconociera el derecho de réplica (El Tiempo 1977.: 2).

Las centrales obreras iniciaron nuevamente la discusión con el gobierno

en donde establecían, ya no un alza del 30% en el salario mínimo, sino que descendieron sus peticiones a un 20% (El Tiempo 1977:. 1), Y finalmente, el viernes 30 de septiembre de 1977 (El Tiempo, 1977), las centrales obreras presentaron un documento en el cual señalaron los siguientes hechos donde explican la situación:

a. *El salario real de la clase obrera cayó 22.6 por ciento entre septiembre de 1970 y mayo de 1977 y el precio de los alimentos, solamente entre mayo de 1976 y mayo de 1977 aumentó 49.7 por ciento, según el Dane citado por la revista del banco de la república.*

b. *Entre 1970 y 1975 las ganancias y rentas totales de empresarios, financistas y rentistas aumentaron 39.8 % en su valor real, según las cuentas nacionales del Banco de la República. Las utilidades de los bancos que operan en Colombia aumentaron 65.8 % solamente entre 1971 y 1975.*

c. *Sobre el salario mínimo, las centrales obreras señalaron que el reajuste sólo mejorará la situación de una pequeña fracción muy pequeña de los trabajadores. Un estudio de planeación con*

base en la en cuenta de hogares del DANE, concluye que sólo el 12 por ciento de los trabajadores de las grandes ciudades ganan salarios cercanos al salario mínimo.

La iniciativa de las centrales obreras reposaban sobre la posibilidad de tener representación política en los órganos de decisión, el Paro representó la oportunidad política de organización y representación por primera vez:

(...) pasado el paro cívico del 17 de septiembre de 1977, se abrió paso a un proceso unitario en el sindicalismo colombiano, que se evidencia en la cooperación en la cámara de representantes entre Tulio Cuevas y Gustavo Osorio para el desarrollo de las citas, debates y constancias, con las siguientes diferencias de criterio, énfasis y apreciación en algunos casos (Oviedo Hernández 2011:. 113).

Socialmente, este Paro tuvo un alcance inesperado, el profesor Ricardo Sánchez Ángel, en su texto ¡Huelga! Luchas de la clase trabajadora en Colombia, 1975- 1981 recopiló el análisis de los principales estudiosos sobre el tema, que se presentan en un cuadro a continuación:

<i>Autor</i>	<i>Comentario</i>
<p>Álvaro Delgado El paro cívico nacional. En estudios marxistas. Paro cívico y elecciones – cultura clases sociales en Colombia. Bogotá, N. 15, 1978</p>	<p>La movilización fue general, se presentó principalmente en la industria manufacturera, entre un 60 y 70 %, el transporte urbano y por carretera entre un 90 y 100%, los puertos marítimos y el transporte aéreo, el comercio cerro, los espectáculos públicos se cancelaron, así como los colegios y las universidades la construcción, Su estimativo es de 1.300.000 huelguistas, caso único en la historia colombiana.</p>
<p>Guillermo Hernández-Rodríguez El paro septembrino y sus proyecciones, en: el paro popular del 14.</p>	<p>El llamamiento de las centrales obreras se hizo para un paro cívico. No se trataba solamente de una cesación del trabajo en las fábricas y campos. Era una invitación general a la ciudadanía, corroída en sus niveles de erosión cotidiana de la inflación. La clase obrera organizada obró como centro de convergencia. Como eje rector aglutinante de masas. La expresión visual de esta posición de paro ampliado se concretó, en Bogotá, por ejemplo, en que gran parte de la masa de desocupados, de artesanía periférica, de desplazados y de gente desesperada por la situación económica fue la que hizo frente a la fuerza pública, con un impresionante.</p>
<p>Daniel Pécaut La huelga general del 14 de septiembre de 1977. En crónica de dos décadas. Bogotá.</p>	<p>Se trata en realidad de mucho más que una huelga obrera (...)</p>
<p>Gilberto Veira</p>	<p>El paro cívico nacional no fue la expresión de un día de ira popular, sino la expresión organizada de un amplio movimiento de inconformidad.</p>

<p>Víctor Manuel Moncayo y Fernando Rojas. Luchas obreras y política laboral en Colombia. Medellín, la carreta. 1978.</p>	<p>El momento más alto dentro de la lucha obrera y de los sectores populares está representado en 1977 por el paro del 14 de septiembre.</p>
<p>Mauricio Archila Archila Neira, Mauricio. Idas y venidas, vueltas y revueltas: Protestas sociales en Colombia, 1958-1990. Bogotá: ICANH-CINEP, 2003.</p>	<p>Baste decir que fue una acción cívica más que propiamente laboral, aunque hubiese sido convocada por las cuatro grandes centrales sindicales, la jornada como tal conto con el apoyo de casi todas las fuerzas de izquierda y del sector Ospino-Pastranista del conservatismo y paraliza a las grandes ciudades y a Luchas poblaciones intermedias, a pesar de la militarización organizada por el gobierno. En Bogotá se sintió con particular intensidad en los barrios periféricos. Fue sin lugar a dudas el mayor evento de masas en los 33 años estudiados 1958 -1990. Lamentablemente, dejó un saldo de 19 muertos en Bogotá para no hablar de los centenares de heridos y de los miles de detenidos y despedidos de sus sitios de trabajo a lo largo y ancho del país.</p>
<p>Ricardo Sánchez</p>	<p>Lo que era una huelga de brazos caídos en el querer de las cuatro centrales y se busco que fuera una protesta popular altiva con la fuerza organizada de los trabajadores como eje central por parte de las izquierdas –recibió el tratamiento de un paro subversivo con militarización, toque de queda, cargas de fusilería contra la multitud (...) Todo esto en una situación de histeria de la coalición del gobierno con su retorica de apoyos al Estado de sitio para la guerra interior (Sanchez Ángel 2009: 300).</p>

Finalmente, Leopoldo Múnera (1998) expone cómo las centrales obreras no estaban preparadas para dicho logro y; en virtud de la desarticulación real de las mismas, los sindicatos sobrevaloraron su papel de convocatoria social y la unidad política:

(...) la CSTC sobre valoro su poder de convocatoria y las perspectivas políticas de la unidad con las centrales tradicionales. Ambos factores la hicieron renunciar a seguir el proceso unitario con el sindicalismo in-

dependiente y la llevaron a encaminar todas sus energías en el Consejo Nacional Sindical (...) este fue el principal instrumento de institucionalización y neutralización de la acción obrera dentro del gobierno de Turbay (Múnera Ruiz 1998.: 391).

En este sentido y al cruzar la información, se hace evidente que la magnitud del paro a nivel social trascendió las expectativas, no sólo de los organizadores sino, en sí, de la ciudadanía. Así como ha sido expuesto, la realidad que se reflejó acerca de la situación del país, no solo era producto de una crisis social. Fue, además de ello, una crisis institucional, de gobierno y de instituciones legales.

Esta magra situación condujo a la evocación por cambio; sin embargo, la debilidad de las organizaciones, una guerrilla que adoptaría el discurso de izquierda a sus propios intereses y el miedo como consecuencia de la manifestación del poder legal por el estado de sitio implantado por el Presidente Turbay, produjo que estas movilizaciones e intenciones con el tiempo dejaran de existir y el paro de 1977 se convirtiera en un recuerdo.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS: “EL SALARIO MÍNIMO Y OTROS”

Aun cuando en algunos casos se predique que el Paro no tuvo mayores repercusiones en las reformas laborales, en la historia es posible identificar va-

rias transformaciones que se dieron en la década de 1980 gracias a este.

Después del Paro, el Gobierno expidió el Decreto 1469 de 1978, en él se estableció la libertad para los trabajadores que tuviesen la intención de ingresar a Sindicatos, se reconoció personería jurídica automática a estos mismos cuando el Ministerio del Trabajo guarde silencio sobre su personería y se estableció la obligación de conciliar antes de convocar la huelga.

El período que inicia en 1978, cuando se posesiona en la presidencia Julio César Turbay Ayala, se caracterizó por ser autoritario y violento, reforzando las fórmulas de control por vía de los Estados de sitio. El Decreto 1923 de 1978, por el cual; además de incrementar las penas por secuestro, rebelión, se persiguió sin escrúpulos cualquier actividad de protesta. Se prohibió, a su vez, que los medios de comunicación transmitiesen algún tipo de manifestación social, se instauraron cortes marciales para cualquier persona que alterase el orden público.

Esta represión por parte del Estado condujo hacia un debilitamiento de las reivindicaciones logradas, además que logró desestructurar los movimientos cívicos nacidos con anterioridad. Empero, es posible evidenciar cómo el Consejo Superior de la Judicatura se alió con el sector trabajador, ello con el fin de hacer valer sus derechos; y declaró la nulidad del Decreto Nacional 2831 expedido el 28 de Diciembre de 1978 mediante sentencia 407-ce-sec2, Expe-

diente No. 3448, con el cual, nuevamente, el gobierno se quería arrogar la facultad para determinar los salarios mínimos.

Algunos, por estas situaciones, llegan a restar valor a los efectos y posibilidades que se abrieron con el Paro Cívico, empero, ello no parece corresponderse con lo estudiado hasta el momento:

Los efectos visibles del paro fueron bastante limitados; pueden ser reducidos a la convocatoria del consejo nacional de salarios, aun alza del salario mínimo y a la creación del consejo nacional sindical que reunió de forma permanente y efímera a las cuatro centrales obreras (Múnera Ruiz 1998.: 393).

A MODO DE CONCLUSIÓN

El Comprender las transformaciones del Derecho pasa, en principio, por reconocer su falta de contenido político, su falta de diálogo con las necesidades sociales., Características nefastas que acarrearón para el país una seria ruptura entre sociedad y el derecho, resultando con ello violencia, pobreza y exclusión.

El salario como uno de los elementos necesarios para la clase trabajadora y para el desarrollo social, fue afectado por los intereses de la clase dominante; la cual representaba una minoría. Resulta paradójico que antes de la Constitución de 1991, las reivindicaciones de los derechos eran producto de luchas y confrontaciones, no

de consensos democráticos inspirados en la participación y representación.

El Paro Cívico de 1977 representó una historia que nunca más pudo volver a ser contada. La unidad por la búsqueda de un objetivo común, produjo que el país exclamara inconformidad con sus líderes y la manera en que se entramaba la estructura social. Lo que inició como una iniciativa de las centrales obreras con diferentes posiciones ideológicas, terminó como un clamor común por el cambio.

Sin embargo, la precariedad de las instituciones, las diversas tensiones sociales y la agudización del conflicto tanto social como armado, no permitieron que prosperara la organización social. La violencia como forma de control se potenció con el Gobierno de Turbay; el Estado de sitio atentó duramente contra los derechos de la ciudadanía; y, bajo la incertidumbre o amenaza de muerte, la iniciativa por los derechos fue olvidada.

Dentro de los avatares de la historia, la Sociedad y el Derecho se encuentran tensionados entre el clamor social y las reivindicaciones sociales. Aunque en algunos casos, dicho reconocimiento por parte del Derecho puede ser tardío; tal cual fue el caso del reconocimiento del salario único para todos, la Sociedad se construye gracias a dichas manifestaciones y el Derecho se escribe, en ocasiones resiste, posteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO ZULUAGA, C. 1993. Tres décadas de luchas unitarias los

obreros de la construcción y la madera. Bogotá D.C: Impresol.

MÚNERA RUIZ, L. 1998. Rupturas y continuidades. Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia.

OVIEDO HERNÁNDEZ, Á. 2011. Sindicalismo y memoria Construyendo unidad entre el exterminio y la cooptación historia de vida de Gustavo Osorio. Bogotá D.C: Izquierda viva.

SÁNCHEZ ÁNGEL, R. 2009. *¡Huelga! lucha de la clase trabajadora en colombia, 1975 -1981*. Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de derecho y ciencias políticas.

SILVA ROMERO, M. 2005. Flujos y reflujos. Bogotá. D.C: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Artículos de Periódicos

El Colombiano. (12 de Septiembre de 1977). El Colombiano , pág. 2.

El Colombiano. (14 de Septiembre de 1977). El país está preparado para afrontar el paro. El Colombiano , pág. 1.

El Tiempo. (16 de Septiembre de 1977). 18 Muertos Registrados en Bogotá. El Tiempo .

El Tiempo. (2 de Septiembre de 1977). El Tiempo , pág. 9 b.

El Tiempo. (14 de Septiembre de 1977). El Tiempo , pág. 1.

El Tiempo. (17 de Septiembre de 1977). El Tiempo , pág. 2.

El Tiempo. (28 de Septiembre de 1977). El Tiempo , pág. 1.

El Tiempo. (30 de Septiembre de 1977). El Tiempo .

El Tiempo. (12 de Septiembre de 1977). Movimiento Liberal contra el paro, y más rechazos al paro. El Tiempo , pág. 6.

El Tiempo. (12 de Septiembre de 1977). Seguridad Para Bogotá. El Tiempo , pág. 6.

Periódico El Colombiano. (11 de Septiembre de 1977). Petición de las centrales obreras. El colombiano , pág. 1.

Tribuna Roja. (Primera Quincena de Octubre de 1977 de Ediciones 1975-1979 (Nº 29)). El Paro Cívico Nacional Mostró el Poderío Obrero. Tribuna Roja .

Leyes, Decretos y Jurisprudencia

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 83 de 23 de Junio de 1931. Bogotá.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2350 de 1944. Bogotá.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 6 de 19 Febrero 1945. Bogotá.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 187 de 1959. Diario oficial número 30140.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia 407 de 1979. Expediente No. 3448.

Luisa Fernanda García Lozano

Abogada de la Universidad Santo Tomás de Colombia. Máster Oficial de la Universidad del País Vasco y de la Università degli Studi di Milano: Master in arts of the Sociology of Law ofrecido por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

JUSTIÇA PELO DEVER OU PELO BEM? UMA DISCUSSÃO A CERCA DA MORAL NOS SISTEMAS DE JUSTIÇA RETRIBUTIVA E RESTAURATIVA

Paola Stuker

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGS-UFRGS).

E-mail: stukerp@gmail.com

RESUMO

Justiça e moral são dois temas que acompanham o desenvolvimento das ciências humanas e sociais, especialmente da sociologia. Neste trabalho, analisam-se estes dois temas relacionalmente, com o objetivo de identificar como conceitos de moral contemplam a lógica de funcionamento dos dois sistemas de justiça contemporâneos, retributivo e restaurativo. Para tanto, apresentou-se o conceito de moral na filosofia, a partir de Kant, e na sociologia, com Durkheim; em um segundo momento, apresentam-se o sistema de justiça retributiva e o sistema de justiça restaurativa, indicando a relação que cada um tem com a moral; por fim, foi realizada a discussão através de um objeto empírico: a violência doméstica e familiar contra a mulher. O trabalho permitiu perceber que a teoria kantiana, da moral como um dever, parece estar presente em nosso atual sistema de justiça, enquanto a moral durkheimiana, que vê este ato pela associação do bem ao dever, é perceptível na justiça restaurativa.

Palavras-chave: Moral; Justiça Retributiva; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

Justice and morality are two themes that accompany the development of human and social sciences, especially sociology. In this paper, we analyze these two relationally themes, in order to identify how moral concepts include the operating logic of the two contemporary justice systems, retributive and restorative. Therefore, we presented the concept of moral philosophy from Kant, and sociology with Durkheim; in a second moment, we present the retributive justice system and restorative justice system, indicating the relationship that each has with morality; Finally, the discussion was conducted through an empirical object: domestic and family violence against women. The work allowed to realize that the Kantian theory of morality as a duty, seems to be present in our current justice system, while Durkheim's moral, which sees this act by the Association and the duty, is noticeable in restorative justice.

Keywords: Moral; Retributive justice; Restorative Justice.

INTRODUÇÃO

A moral e a justiça são objetos da sociologia desde os seus primórdios como ciência. Todavia, é em um período recente que ganharam maior visibilidade, constituindo campos sociológicos específicos: sociologia da moral e sociologia jurídica, respectivamente. Estes dois objetos têm se apresentado como recorrentes na sociologia contemporânea, havendo um espaço pertinente para estudá-los relacionadamente. Esta é a proposta deste artigo, que tem como objetivo identificar como os conceitos de moral contemplam a lógica de funcionamento dos dois sistemas de justiça contemporâneos, retributivo e restaurativo.

O tema da moral sempre esteve presente na filosofia, destacando-se entre duas correntes: o *utilitarismo* e o *kantismo*. Em contato com estas abordagens, o sociólogo Émile Durkheim (1858-1917) percebeu suas limitações e propôs uma “Ciência da Moral”, entendendo a moral como um fato social que precisava ser investigada sobre as premissas do indutivismo sociológico, resultando em uma redefinição do conceito.

Conforme Durkheim, a moral está presente em todas as esferas da sociedade e se apresenta como necessária para a vida social. Claramente, entre estas esferas está o direito, que se apresenta sobre diferentes sistemas desde o contexto do autor até o momento contemporâneo, neste caso polarizado pelos sistemas de justiça retributiva e restaurativa.

Apresentando-se sobre diferentes lógicas de funcionamento, prevê-se que há diferentes morais que guiam estes sistemas. É esta relação que se propõe investigar neste trabalho.

De forma a atender esta proposta, este artigo estrutura-se em três seções: na primeira será apresentado o conceito de moral na filosofia e na sociologia, especialmente o seu desenvolvimento a partir de Durkheim; em um segundo momento, apresentam-se o sistema de justiça retributiva, representado pelo sistema penal tradicional, e o sistema de justiça restaurativa, nova vertente no direito contemporâneo, indicando a relação que cada um tem com a moral; por fim, de forma a tornar mais palpáveis os argumentos desenvolvidos, será realizada a discussão através de um objeto empírico que se apresenta como polêmico aos dois sistemas de justiça: a administração judicial da violência doméstica e familiar contra a mulher.

DA “FILOSOFIA DA MORAL” À “CIÊNCIA DA MORAL”

A moral é um objeto clássico da filosofia, adotada e reavaliada pela sociologia através de Durkheim. Na França do século XIX, duas grandes teorias filosóficas destacaram-se na discussão desta temática: o *utilitarismo* e o *kantismo*. A primeira afirmava que o fundamento da moral seria única e exclusivamente o interesse, dada através da razão como cálculo e do bem; enquanto a segun-

da restringia a moral ao plano da pura racionalidade, apresentada pela razão como imperativo categórico e pelo dever.

Rejeitando estas duas proposições, Durkheim defendeu outra maneira de entender a moral, realizando aquilo que, por analogia à descoberta de Copérnico de que os astros e a terra giram em torno do sol e não estes em torno da terra como se acreditou por muito tempo, Weiss (2011) chamou de “revolução copernicana”, pois o sociólogo realizou um deslocamento na definição de moral de sua origem, de seu fundamento e de sua finalidade.

Para Durkheim a sociologia é a ciência dos fatos sociais, caracterizados pela coletividade, exterioridade e coercitividade. Nesse sentido, para ser objeto desta ciência, a moral precisa ser tratada como um fato social, diferentemente do que ocorre na filosofia, que tem na dedução o princípio epistemológico para o desenvolvimento de teorias. Obviamente, a dedução da filosofia foi um dos alvos da crítica de Durkheim, segundo o qual, desta forma haveria inconsistência entre as proposições teóricas e a realidade dos fatos. Nesse sentido, o autor se propôs a desenvolver uma “Ciência da Moral”, diferenciando-se da “Filosofia Moral”, realizada pelo *utilitarismo* e pelo *kantismo*.

A crítica durkheimiana não se restringe ao caráter dedutivo das teorias filosóficas, mas também ao exclusivismo que cada corrente denota a um fator para explicar a moral. De

forma tautológica, a moral para o utilitarismo representa aquilo que é útil para o indivíduo, logo, o que lhe agracia com felicidade e ausência de dor. Nesse sentido, o indivíduo seria movido moralmente pelo interesse. Contudo, conforme problematiza Weiss (2011),

a consequência mais imediata reside num problema central para a filosofia utilitarista, que consiste na conclusão dificilmente contornável de que a vida em sociedade, repleta de interdições, com suas regras e normas, formais e informais, ao impor limites às ações individuais e, conseqüentemente, à busca desenfreada pelo prazer pessoal, inviabilizaria o ideal de felicidade contido nessa filosofia (Weiss 2011: 131).

Nesse sentido, além da refutação durkheimiana a esta teoria através do fato de que existem coisas que são úteis, mas não morais e vice versa - torna-se complicado afirmar que o interesse é o único fator que move uma ação moral do indivíduo, tendo em vista que há regras e normas que se apresentam como obstáculos. Por outro lado, conforme defende a teoria Kantiana, as regras e normas são exclusivamente os estímulos da moral, que guiam os indivíduos pelo dever.

Kant defendeu que a moral se apre-

senta através de regras que guiam os indivíduos pelo dever. Conforme o autor, as regras morais tomam a forma de imperativos categóricos que indicam o que tem que se fazer, independente de vontades e de inclinações. Assim, Kant restringiu a moral ao plano da racionalidade, afirmando-a como um dever, onde o indivíduo é ordenado pela sociedade como agir. Sendo assim, a moral é de caráter impositivo para o autor.

Durkheim reconheceu o mérito de Kant de perceber a moral como um dever. No entanto, advertiu que o dever não é o único mobilizador das ações dos indivíduos, como defendeu o filósofo. Conforme o autor, há outro componente importante para a consumação de um ato moral, a *desejabilidade*. Nas palavras de Durkheim (2004),

(...) contrariamente ao que disse Kant, a noção de dever não extingue a noção de moral. É impossível que consumemos um ato unicamente porque ele nos é comandado, sem levarmos em consideração o seu conteúdo. Para que possamos nos tornar seu agente, é preciso que ele interesse em alguma medida a nossa sensibilidade, que ele nos apareça sob algum traço como desejável. A obrigação ou o dever exprime somente, portanto, um dos traços, e um traço abstrato, da moral. Uma certa

desejabilidade é uma outra característica, não menos essencial que a primeira (Durkheim 2004: 48).

Assim, para Durkheim o fato moral apresenta-se através de dois traços, o dever e o bem. O primeiro é a forma, enquanto o segundo é o conteúdo da moral. Ou seja, as normas são importantes para a execução da moral, mas elas não bastam por si só para fazerem os indivíduos agirem moralmente. Estes precisam acreditar nelas como um bem e contemplá-las através do desejo de cumpri-las, mesmo que inconscientemente.

O dever é o primeiro e o mais evidente elemento da moralidade. A moral é um sistema de regras que predeterminam a conduta para Durkheim. Essas regras aparecem ao indivíduo como um dever, precisamente pela exterioridade e coercitividade destas. Assim, agir moralmente corresponde a opor-se aos seus impulsos para respeitar uma norma. Contudo, o indivíduo obedece esta norma porque tem a percepção de que existe algo por trás da regra que o motiva. Sem isto, Durkheim afirma que a sociedade não seria mais do que uma prisão, onde as pessoas só agem sobre coerção (Weiss, 2007).

Sendo assim, a moral também é um bem, sem o qual o indivíduo não transcenderia o estatuto de mera animalidade. Portanto, o homem deseja a regra, porque é a própria condição para qualquer outro bem que possa desejar.

Sob estas condições, Durkheim apresenta a “letra” e o “espírito” da moral: a primeira seria o seu caráter coercitivo e nos remete a definição da moral enquanto dever, enquanto o segundo é aquilo que verdadeiramente a anima, os sentimentos coletivos, os laços que ligam os indivíduos e os grupos, as aspirações sociais, as tradições a que se tem apego e respeito, que dão sentido à regra, que anima a maneira pela qual ela é aplicada (Weiss, 2007).

Nesse sentido, Durkheim (2004) argumenta que a posição de Kant do ato moral é parcialmente correta, pois nos mostra somente um dos aspectos da realidade moral, sendo por isto insuficiente e incompleta. Suprindo esta falha, Durkheim acrescenta ao dever, o bem. Assim, ele afirma que é preciso, portanto, que, ao lado do seu caráter obrigatório, o fim moral seja desejado e desejável; essa desejabilidade é um segundo traço de todo ato moral (Durkheim 2004: 58) e complementa defendendo que *jamais existiu um ato que fosse puramente cumprido por dever; sempre foi preciso que ele aparecesse como bom em alguma maneira* (Durkheim 2004: 59). Sendo assim, poderíamos dizer que o ato moral é, para Durkheim, aquele realizado para cumprir uma norma, mas ao mesmo tempo, visto como bom e desejável pelo indivíduo.

Paralelamente, Durkheim (2004) indicará que, quando uma regra é violada, são produzidas aos agentes conse-

quências penosas. Uma resultam mecanicamente do ato de violação, como por exemplo, a doença resultante da violação da regra de higiene; outras, geram a consequência da sanção, como a censura e o castigo, imposta para o agente que infringe uma regra formal, como por exemplo, a que ordena não matar. Segundo o autor, a sanção é determinada pela existência dessa regra e pela relação que o ato mantém com ela. Em outras palavras, a sanção não resulta do conteúdo do ato, mas em razão do ato não estar conforme a regra.

Tomemos como exemplo a violência doméstica e familiar contra a mulher: invisível na esfera privada até meados da década de 70, somente passou a ser reconhecida como um problema social nesse período, atingindo a esfera jurídica nos anos 80 e criminalizada em 2006 com a Lei Maria da Penha; sendo assim, uma violência que antes era naturalizada e aceita, hoje é um crime, que prevê punição com pena de prisão aos agressores. Contempla-se assim a definição de crime para Durkheim (2004a), como os atos reprimidos por castigos definidos (Durkheim 2004a: 40) e a criminalidade como a *imoralidade particular que a sociedade reprime por meio de penas organizadas* (Durkheim 2004a: 51). Esta discussão abre caminho para a próxima seção, que apresentará os dois grandes sistemas de justiça do mundo e suas relações com a moral.

JUSTIÇA RETRIBUTIVA E

JUSTIÇA RESTAURATIVA: a moral implícita nas suas lógicas de funcionamento

Fazer justiça é uma tarefa que ultrapassa os tempos e territórios. Sempre e em todos os lugares existiram atos reprovados socialmente, sobre os quais se responsabilizou os infratores. Este papel, apesar de também ser realizado pela própria sociedade, cabe legitimamente ao Estado através do direito, como descreveu o sociólogo Weber. Desde os tempos mais remotos, isto foi realizado através de castigos.

O trecho clássico de “Vigiar e Punir” de Foucault que relata um suplício no século XVIII, nos mostra a forma como os criminosos eram castigados naquele contexto:

[Damiens fora condenado] a pedir perdão publicamente diante da porta principal da igreja de Paris [aonde devia ser] levado a acompanhar numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenuado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenuado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche com fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e

a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (Foucault 2010: 9).

No decorrer do livro, Foucault (2010) relata que esta forma de punição mostrou-se inaceitável nos séculos seguintes, dando lugar a outros tipos de punição que não tinham mais como centralidade o sofrimento físico, mas sim o que ele chamou de “sofrimento da alma”. Assim, as prisões foram originariamente criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e à pena de morte. Todavia, poucos anos depois de sua implementação, tornaram-se sedes de horrores, deixando de lado o objetivo de reeducação dos agressores. Do mesmo modo, a lógica do cárcere parece ser a mesma que a do suplício: desviar o indivíduo do crime pela certeza de que será punido e punir por vingança. É nisso que se baseia o sistema de justiça retributiva.

A justiça retributiva é o sistema de justiça tal qual nós conhecemos, representado pelo sistema penal tradicional, tendo com centralidade a punição com pena de prisão àqueles que infringem alguma norma pré-estabelecida, ou seja, uma lei. Conforme Zehr (2008), nesse sistema o crime é visto como uma violação ao Estado e suas leis e não, como se poderia imaginar, às vítimas; o foco da justiça é o estabelecimento da culpa; para que se possa administrar doses

de dor, ou seja, punir; a justiça é buscada através de um conflito entre adversários; no qual, o ofensor está contra o Estado; regras e intenções valem mais que os resultados; e, um lado ganha e o outro perde.

Sendo assim, Zehr (2008) afirma que em nossa sociedade, a justiça é definida pela aplicação da lei e, por sua vez, o crime define-se como a violação ou infração desta lei, como já havia teorizado Durkheim. Nesse sentido, o indivíduo deve agir conforme a norma para não ser penalizado. O que define a ofensa e dá início ao processo criminal é este cometer um ato definido em lei como crime – e não propriamente o dado ou o conflito.

Esta forma de encarar e resolver, pela justiça retributiva, um ato considerado criminoso, tem se mostrado há muito tempo fracassada, levando a uma crise do sistema penal. O aumento da criminalidade e os grandes índices de reincidência criminal comprovam que a prisão não coíbe o crime e nem recupera os criminosos, além de ser considerada, pelos movimentos de direitos humanos, uma forma inapropriada de revolver os conflitos sociais. O reconhecimento destes fatos tem feito emergir no mundo uma nova via no Direito: a justiça restaurativa.

A justiça restaurativa constitui-se como método alternativo, e muitas vezes complementar, ao sistema penal tradicional, representado pela justiça retributiva. O movimento internacional de reconhecimento e desenvolvimento de práticas restaurativas iniciou-se no final da década de

70 e início da década de 80, no Canadá e na Nova Zelândia. Esse movimento originou-se da insatisfação com as práticas penais da justiça e motivou-se pelos resultados de estudos de antigas tradições desses países que se baseavam em diálogos pacificadores e construtores de consensos. Em 1989, a justiça restaurativa foi positivada no ordenamento jurídico da Nova Zelândia, fato que deu notoriedade à metodologia no cenário internacional (Orsini; Lara; 2013).

Desde então, este sistema de justiça vem ganhando espaço no cenário jurídico e social mundial, tendo experiências em diferentes países e sendo recomendada pela Organização das Nações Unidas (ONU) através da Resolução 2002/12, que apresenta princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, buscando encorajar os Estados Membros no desenvolvimento e implementação de programas de justiça restaurativa. Em 2006, a ONU publicou um manual sobre programas de justiça restaurativa (*Handbook on Restourativa Justice Programmes*), definindo-a como um processo para resolver o crime, com o objetivo de reparar os danos causados às vítimas, mantendo os infratores responsáveis por suas ações.

Em comparação a definição dada à justiça retributiva, Zehr (2008) caracteriza a justiça restaurativa, como o sistema que considera o crime uma violação de pessoas e relacionamentos e não necessariamente uma violação da lei; a justiça visa identificar necessidades e obrigações; para que as coisas fiquem bem; a justiça

fomenta o diálogo e atendimento mútuo; dá as vítimas e ofensores papéis principais; e, é avaliada pela medida em que responsabilidades foram assumidas, necessidades atendidas, e cura promovida.

O autor afirma que a justiça restaurativa é o sistema que percebe o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos e que cria a obrigação de corrigir os erros; esta justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança. Para Zehr (2008), enquanto na justiça restaurativa o foco sugestivamente está na restauração das relações, na justiça retributiva a centralidade é a punição do infrator, onde o crime é visto como uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa; a justiça retributiva determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas.

Diferentemente da justiça retributiva, na justiça restaurativa as necessidades e direitos das vítimas e as dimensões interpessoais entre os envolvidos são a preocupação central. A justiça restaurativa consegue passar aos envolvidos no conflito, internalizando nestes, que as regras devem ser respeitadas para manter a ordem, respeitar o próximo, conservar as relações e não, simplesmente, para obedecer uma norma definida pelo Estado. Claramente, existem leis e punições na justiça restaurativa, mas estas não são a exclusividade deste sistema, como ocorre na justiça retributiva. Nesta nova via do direito traba-

lha-se com as necessidades da vítima e do ofensor, fazendo este compreender a norma que protege a primeira como desejável.

Assim, enquanto na justiça que representa o sistema penal tradicional o indivíduo é punido por ter descumprido um dever estabelecido pelo Estado, na justiça restaurativa, há uma compreensão social e pessoal do caso, fazendo com que o ofensor entenda os malefícios do seu erro e deseje não atuar mais nele. Nesse sentido, a teoria kantiana, da moral como um dever, parece estar presente em nosso atual sistema de justiça, enquanto a moral durkheimiana, que vê este ato pela associação do bem ao dever, é perceptível na justiça restaurativa.

Tendo em vista a argumentação durkheimiana de que os indivíduos não realizam um ato puramente pelo dever, necessitando haver algo que de alguma maneira lhe pareça bom e desejável em agir de determinada maneira, percebe-se a maior capacidade de eficácia da justiça restaurativa frente à justiça retributiva, pois a ação moral do indivíduo dirá respeito aos seus sentimentos, ânimos e aspirações e não apenas ao cumprimento de uma norma que ele possa nem entender na totalidade a sua razão de existência.

Esta discussão nos faz refletir sobre um problema social que passou a ser administrado há apenas oito anos pela justiça retributiva no Brasil, tornando-se crime deste então: a violência doméstica e familiar contra a mulher.

JUSTIÇA RETRIBUTIVA E JUSTIÇA RESTAURATIVA NA ADMINISTRAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A criminalização da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, através da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), tornou este tipo de violência responsabilidade da justiça retributiva, representada pelo sistema penal tradicional, atendendo as reivindicações dos movimentos sociais, em especial do movimento feminista, que exigiam maior rigidez na aplicação de penas aos acusados de violência doméstica e familiar contra a mulher (Dias, 2012).

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha rompeu com o sistema consensual de justiça ao instituir a condenação do agressor através de detenção, não se aplicando mais a Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais, que propunha a conciliação entre os envolvidos e reparava o dano através de pena não privativa de liberdade. No entanto, passados oito anos da promulgação da Lei Maria da Penha os impactos sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher são insuficientes. Segundo dados divulgados em setembro do ano passado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a Lei Maria da Penha não diminuiu a mortalidade de mulheres por agressão. Além disso, pesquisas têm indicado que a detenção do acusado não é o desejo das vítimas de violência conjugal (Azevedo, 2011).

Nesse sentido, alguns pesquisadores indicam a justiça restaurativa como uma possibilidade pacificadora para se resolver os conflitos de violência conjugal. Para Costa (et al, 2011), através do diálogo este sistema proporciona à vítima e ao acusado a possibilidade de restaurar as cicatrizes deixadas pela violência. Segundo a autora, não se propõe o restabelecimento do vínculo conjugal, e sim se busca alternativas que possam ser eficientes de acordo com cada caso. Costa (et al, 2011) confia neste modelo de justiça para o rompimento do ciclo da violência conjugal, afirmando que a restauração possibilitará a reinserção da cidadania e da dignidade humana, transformando práticas e colaborando para a cultura da paz.

No mesmo sentido, Giongo (2011) afirma que são necessárias novas respostas ao conflito conjugal. Para a autora, a ineficácia do sistema penal diante da violência contra a mulher se deve à natureza dos conflitos domésticos e familiares que, antes de serem conflitos de direito, são psicológicos e relacionais. Sendo assim, ela indica que uma solução eficaz só seria possível com a observação central dos aspectos emocionais e afetivos dali advindos, o que é possível através da justiça restaurativa e impossibilitado pela justiça retributiva.

Em contrapartida, segundo Pallamolla (2009), o movimento feminista concebe o direito penal (justiça retributiva) como um aliado na proteção às mulheres vítimas de violência conjugal. Para a autora, este posicionamento do movimento femi-

nista contribuiu para legitimar o uso do direito penal e afastar a busca de outros meios para lidar com os problemas da violência contra a mulher, resultando na Lei Maria da Penha, que utiliza uma série de instrumentos punitivos e barra a solução do conflito por meio de mediação e conciliação (procedimentos restaurativos).

Diante destas divergências, a ONU, embora recomende o desenvolvimento e implementação de programas de justiça restaurativa, alerta que a sua aplicação é controversa em casos de violência doméstica:

the use of restorative justice in cases of domestic violence and sexual assault, for instance, is often controversial. Some advocates of restorative justice see it as appropriate, subject to carefully thought out practices and safeguards, for all types of offences and advocate the extension of restorative justice programmes to domestic violence and sexual assaults. Others, including some women's organizations, have expressed concerns that a restorative approach may re-victimize women victims and not provide adequate denunciation of the offending behaviour (ONU, 2006, p. 45)¹.

¹Tradução: "o uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica e de abuso sexual, por exemplo, é muitas vezes controverso. Alguns defensores da justiça restaurativa a veem como apropriada, sujeita a práticas cuidadosamente pensadas e salvaguardas, para todos os tipos de crimes e defendem a extensão de programas de justiça restaurativa para a violência do-

Segundo a ONU (2006), o argumento dos grupos contrários à aplicação da justiça restaurativa aos casos de violência contra a mulher é a possibilidade de uma vitimização secundária, devido à provável vulnerabilidade da mulher ocupa no marco das negociações conjugais. Todavia, conforme contra argumenta Larrauri (2008), toda a intervenção com a vítima pode contribuir para revitimização desta. Esta é uma preocupação que enfrenta todos os sistemas que tratam de violência contra a mulher.

Nesse sentido, Larrauri (2008) indica que tanto o sistema de justiça retributiva, quanto o sistema de justiça restaurativa, apresentam vantagens e inconvenientes no que diz respeito à garantia da segurança e da erradicação da violência contra a mulher e condena a percepção de feministas que defendem a prisão como única resposta válida à violência doméstica. Segundo Larrauri, o sistema penal não atende as necessidade das vítimas, *todo el sistema parece estar más interesado en servir su propia* lógica interna que *en servir a las víctimas* (Larrauri 2008: 97). Mesmo assim, a autora adverte que as críticas e resistência acerca da justiça restaurativa se dão em razão do desconhecimento sobre este sistema.

Sob mesma perspectiva, Ptacek (2010) discorre a cerca do confronto entre algumas correntes do movimento feminista e o movimento da justiça res-

méstica e agressões sexuais. Outros, incluindo algumas organizações de mulheres, têm expressado preocupações de que uma abordagem restaurativa pode revitimizar as mulheres e não oferecer denúncia adequada do comportamento ofensivo".

taurativa, apresentando discursos contrários e favoráveis a este sistema. Diante deste confronto, o autor constata que há um grande potencial para a combinação da justiça restaurativa com abordagens feministas antiviolência. Nas palavras de Ptacek, *it is hoped that, when considered together, these different perspectives might inspire new thinking, new ways to create justice for victims, offenders, and their communities, and new forms of social action against women* (Ptacek 2010: 285)². Segundo o autor, as práticas restaurativas têm muito a aprender com a visão feminista acerca da hierarquia existente entre homens e mulheres, expressão da sociedade patriarcal. Ao mesmo tempo, muitas correntes do movimento feminista têm muito que aprender com os profissionais restauradores e compreender as limitações do sistema jurídico criminal.

Na perspectiva de Zehr (2008), o maior desafio que a justiça restaurativa enfrenta é o paradigma da justiça retributiva que dificulta às pessoas pensarem em justiça sem pensar em pena privativa de liberdade. Segundo o autor nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se dessa lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e

²Tradução: “espera-se que, quando considerados em conjunto, essas diferentes perspectivas possam inspirar novo pensamento, novas formas de criar justiça para as vítimas, infratores e suas comunidades, e novas formas de ação social para as mulheres”.

coibir o crime. É nesse sentido que Zehr afirma que teremos que ir muito além de simples penas alternativas, mas principalmente teremos que buscar formas alternativas de ver o problema e a solução.

Do mesmo modo que Laurrauri (2008), Ptacek (2010) e a publicação da ONU (2006), Zehr (2008) vê com otimismo a conciliação entre procedimentos de justiça restaurativa e métodos do sistema penal, pois afirma que talvez seja impossível eliminar inteiramente a punição dentro da abordagem restaurativa, mas segundo o autor, ela não deve ser normativa, e sua utilização e propósitos deveriam ser indicados com cuidado. Para Zehr (2008), se há lugar para a punição na abordagem restaurativa, ela não deve ser um lugar central; a punição precisaria ser aplicada sob condições em que a dor é controlada e reduzida a fim de manter a restauração e a cura como objetivos.

Diante do que foi exposto e tendo como base a relação feita na seção anterior entre os dois tipos de justiça e a moral, a justiça restaurativa apresenta-se como uma alternativa interessante à administração da violência contra a mulher que poderia apresentar resultados satisfatórios aos conflitos conjugais, uma vez que além de atender as necessidades da vítima e de responsabilizar o agressor, trabalharia nele a gravidade de seus atos, fazendo-o compreender o respeito à norma de não violência às mulheres como desejável. A violência contra a mulher é resultado de uma

cultura machista e patriarcal e mudanças de ordem cultural não ocorrem por meio, exclusivamente, do sistema penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A moral, independente de qual definição conceitual se está falando, é um instrumento de conter e estimular ações consideradas desaprovadas ou estimadas pela sociedade, respectivamente. O que os teóricos da moral fizeram foi indicar o que a movimenta. Em outras palavras, o que move um indivíduo a agir conforme a sociedade espera ou o Estado impõe.

Enquanto a corrente do utilitarismo defendeu que os sujeitos agem moralmente porque há algo de útil neste tipo de ação, sendo a moral um bem, e a teoria desenvolvida por Kant afirma que a moral é a ação conforme o dever, Durkheim não se limitou a um único elemento, definindo a moral como a associação entre estes dois componentes. Sendo assim, o indivíduo age de forma moral para cumprir um dever e satisfazer um bem.

Na discussão sobre os dois sistemas de justiça, foi possível perceber que a justiça retributiva parece acreditar que os indivíduos são capazes de agir moralmente exclusivamente para respeitar uma regra, contemplando a definição kantiana de moral. Por outro lado, a nova vertente do direito contemporâneo percebe que isto não é suficiente, é necessário fazer com

que o indivíduo perceba o respeito à regra como algo desejável, atingindo a definição de Durkheim da moral como um dever e um bem.

Quando se trata de uma violência que ocorre devido a uma cultura de opressão fortemente enraizada na sociedade, como é o caso da violência contra a mulher, isto se torna ainda mais evidente. Afinal, simplesmente prender um agressor não o fará compreender sua ação como incorreta, uma vez que o sistema machista e patriarcal é algo que está internalizado nele. Então, ele dificilmente agirá de forma diferente para cumprir uma lei, neste caso a Lei Maria da Penha. É necessário que isto seja visto como um bem para ele, não apenas como um dever.

Desse modo, conforme a “Ciência da Moral” desenvolvida por Durkheim, acredita-se que somente quando o indivíduo desejar o bem e não faze-lo simplesmente para cumprir um dever é que o cenário social de violências e criminalidades, tanto no âmbito doméstico quanto no âmbito público, mudará. É nesse sentido que deve atuar a justiça.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). “Relações de Gênero e Sistema Penal”: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

COSTA, Marli Marlene Moraes da

(et al). “O Sistema Penal e as Políticas de Prevenção à Violência Contra a Mulher por meio da Justiça Restaurativa”. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). *Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. pp. 41-68.

DIAS, Maria Berenice. “A Lei Maria da Penha na Justiça”: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DURKHEIM, Émile. “Da Divisão do Trabalho Social”. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. “Sociologia e Filosofia”. São Paulo: Ícone, 2004.

FOUCAULT, Michel. “Vigiar e Punir”: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2010.

GIONGO, Renata Cristina Pontalti. “Justiça Restaurativa e Violência Doméstica Conjugal”. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (org.). *Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. pp. 179-199.

LARRAURI, Elena. “Mujeres y Sistema Penal”. Buenos Aires: IBdef, 2008.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. “Dez anos de práticas restaurativas no Brasil”: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à

justiça. *Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. set. 2012/fev. 2013, p. 305-324.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. “Justiça Restaurativa”: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PTACEK, James. “Restorative Justice and Violence Against Women”. New York: Oxford University Press, 2010.

UNITED NATIONS. “Handbook on Restorative Justice Programmes”. United Nations Publication: New York, 2006.

WEISS, Raquel. “A teoria moral de Émile Durkheim”. *Anais do XIII Congresso Brasileiro de Sociologia*: Recife, 2007.

_____. “Émile Durkheim e a Revolução Copernicana no Conceito de Moral”. In: Oliveira, Márcio de, and Weiss, Raquel, eds. *David Émile Durkheim: A Atualidade De Um Clássico*. Curitiba: UFPR, 2011. pp. 131-161.

VALVERDE, Patrícia Esquinas. “Mediación entre victima y agresor em la violencia de género”: uma oportunidade o um desatino? Valência: Universidade de Granada, 2008.

ZEHR, Howard. “Trocando as Lentes”: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Athena, 2008.

Paola Stuker

Socióloga formada pelo curso de Ciências Sociais Bacharelado da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGS-UFRGS).

A FORMAÇÃO DO CONHECIMENTO NO CAMPO DO DIREITO E DAS CIÊNCIAS SOCIAIS: Questões Teórico-Methodológicas¹

Michel Lobo

Doutorando em Sociologia pelo IESP/UERJ

E-mail: michell_lobo@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho analisa, por meio da comparação por contrastes, a formação do conhecimento no campo do Direito e da Antropologia, e as possibilidades de diálogos – e seus ganhos – entre o fazer antropológico e o fazer jurídico. Para tanto, parto da minha experiência como graduado em Direito, e posteriormente como pós-graduando no campo das Ciências Sociais, especificamente na área da Sociologia e da Antropologia. Ao longo dessa trajetória acadêmica, muitas foram minhas trocas reflexivas com outros estudantes e profissionais em uma direção profissional semelhante a minha, assim como as dificuldades e problemas enfrentados, próprios dessa transição, e do diálogo entre esses campos do conhecimento. Pesquisas no âmbito da Justiça Criminal e Da Segurança Pública, de antropólogos e de operadores do direito com formação posterior em ciências sociais, também me orientaram na proposta desse trabalho.

Palavras-Chave: Antropologia do Direito, Formação do Conhecimento, Campo.

ABSTRACT

The present work analyzes, by comparing for contrast, the formation of knowledge in Law and Anthropology field and dialogues possibilities - and your earnings - between anthropological performance and legal performance. Therefore, delivery of my experience as a graduate in Law, and later as a postgraduate student in Social Sciences, specifically in the area of Sociology and Anthropology. Throughout this academic course, many were my reflective exchanges with other students and professionals in a professional direction similar to mine, as well as the difficulties and problems faced, own this transition, and dialogue between these fields of knowledge. Research under the Criminal Justice and Public Security, anthropologists and law enforcement officers with further training in social sciences, also guided me in the proposal of this work.

Key Words: Anthropology of Law, Knowledge Production; Field

¹ Adaptação de trabalho apresentando na VIII Jornada de Alunos do PPGA/UFF, de 13 a 17 de outubro de 2014, Niterói - RJ.

INTRODUÇÃO

As pesquisas empíricas sobre o campo do Direito, especificamente sobre o sistema da Justiça Criminal e da Segurança Pública no Brasil ainda são poucas e recentes no que tange às Ciências Sociais, e ainda mais escassas na academia do Direito, embora com notáveis avanços nos últimos vinte anos¹. A academia jurídica acaba por reproduzir sua realidade unicamente em suas próprias reflexões, sem métodos de pesquisa, sem estranhamentos de suas próprias práticas, e no geral, acaba por ignorar as pesquisas empíricas, notadamente a pesquisa de campo etnográfica.

A proposta do presente trabalho é destacar os desafios, a relevância, e as possibilidades de realizar pesquisa empírica no campo da Justiça Criminal e da Segurança Pública, dialogando o fazer antropológico e o fazer jurídico².

¹Vem crescendo o número de pesquisas empíricas de operadores do campo da Justiça Criminal e da Segurança Pública, dos mais variados cargos e funções, com ótimas dissertações e teses, publicadas em livro, a exemplo dos trabalhos: A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro – Seus Dilemas e Paradoxos. Rio de Janeiro: Polícia Militar do Rio de Janeiro, 1994, de Roberto Kant de Lima. Os Donos do Carimbo: Investigação Policial Como Procedimento Escrito, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, de Paula Vidal. Do princípio do Livre Convencimento Motivado: Legislação, Doutrina e Interpretação de Juizes Brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, de Regina Lúcia. Entre Quereres e Poderes: Dilemas Empíricos Da Imparcialidade Judicial, de Bárbara Gomes Lupetti. Transação Penal e Penas Alternativas: Uma Pesquisa Empírica Nos Juizados Especiais Criminais Do Rio De Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, de Vera Ribeiro. O Ritual Judiciário Do Tribunal Do Júri: O Caso Do Ônibus 174. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, de Luiz Eduardo. Entre vários outros.

²A resolução n° 9 de 29 de setembro de 2004 do Conselho Nacional de Educação (CNE) da Câmara de Educação Superior (CES) instituiu novas diretrizes curriculares nacionais do curso

Primeiro tratarei de como se dá o ofício do antropólogo e a importância do campo e da pesquisa etnográfica na sua formação do conhecimento e como pesquisador. Em seguida tratarei da formação do conhecimento no campo do Direito, evidenciando as dificuldades de diálogo com as pesquisas etnográficas, e as possibilidades de seu uso, tendo inclusive as estatísticas como ferramentas de análise. Após trarei minha experiência de pesquisa etnográfica ao entrar em campo e praticar o fazer antropológico.

O FAZER ANTROPOLÓGICO E O CAMPO: Estranhamento, Relativização e Comparação Por Contrastes

É comum que entre os antropólogos, independentemente de suas preferências teóricas, tenha se convencionado que a denominação campo compõe uma das extensões essenciais do conhecimento antropológico. Há uma valorização do trabalho de campo na antropologia contemporânea, onde a ida ao campo é tida como uma experiência necessária à formação do antropólogo, mas que não exclui outras fontes de pesquisa, tais como documentos, arquivos, análises estatísticas, etc.

de graduação em Direito tendo por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. A própria resolução estabelece que esse eixo de formação profissional tem por fim abranger uma formação do conhecimento no campo do Direito para além do seu enfoque dogmático. Porém, apesar dessa previsão, poucas são as reflexões acadêmicas sobre as possibilidades e problemas de aproximação entre o Direito e outros saberes, em especial a Antropologia.

Assim, é legítimo refletir sobre o que é o campo para o antropólogo. A história do uso do signo “campo” na linguagem científica teve origem no final do século XVIII, no discurso da Geologia, a ciência que pesquisa a história e a arquitetura da superfície do nosso planeta. O signo *terrain* foi primeiramente empregado em razão da tradução francesa dos trabalhos do mineralogista alemão Werner e do geólogo escocês Hutton. *Terrain* envolve tanto a reflexão histórica sobre o terreno como também implica em analisar sua natureza e sua classificação. Há um encontro indispensável entre uma reflexão sobre a história e uma reflexão sobre a estrutura dos terrenos. A definição geológica de campo/terreno força o pesquisador a buscar uma justa articulação entre uma percepção sincrônica e uma percepção diacrônica (PULMAN 2007: p. 224).

Para um geólogo o “seu” campo é o espaço geográfico que ele quer estudar. Observar os detalhes da superfície de uma pedreira, escavar com a pá, acompanhar um afloramento por rastros superficiais, tudo isto é “trabalho de campo”. O sentido abonado, atualmente, à palavra “campo” tem uma pré-história que se desenvolveu na Geologia. Em Antropologia, o signo campo dispõe da mesma bipolaridade semântica (PULMAN 2007: p. 226). Campo é ao mesmo tempo o objeto de estudo (definição daquilo que se presente estudar), e o local da pesquisa do antropólogo

(o lugar aonde o pesquisador vai, fisicamente, observar o seu objeto de estudo), na contemporaneidade.

Outro aspecto importante sobre o “campo” é que ele se desenrola em um confronto. Tal batalha abrange ao menos dois aspectos: os perigos físicos e os perigos simbólicos. O primeiro refere-se aos riscos “reais” de certos campos, tais como conflitos armados, doenças, etc. O segundo perigo, refere-se à capacidade do pesquisador em abandonar a si mesmo sem perder o objeto da pesquisa, entrar em campo consciente de seus preconceitos, de seus valores, os identificando e os reconhecendo, ao ponto de não incorporá-los, ao menos não de forma inconsciente, em sua interpretação do que observou. Da mesma forma o pesquisador pode ser seduzido pelo campo, ao ponto de extrair de suas observações somente aquilo que seus interlocutores do campo querem lhe mostrar. Os riscos são epistemológicos, em analisar e reconhecer a validade e os limites do conhecimento em saber lidar com o que o campo traz para o pesquisador. É um choque de percepções, entre o ponto de vista do pesquisador, com suas verdades, e a forma como ele irá traduzir sua experiência em campo para um texto, para a escrita.

A pesquisa etnográfica é o meio pelo qual a teoria antropológica se desenvolve, e se sofisticada quando desafia os conceitos constituídos pelo senso comum no confronto entre as teorias e

as visões de mundo que o pesquisador leva consigo para o campo e a observação da realidade “nativa” observada por ele, com a qual se enfrenta (PEIRANO 1992: p. 40-41). O pesquisador deve estar munido de uma formação adequada que lhe permitirá realizar a síntese do que observou em campo.

Roberto Cardoso de Oliveira destaca três etapas de apreensão dos fenômenos sociais, necessários à reflexão no exercício da pesquisa etnográfica e na elaboração do conhecimento: o olhar o, ouvir, e o escrever. O autor dispõe o olhar como a primeira experiência do pesquisador em campo. É necessária uma domesticação do seu olhar teórico. O objeto de pesquisa, o qual o pesquisador conduz o seu olhar, não escapa de ser apreendido pelo esquema conceitual da área formadora de nossa maneira de perceber a sociedade. O ouvir como complementação do olhar, como etapa inicial da obtenção de dados, é disposto como um ouvir especial. Há de se saber ouvir, apontando para a questão do encontro de subjetividades e da desigualdade nos diálogos entre pesquisador e sujeitos de pesquisa (OLIVEIRA 1998: p. 19-22). É principalmente nessa etapa, mas não exclusiva ou isoladamente nela, que o pesquisador deve estranhar e tematizar as categorias percebidas em campo. Para o autor, o ouvir ganha em qualidade e altera uma relação, na interação, nos diálogos entre pesquisador e interlocutor, que assume

ou não a “observação participante”, onde o pesquisador admite um papel aceitável pelo grupo o qual observa, saindo do papel de mero observador, conforme a conveniência e desenrolar da sua pesquisa. Por fim, Roberto Cardoso dispõe sobre o escrever como um exercício de “gabinete”, no diálogo do pesquisador consigo mesmo, no interior de uma representação coletiva, buscando a articulação entre os dados obtidos no trabalho de campo e a construção do texto.

Identificar e acessar a realidade do campo de pesquisa implica em conseguir perceber as categorias dos nativos, daí a necessidade de se ouvir nomes, histórias, categorias, descrições das categorias pelos nativos, etc, além de observar. Estranhar, tematizar e relativizar as categorias são um exercício fundamental para quem estuda a própria sociedade, especificamente um campo naturalizado. Porém, esse constante exercício acaba por levar o pesquisador para além dos estranhamentos, esforçando-se em explicitar o implícito, identificando, interpretando e relativizando significados da língua e de verdades consagradas (DAMATTA 1987: p. 28). É um relativismo que funde os processos de autoconhecimento, autopercepção e autoentendimento com os processos de conhecimento, percepção e entendimento do outro; que identifica, arquitetando o que somos e entre quem estamos.

Porém, nem todo bom antropólogo é essencialmente um etnógrafo. Há aqueles com maior ou menor afinidade para

a pesquisa de campo. Entretanto todo bom antropólogo estuda e reconhece que é na sensibilidade para o confronto ou o diálogo entre teorias acadêmicas e nativas que está o potencial de riqueza da antropologia (PEIRANO 1992: p. 45).

A pesquisa etnográfica não possui uma fórmula, um manual para ser seguido, nem um jeito específico para ser conduzida, mas não é realizada de qualquer maneira, há métodos para tal. A etnografia decorre de um exercício de experiências do pesquisador que pode seguir modelos que lhe convier. É importante para o pesquisador definir o seu objeto de pesquisa, o seu campo, e a relevância dele “estar lá”, de passar pela experiência do deslocamento para o campo. Há uma reflexão posterior à pesquisa, onde o pesquisador pode utilizar metodologia(s), teoria(s) que lhe convierem em sua reflexão. Assim, é possível ter pesquisas de antropólogos sobre um mesmo campo, em um mesmo tempo, mas com perspectivas e interpretações diferentes, com contemplações de situações diversas.

Charles Wright Mills dispõe os exercícios de reflexões do cientista social como um artesanato intelectual, e que uma das melhores formas de se realizar as reflexões sistemáticas que o cientista social precisa fazer é por meio da manutenção de um “diário de campo”, capturando experiências pessoais, os estudos em elaboração e os estudos planejados, estimulando a captura de pensamentos

marginais, de ideias, mesmo que simplórias. A manutenção desse diário visa desenvolver hábitos de autorreflexão, de escrita e de expansão das categorias que o pesquisador usa em seu raciocínio.

No processo de aprender a estranhar e de romper com o senso comum, próprio dos antropólogos, é impossível realizar uma pesquisa de campo de forma inteiramente neutra ou “pura” de teorias e conceitos tanto de senso comum quanto científicas, seja por parte do próprio pesquisador, seja por parte dos sujeitos da pesquisa. Gilberto Velho dispõe que a subjetividade do pesquisador está presente em todo seu trabalho. Roberto Kant de Lima também dispõe que o conhecimento antropológico, não é, nem poderia ser neutro. A questão se dá no pesquisador saber reconhecer e explicitar seus próprios preconceitos, e como isso pode afetar a sua pesquisa. A pesquisa afeta o antropólogo, e o antropólogo pode afetar os interlocutores.

Outra característica marcante na pesquisa etnográfica é a que o “campo fala”. Diferente de outras áreas do saber, onde se parte de uma hipótese que se busca evidenciar ao longo da pesquisa, o antropólogo entra em campo sem uma hipótese pré-formulada.

Max Gluckman propôs o método da análise de situações sociais nas pesquisas etnográficas, focando-se na análise de indivíduos ou grupos específicos em situações sociais ou dramas sociais, com o fim de explicar as interpretações

particulares. Em decorrência disso, o autor também sugere que as regras sociais são contraditórias e/ou conflitantes, sendo redefinidas pelas pessoas e grupos, e que essas contradições devem ter lugar prestigiado nas análises sobre o campo, diferenciando-se assim de uma análise de um perfil geral de um sistema ou cultura, onde as variações individuais eram negligenciadas em favor de uma regularidade estrutural.

Van Velsen preferiu chamar as situações sociais de Gluckman de análise situacional, dispôs algumas questões específicas. Tal análise baseia-se nas descrições analíticas a partir dos registros das ações dos indivíduos, transcritas em um diário de campo, de situações reais e comportamentos específicos, fornecendo possibilidades de abstrações do material de campo, enfatizando um estudo das ações normais e excepcionais dos indivíduos. Esse tipo de análise dispõe os diálogos e ações dos indivíduos como fontes para diagnósticos, questões sociológicas e hipóteses de um determinado campo. São das situações, notadamente os conflitos, que decorrem os maiores problemas sociológicos a serem detectados. Aqui os diálogos não são meras ilustrações de problemas, mas orientadores na formulação de questões. O campo “fala”.

Identificar problemas vem a partir dos conflitos e contradições do campo, focando nos casos observados como delineadores de questões sociológicas e

não como meras ilustrações de teorias já prontas. É enfatizada a necessidade de se considerar nas análises as relações contraditórias e conflituosas. A análise aqui deve buscar a regularidade nas irregularidades.

Por fim, vale destacar outra característica importante da antropologia contemporânea, a comparação por contrastes que proporciona métodos relevantes para melhor avaliar as especificidades, ou as diferenças, que caracterizam as realidades locais, regionais e nacionais estudadas (GEERTZ 1998: p. 250-252).

A comparação por contrastes é um método que se difere das percepções e teorias evolucionistas (a exemplo de Karl Marx) e funcionalistas (a exemplo de Émile Durkheim) que geralmente norteiam os estudos comparativos da Sociologia, da Ciência Política e do Direito. O objetivo não é detectar padrões (semelhanças) e desvios desses padrões, mas focar-se em relacionar a análise da tida como estrutura da sociedade às ações e interações dos indivíduos que operam esta estrutura, e trazer os indivíduos e suas estratégias e conflitos ao centro da análise, inclusive na análise comparativa a partir das diferenças entre essas ações e interações em sociedades ou grupos diferentes. A intenção, portanto, é chegar a modelos que deem conta das diferenças, e que se atualizam na prática de várias formas diferentes. Assim, são a partir das diferenças que se arquitetam modelos explicativos, e não o oposto, idealizan-

do um modelo e verificando em que medida os sistemas empíricos se conformam a ele (LIMA 2013: p. 29-30).

A FORMAÇÃO DO CONHECIMENTO NO CAMPO DO DIREITO: Dogmatismo, Dever-Ser e Lógica do Contraditório

Nesse tópico, analisarei algumas questões referentes à formação do conhecimento no campo do Direito, contrastando-as com algumas características do fazer antropológico.

Roberto Kant de Lima, a partir de suas experiências como professor e pesquisador, aponta para as diferenças essenciais nas formas de produção e reprodução do conhecimento com alunos que integravam a Faculdade de Direito e as Academias de Polícia Militar e a Polícia Civil, onde estes últimos geralmente também são formados em Direito. A forma dogmática e instrucional prevalece, apregoando, consciente e inconscientemente, verdades que necessitavam ser absorvidas e reproduzidas, ao invés de conhecimentos que deveriam ser compreendidos de forma reflexiva e crítica, como ocorrem no ensino e na pesquisa das Ciências Sociais.

A reprodução do conhecimento universitário nas Faculdades de Direito e Academias de Polícia Militar e Civil reflete as formas institucionais de produção e reprodução do saber jurídico e militar, seja no quartel, seja no tribunal. Tal formato dogmático e instrucional se ampara intensamente na lógica do con-

traditório³ que promove o dissenso infinito que é apenas cessado por meio de uma autoridade externa às partes, que declara uma tese vencedora e a outra vencida (LIMA 2010: p. 29).

O campo do Direito possui forte enraizamento nos meios utilizados para produzir a verdade judiciária da *Civil Law Tradition*⁴. Para me fazer entender melhor nessas questões, utilizo um debate sobre o funcionamento da Justiça Criminal no Brasil. Aqui, a ação penal é uma obrigação do Estado ao tomar conhecimento de indícios de um fato criminoso, não se tratando de uma opção, mas de obrigação, não podendo o Estado desistir da ação penal após a sua propositura⁵. Assim, no nosso sistema de justiça, o processo penal é uma prerrogativa obrigatória do Estado com o fim de punir transgressões às normas preestabelecidas em lei, onde os acusados de algum crime devem comprovar sua inocência, ou seja, o ônus de comprovação de não culpabilidade é do acusado⁶. Assim, temos duas caracterís-

³Não confundir lógica do contraditório com princípio do contraditório presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora estejam interligados.

⁴Ver: LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades Jurídicas, Saber e Poder: Bases Culturais De Alguns Aspectos Do Direito Brasileiro Em Uma Perspectiva Comparada. In: Anuário Antropológico, v. 2, p. 25-51, 2010.

⁵Mesmo em casos de ação penal pública incondicionada que é aquela onde a vítima possui a iniciativa da ação em tornar um conflito em uma ação penal. Após sua iniciativa, a ação penal passa a ser do Estado.

⁶Aqui reside a reflexão e crítica de muitos antropólogos que pesquisam o campo do Direito ao princípio da presunção da inocência que não faz sentido em nosso sistema judicial.

ticas importantes em nosso sistema de Justiça Criminal: o processo judicial é do Estado; e a inquisitorialidade, aonde quem chega à Justiça Criminal tem *a priori* alguma parcela de culpa no fato criminoso a ele atribuído, onde o acusado deve comprovar sua inocência.

Dentro dessa lógica de funcionamento em que o Estado é ao mesmo tempo o dono do processo judicial e o acusador, e quem tem o ônus de comprovar sua inocência é o acusado, destaca-se a lógica do contraditório, onde o acusado deve contradizer as acusações feitas pelo Estado como forma de defesa⁷. O dissenso, o antagonismo de teses é a lógica de funcionamento do nosso sistema de Justiça Criminal. O contraditório acaba por impor uma lógica de uma relação necessariamente competitiva e conflituosa o qual só se interrompe através de uma autoridade externa às partes (juiz), que lhe dá fim e declara uma tese vencedora e a outra, vencida. Há a busca por uma verdade real, construída processualmente.

Além disso, nosso sistema de Justiça provém da tradição da *Civil Law* que funda sua legitimidade em uma racionalidade abstrata, considerando os julgamentos técnicos dos juízes melhores que os de pessoas comuns, por deterem um saber jurídico especializado. Apesar

⁷No direito brasileiro não há criminalização da mentira dos réus. Isso é um desdobramento do princípio jurídico da não autoincriminação, ou seja, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Ela é uma técnica muito utilizada pelos acusados, uma vez que o réu não tem o compromisso legal de dizer a verdade. Instrumento este que é vedado para as testemunhas, que se mentirem sofrem sanção penal por falso testemunho.

da minha ilustração da lógica do contraditório se dar por meio do processo penal, essa é uma lógica que perdura a forma de receber e resolver conflitos no âmbito do judiciário brasileiro⁸.

A lógica do contraditório se diferencia das lógicas adversárias de produção de verdades, predominantes nas áreas acadêmicas e científicas, constituída a partir de um consenso sobre fatos que se arquetam por meio da reflexão e explicitação de distintos pontos de vista dos envolvidos em um processo de argumentação demonstrativa, que tem por objetivo o convencimento das partes envolvidas no processo. Aqui, o consenso é que valida o conhecimento.

A lógica do contraditório também se dá no saber jurídico, fora dos tribunais, onde o capital em disputa no campo é o poder de dizer o que é o direito (BOURDIEU 1987: p. 212), prevalecendo o argumento da autoridade sobre a autoridade do argumento, ou seja, há uma disputa hierárquica pela legitimidade do reconhecimento intelectual. As correntes doutrinárias são bons exemplos disso, pregoando diversas interpretações sobre um mesmo fato jurídico que competem entre si, buscando uma relação conflituosa de subtração, e não de soma (SIMMEL 1983: p. 124-125).

Outra característica específica na formação do conhecimento no campo

⁸Vide: LUPETTI BAPTISTA, Bárbara. Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: Construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

do Direito se dá com a sua escrita que é focada em “ninguém”, ou melhor, em um sujeito indeterminado, com ações escritas por meio de verbos impessoais, tais como “percebe-se”, “conclui-se”, etc. - ora alternado pelo verbo em terceira pessoa do plural - “percebemos”, “concluimos”, etc. - com o fim de se falar não em nome de quem escreve, mas em nome de um corpo jurídico, no qual o “eu” está incluso, calcado em uma doutrina e/ou jurisprudência; ou em nome de “todos”, como forma de universalização do que se escreve. Tal forma de escrita em que o “eu” de quem escreve é excluído ou suprimido é desenvolvida nas academias do direito.

Embora o direito não seja exclusivo nessa forma de escrita, tal característica é mais forte e enraizada no campo jurídico pelo ofício de se “advogar”. O advogado sempre atua em prol do outro, do direito ou do dever do outro, ou seja, do seu cliente. A escrita raramente se refere ao “eu” do advogado. Toda argumentação do advogado se dá em harmonizar os direitos e deveres do seu cliente frente à legislação, jurisprudência e doutrina pertinentes aos seus fins pretendidos. Assim temos os promotores públicos que atuam em nome do Ministério Público; os juízes que representam o Estado em sua função de gerenciar conflitos e punições; e os defensores públicos, que defendem o direito do outro que não tiver recursos financeiros para contratar advogado particular.

Grande contraste se faz com a escrita das Ciências Sociais, notadamen-

te em referência à escrita etnográfica, marcada por impressões e reflexões do observador sobre o que ele vê, sobre o que ele observa. O “eu” do pesquisador em campo constrói os dados, pois ele os observa e os seleciona para reflexão. O “eu” do antropólogo arquiteta as reflexões, as relativizações, a escrita.

Além disso, existe um desafio geralmente apontado por aqueles que pesquisam a área da Justiça Criminal e da Segurança Pública onde já atuam profissionalmente: a dificuldade em se estranhar um “mundo” de certa forma já familiarizado por eles, com absorção de linguagens e práticas nativas da profissão, demonstrando ser um grande obstáculo a vencer, a capacidade de se estranhar um mundo naturalizado, e de relativizar categorias internalizadas. A arte de se “estranhar para se conhecer” própria das pesquisas etnográficas geralmente demandam um esforço maior por parte desses que são ao mesmo tempo operadores e pesquisadores de um campo, com constante aprendizado.

Sobre isso, Roberto DaMatta aponta que quando o estudo se volta a nossa própria sociedade, há um movimento semelhante a um auto exorcismo, onde o antropólogo deve tirar a capa de membro de uma classe e de um grupo social específico e buscar estranhar alguma regra familiar e assim descobrir o exótico que está petrificado dentro de nós.

Gilberto Velho atenta que há os níveis de familiaridade que o pesquisador

tem com o campo. O fato de ser habituado, familiarizado com certo cenário, com certo campo, não implica em conhecer os hábitos, crenças, valores e percepções dos atores desses cenários, ou pode haver um conhecimento, mas em níveis diferentes. O que sempre vemos e encontramos pode ser familiar, mas não é essencialmente conhecido, e o que não vemos e encontramos pode ser exótico, mas, até certo ponto, conhecido. Entretanto estamos continuamente pressupondo familiaridades e exotismos como fontes de conhecimento ou desconhecimento, respectivamente (VELHO 1978: 39-40).

Tal dificuldade em se estranhar um campo naturalizado possui implicações específicas no caso dos operadores do Direito e da Segurança Pública. Ana Paula Miranda aponta para a prevalência de uma cultura policial, ou seja, uma percepção de mundo que é arquitetada a partir da socialização do indivíduo no exercício da função, enraizadamente autoritária e hierárquica, fundamentada no combate ao criminoso e não ao crime. Os policiais tendem a desvalorizar o conhecimento produzido pelas instituições de ensino, afirmando que a rua é o local onde se aprende a profissão (MIRANDA 2008: p. 120). Roberto Kant de Lima aponta que os juristas possuem uma preocupação maior em manualizar o conhecimento jurídico, uniformizando as suas categorias e normalizando procedimentos conforme um conceito idealizado e utópico. Essa questão é agravada

com a percepção do mundo a partir do “dever-ser” que constitui o campo jurídico, dificultando que os operadores desse campo percebam a realidade tal como ela “é”, ou seja, multiplamente passível de representações e que dependem das perspectivas empregadas na sua construção.

Assim, há uma percepção por parte dos operadores do Direito e da Segurança Pública de que para se entender algo é preciso atuar nele, ou seja, só quem possui a prática, a experiência em ser operador de um campo possui a legitimidade do conhecimento sobre as práticas daquele campo, tendo certa rejeição ao conhecimento empírico, acadêmico. Porém, a grande riqueza do conhecimento está justamente no diálogo entre esses conhecimentos: o da prática e o empírico.

Porém, a lógica do contraditório enraizada na forma de ensino das academias de polícia e do direito acaba por dificultar esse diálogo, onde esses conhecimentos acabam por competir, tornando-se um debate entre razões para vitória de um conhecimento sobre outro. É um choque de percepções, um embate de verdades com tendências a uma verdade maior dos operadores do campo judicial e policial, por eles mesmos, por considerarem que a experiência é que valida o seu conhecimento, sua verdade, menosprezando a empiria.

Além disso, segundo Ana Paula Miranda, as unidades de ensino policiais, militar e civil, têm uma cadeia de rotinas que se propõe a reproduzir suas próprias

categorias. A transferência de conhecimentos é formalizada em aulas, instruções, e treinos, mas há diversos conteúdos que são reproduzidos em rotinas cotidianas, conformando um conjunto de práticas ocultas que robustece o modelo de hierarquia excludente. Existe na formação dos oficiais uma percepção de segurança pública abalizada pela ação puramente operacional e pontual; enquanto que na formação dos soldados, não há conteúdo referente à segurança pública, à função da polícia numa sociedade democrática. Deste modo, os teores das disciplinas focam exclusivamente as dimensões policial e legal. O que a instituição pondera como treinamento é uma série de reproduções de condutas, em que se valoriza intensamente o conhecimento prático, arquitetado a partir da experiência. Neste caso, confunde-se a experiência com a obtenção de conhecimentos, induzindo a uma grave desvalorização do ensino.

Daqui surge o desafio de se desconstruir a lógica do contraditório, e de ampliar o debate, por meio do diálogo de conhecimentos, e não de competição entre eles. É o desafio de se construir algo novo, de se trazer elementos para debater, relativizar e estranhar os discursos já prontos, naturalizados pelos operadores do Direito e da Segurança Pública.

Como já foi destacado, o fazer antropológico implica na relativização de verdades consagradas, de percepções, enquanto o fazer jurídico e policial por meio de suas próprias verdades e prá-

ticas se reproduz, sendo este contraste metodológico uma expressiva barreira ao diálogo destes campos. Desembaraçar a aproximação destes saberes é o desafio, em conseguir analisar o direito e a polícia fora de suas próprias interpretações.

Para finalizar esse tópico, trago outra questão, a comparação por semelhanças, próprias das doutrinas comparativas do Direito. O direito comparado é uma disciplina jurídica que visa estabelecer ordenadamente se aquilo que se selecionou para um estudo comparativo possui, ou não, equivalência em algum ou vários sistemas jurídicos, de diferentes países. Já o método comparado por contrastes é um procedimento para avaliar as particularidades de fatos e de instituições em um dos sistemas e de culturas pesquisadas, e visa explicitar peculiaridades próprias às instituições jurídicas brasileiras, quando comparadas às de outros países.

Para Geertz, o sistema jurídico busca descrever o mundo e seus acontecimentos nos seus próprios termos, e essa técnica empregada sintetiza o empenho para que a representação dos fatos seja adequada, correspondente à realidade, à sua realidade. A verdade construída no processo é a verdade do processo. Ou seja, existem categorias jurídicas de diferentes sociedades, como as leis e crimes, que não podem ser comparadas por possuírem significados diferentes, oriundos dos contextos do lugar as quais são provenientes.

Desta forma, por exemplo, a categoria “homicídio” possui percepções

diferentes no Brasil e nos Estados Unidos, tanto pela sociedade quanto pelas instituições jurídicas, e por consequência, possui implicações e consequências sócio-jurídicas tão diversas que impediriam uma comparação simplesmente por pertencerem, a princípio, a uma mesma categoria jurídico-normativa⁹. A proposta de Geertz é comparar diferenças entre sistemas de significados, enfatizando o contexto das instituições e seu significado local. A sensibilidade jurídica é, portanto, o primeiro fator que merece a atenção daqueles cujo objetivo é falar de uma forma comparativa sobre as bases culturais do direito (GERTZ 1997: p. 260). Seu exemplo clássico sobre a variação dessas sensibilidades dispõe que “ao deparar-se com as leis antipoluição, a Toyota contratou mil engenheiros e a Ford mil advogados”. Uma das formas em que as sensibilidades jurídicas ocidentais se explicitam está, por exemplo, nas tradições jurídicas, como as da *Civil Law* e da *Common Law* (LIMA 2010: p. 30).

A CARÊNCIA DE DADOS QUANTITATIVOS NO CAMPO DA JUSTIÇA CRIMINAL E SEGURANÇA PÚBLICA: Possibilidades de Diálogo Pela Lacuna Estatística

A ida ao campo é uma experiência importante à formação do antropólogo, assim

⁹A própria categoria “Lei”, por exemplo, possui significados distintos. Enquanto que no Brasil há uma separação entre lei e direito – explicitando uma separação da elaboração legislativa e da aplicação do direito –, a palavra Law, lei em inglês, significa direito e lei, sem essa dicotomia.

como as possibilidades de se utilizar outras ferramentas que auxiliem sua pesquisa etnográfica, seja por conveniência metodológica ou teórica, seja por afinidade por determinados métodos. Dentre as ferramentas possíveis, destacarei aqui o uso de dados quantitativos, de estatísticas, como diálogo, ferramenta, entre etnografia e o campo do Direito. Não é o objetivo aqui desenvolver um debate sobre análise de dados quantitativos, mas expor as dificuldades específicas do campo do Direito e da Segurança Pública para a análise desses tipos de dados, e considerando algumas possibilidades introdutórias e contribuições sobre o diálogo entre pesquisa etnográfica e análises estatísticas para, e nesse(s) campo(s).

Embora seja uma boa ferramenta de análise, os registros e dados estatísticos sobre a Justiça Criminal e a Segurança Pública no Brasil geralmente apresentam, pelo menos, três problemas: a carência de uma tradição, acadêmica e institucional, de coleta de dados e de análises estatísticas; o sigilo que as instituições desse campo geralmente fazem, de dados referentes aos seus próprios atos e registros; e a falta de qualidade e a baixa confiabilidade de parte de dados coletados e publicamente divulgados.

Sobre o primeiro problema, vale mencionar algumas instituições que publicam macrodados e/ou análises estatísticas sobre o campo policial e judicial: o ISP - Instituto de Segurança Pública - que coleta e fornece dados relativos à segurança pública; o DA-

TASUS - departamento de informática do sistema único de saúde - que tem a responsabilidade de coletar, processar e disseminar informações sobre saúde; o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - que por meio da sua série “Estatísticas do Século XX” disponibiliza dados históricos referentes à justiça no Brasil; o CNJ - Conselho Nacional de Justiça - que por meio do Departamento de Pesquisas Judiciárias possui pesquisas e dados quantitativos sobre o fluxo de processos judiciais; o InfoPen - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - que publica o registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país; o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) que possui atividades de pesquisa voltadas às ações governamentais para a formulação e reformulação de políticas públicas; dentre vários outros. No geral, são instituições com dados recentes e que não estão, ao menos diretamente, vinculadas às instituições jurídicas e policiais.

Sobre o segundo problema, é importante lembrar a característica inquisitorial que norteia o campo do Direito e da Segurança Pública. Há a idéia de que uma verdade deve ser verificada secretamente e registrada por escrito no transcórrer de uma acusação penal. Tal idéia é expressa no sigilo das acusações e no processo escrito, no campo das práticas judiciais penais. Os conflitos tidos com relevância penal devem ser apurados pelo crivo da Polícia Civil, sob a forma de um inquê-

rito escrito e sigiloso, cujo conhecimento se preserva às autoridades competentes, que decidirão se tornam, ou não, as acusações públicas para os acusados que, de indiciados no inquérito policial, se tornam réus de uma ação criminal quando denunciados pelo promotor de justiça.

Como decorrência disso, associa-se a tutela do Estado sobre a sociedade como um valor positivo, desempenhado pelo sigilo das acusações para o público e para os interessados, como meio de proteção de seus interesses. Porém, tais formas de aplicação da lei baseiam-se no sigilo, e fundamentam-se exclusivamente na quantidade de poder disponível para a autoridade que a interpreta e aplica. O sigilo, a vigilância e o registro, são ferramentas de acusação, e não de defesa dos envolvidos (LIMA 2010: p. 34-35). Disso também decorre a rejeição dessas instituições da possibilidade de exposição de suas práticas internas, de seus registros, e da publicização de decorrentes problemas desdobrados dessas práticas.

A respeito do terceiro problema, vale dispor sobre algumas pesquisas que realizaram uma combinação de dados qualitativos, por meio da pesquisa etnográfica, e de dados quantitativos. Joana Domingues Vargas abordou a administração da justiça para o crime de estupro¹⁰. A pesquisadora analisou, por

¹⁰VARGAS, Joana Domingues. Análise Comparada do Fluxo do Sistema de Justiça para o Crime de Estupro. DADOS - Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, n.º 4, 2007, pp. 671 a 697.

meio de pesquisa de campo, o processo de transformação das narrativas feitas pelas vítimas durante a fase de queixa-crime até se tornarem denúncias relatáveis de crimes sexuais, buscando compreender como se dava a tradução de um fato social em um fato jurídico, e como os policiais decidiam sobre a decretação, ou não, da prisão de um acusado de cometer estupro.

Com o fim de enriquecer sua pesquisa, Joana Vargas analisou o fluxo do Sistema de Justiça Criminal para os crimes de estupro, utilizando dados quantitativos a partir dos boletins de ocorrência ao qual teve acesso. A autora detectou os desafios de articular dados qualitativos e quantitativos nesse campo, uma vez que o boletim de ocorrência não descrevia o fato ocorrido, mas continha o registro daquilo que o policial interpretou daquele fato, transcrito em uma linguagem que visa categorizar o ocorrido como, simplesmente, um fato jurídico (universalizante) ou não. Além disso, os registros não permitiram reconstituir o processo de seleção a que são submetidos pessoas e papéis ao longo do seu processamento, e assim ponderar sobre as perdas do sistema. O objetivo da pesquisa foi o de identificar, de um lado, as características do estupro, dos acusados, das vítimas e da relação existente entre eles e, de outro, captar o processo de seleção e filtragem a que estes são sub-

metidos no decorrer de seu processamento no sistema de justiça criminal (VARGAS 2007: p. 671-672), o que só foi possível com a combinação entre etnografia e análises estatísticas.

Em minha pesquisa de campo, de orientação etnográfica, em um Juizado Especial Criminal¹¹ (JECrim) da Baixada Fluminense, construí e analisei dados qualitativos e quantitativos que evidenciaram contradições entre os ideais proclamados do juizado e as práticas de seus operadores. Demonstrei que apesar do Juizado Especial Criminal ser uma política pública voltada para a democratização do acesso a justiça, pautada na consensualidade como meio de resolução de conflitos, isso não ocorre, onde a sua forma de administrar os conflitos da violência cotidiana acabava por limitar a democratização da justiça e o exercício da cidadania, ao invés de ampliá-los.

Ao me deparar com a carência de dados quantitativos sobre o meu campo de pesquisa, elaborei um questionário com variáveis que constavam nos processos judiciais e coletei dados quantitativos através do exame dos processos judiciais referentes aos casos que observei em campo, construindo um banco de dados quantitativos referente ao perfil das partes conflitantes, às características das demandas e das

¹¹LIMA, Michel Lobo Toledo. Próximo da Justiça e Distante do Direito: Um Estudo Num Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2014. 170 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia (IESP) da UERJ.

formas de administração e resolução dos conflitos do juizado pesquisado, com o fim de analisar as influências nos desfechos possíveis em cada caso.

Percebi que quantitativamente (64%) a categoria “acordo”, constante nos processos judiciais, correspondia à maioria dos desfechos das conciliações observadas, me levando à ideia de que majoritariamente os conflitos tinham um desfecho consensual naquele juizado. Porém, apesar dessa porcentagem, minhas observações em campo demonstraram o contrário, que a maioria desses casos de acordo não se referia a acordos consensuais entre as partes conflitantes, sendo comum os conciliadores intervirem e até constrangerem as partes para que desistissem do processo judicial, categorizando tal ato como acordo. Essa categoria assumia vários significados e atos dentro do judiciário, ou seja, o acordo consensual entre as partes que a lei prevê podia assumir diversos significados e fins dentro do campo judicial. Assim, a partir do que observei em campo, destrinchei a categoria jurídica e genérica “acordo” em acordo induzido e acordo espontâneo, conforme o seu uso naquele campo, e detectei que o acordo induzido era, quantitativamente, o desfecho majoritário naquele juizado, me propiciando assim subsídios para novas reflexões sobre aquele campo judicial.

Portanto, embora os dados quantitativos pudessem propiciar uma ideia

da demanda que chega ao Juizado Especial Criminal, nem sempre permitiam compreender aspectos qualitativos, sobretudo aqueles que se referem ao direito e à justiça neles exercidos.

Ana Paula Mendes de Miranda aponta para a importância das análises quantitativas e qualitativas de políticas públicas. A avaliação quantitativa permite medir a eficiência de uma ação, podendo-se avaliar a relação entre o empenho empregado na implementação de certa política e os efeitos obtidos, assim como medir a eficácia de uma política, ao compará-la com as metas previstas e as metas conquistadas. A avaliação qualitativa permite avaliar o ponto de vista que as pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, na proposta de uma política pública, possuem sobre as deficiências e melhorias, permitindo a observação do sucesso da política pública implementada, no que se alude a relação entre as finalidades determinadas e os impactos na transformação das condições sociais do grupo.

A proposta, embora preliminar, é que a combinação de análises qualitativas e quantitativas visa uma apreciação empírica das práticas judiciais e policiais por meio de métodos e técnicas próprias das Ciências Sociais, promovendo um exame interdisciplinar entre os esquemas de referência próprios da doutrina jurídica e as evidências empíricas das relações etnográficas em conjunto com dados estatísticos: teorias, méto-

dos e técnicas das Ciências Sociais que podem se complementar para pesquisar práticas judiciais e dialogar com o campo do Direito e da Segurança Pública.

Desse diálogo já surge uma questão: as análises estatísticas são utilizadas para testar ou elaborar hipóteses. A elaboração de hipóteses por via estatística na Ciência Política e na Sociologia é comumente seguida por dois tipos de “testes” qualitativos: entrevistas formais ou informais, estruturadas, semiestruturadas ou aprofundadas; e/ou grupos focais. Como teste de hipóteses, as análises estatísticas comumente são precedidas de conceitos e reflexões teóricas. Comumente, ao lado de análises estatísticas, não há lugar para as pesquisas etnográficas, a outra irmã das pesquisas qualitativas, onde se inicia uma pesquisa, pela entrada em campo, sem uma hipótese pré-formulada, mas que pode gerar hipóteses e questões oriundas da observação em campo para fins estatísticos. E por outro lado, as análises estatísticas podem auxiliar o etnógrafo na análise de questões encontradas em campo.

Por fim, fica o desafio de como comparar quantitativamente sensibilidades jurídicas de sociedades diferentes, uma vez que as categorias quantitativas, assim como as categorias jurídicas, são universalizantes, e exigem, para uma análise estatística, categorias semelhantes para serem comparadas. Superar esse desafio é uma questão para, ao menos, minimizar a supressão de atos individuais, típicas dessa

análise. Uma das possibilidades é analisar fluxos de sistemas de justiça considerando as sensibilidades jurídicas a qual se prestam, por meio de pesquisas etnográficas, relativizando categorias e reconstituindo os filtros do processo de seleção a que são submetidos pessoas e papéis ao longo do seu processamento. Enfim, são mais inquietações e reflexões do que soluções.

ENTRANDO EM CAMPO

Nesse tópico trarei brevemente a experiência da minha entrada em campo e minhas dificuldades e diálogos iniciais que tive em realizar pesquisa etnográfica no campo do Direito, e que me levaram às reflexões dispostas nesse artigo.

Ao terminar minha formação em Direito eu tinha grande interesse pela teoria do direito brasileiro, notadamente sobre a Justiça Criminal e suas contradições, entre o que a academia me ensinava e a prática jurídica que eu vivenciei ao longo de minha formação jurídica, contradições delineadas por disputas interpretativas para aplicação das legislações aos casos concretos. Eu queria ver o Direito fora de suas próprias interpretações. Recorri às Ciências Sociais, no mestrado em Sociologia¹² que cursei. Muitos foram os diálogos que tive com a Antropologia no último ano do curso de mestrado¹³, o que me trou-

¹²No IESP/UERJ, orientado pelo Professor Gláucio Ary Dillon Soares. Atualmente sou doutorando no mesmo programa de pós-graduação.

¹³Esse foi um diálogo não só entre Sociologia e Antropologia,

xe uma mistura de fascinação, identificação, estranhamento e confusão.

Ressalto a importância da análise situacional de Van Velsen¹⁴ que influenciou na condução da minha pesquisa de campo. Tal análise se fundamenta nas descrições analíticas a partir dos apontamentos das ações dos indivíduos, transcritas em um diário de campo, de situações reais e comportamentos característicos, municiando possibilidades de abstrações do material coletado em campo, realçando um estudo das ações normais e excepcionais dos indivíduos. Esse tipo de análise dispõe os diálogos e ações dos sujeitos como fontes para diagnósticos, questões sociológicas e hipóteses de um determinado campo. São das situações, especialmente os conflitos, que emanam os maiores problemas sociológicos. Aqui os diálogos não são simples ilustrações de problemas, mas orientadores na elaboração de questões.

Seguindo tal orientação, entrei no campo, um Juizado Especial Criminal na Baixada Fluminense. Mesmo com certas predefinições minhas sobre os Juizados Especiais Criminais, busquei reconhe-

mas interinstitucional que tive ao cursar a disciplina “Problemas Específicos em Análise Antropológica: Trabalho de Campo” do Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, lecionada pelo Professor Roberto Kant de Lima que posteriormente se tornara meu coorientador. A presença da maioria de alunos do Programa de Pós-graduação em Direito dessa Universidade nessa disciplina tornou possível um compartilhamento de dúvidas em comum, próprias da transição da formação em Direito para as Ciências Sociais.

¹⁴VELSEN, J. Van. A Análise Situacional e o Método de Estudo Detalhado. In: Antropologia das Sociedades Contemporâneas: Métodos, p. 437-468. 2ª Ed. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

cê-los e me abster desses preconceitos para observar o campo e então paulatinamente conseguir detectar os problemas decorrentes de suas relações sociais, permitindo que o campo me “falasse” os problemas dessas relações.

Ao entrar em campo, me vi em questões mais complexas que eu poderia imaginar. A dificuldade em se estranhar um “mundo” de certa forma já familiarizado por mim, com absorção de linguagens e práticas nativas da minha formação em Direito, demonstrou ser um grande obstáculo a vencer, a capacidade de se estranhar um mundo naturalizado. A arte de se “estranhar para se conhecer” próprias das pesquisas etnográficas demonstrou que eu precisaria de um esforço maior do que eu imaginava, com constante aprendizado.

Tais questões fizeram com que eu me perguntasse e buscasse uma definição de mim mesmo como profissional dentro de algumas escolhas: afirmar-me como um pesquisador social, um cientista social, que busca entender o Direito e as práticas judiciais como um fenômeno social; ou ser um operador do Direito onde as Ciências Sociais seriam um instrumento de melhor compreensão desse mundo, assumindo o “eu” como profissional do Direito; ou a pior das hipóteses, não conseguir assumir nenhuma das duas posições anteriores e acabar em um mundo dividido, marcado pela superficialidade de conhecimento de ambos os mundos, o jurídico e o das ciências so-

ciais¹⁵. Minha escolha foi a primeira, a de ser um Cientista Social.

Quando comecei meu trabalho de campo eu não tinha qualquer treinamento sobre pesquisa de campo, nem sobre técnicas e métodos de observação e interpretação¹⁶. E ao mesmo tempo em que entrei em campo foi que comecei a ter estudos e leituras sobre pesquisas etnográficas.

Ao longo do curso de mestrado em Sociologia desenvolvi maior afinidade e simpatia por trabalhos de autores que realizaram pesquisas empíricas, principalmente aqueles que iam ao lugar da pesquisa e observavam o seu objeto de análise. Nesse sentido, Erving Goffman foi um dos primeiros autores que li com esse tipo de pesquisa¹⁷, e um dos seus livros, “Manicômios, Prisões e Conventos”, chamou-me a atenção por sua linguagem simples e aberta a uma variedade de leitores, inclusive à um iniciante em Ciências Sociais como eu. Harold Garfinkel com a etnometodologia também me chamou a atenção com a sua proposta de pesquisar situações cotidia-

nas, onde o pesquisador não só observava diálogos, mas intervinha diretamente neles. Meu questionamento era o de como pesquisar o campo jurídico, e que metodologia e técnicas usar.

Diante dessa vontade de pesquisar em campo, mas sem saber como, consultei meu orientador, Gláucio Ary Dillon Soares, sobre as possibilidades. Sua primeira recomendação foi que eu cursasse uma disciplina externa com o Professor e antropólogo Roberto Kant de Lima da Universidade Federal Fluminense, o que me trouxe satisfação, pois eu já conhecia o Professor e Antropólogo Roberto Kant e um pouco do seu trabalho¹⁸. Meu orientador ainda comentou que pesquisas empíricas sobre o campo jurídico no Brasil ainda são poucas, que é um campo que merece atenção e que tende a crescer ao longo do tempo, não só no Brasil como na América Latina, e que o meu esforço valia a pena.

Essa sugestão foi-me conveniente em dois sentidos: primeiro por me possibilitar entrar em um “mundo” que mesmo estranho para mim, me despertava grande interesse, que era a pesquisa de campo; segundo por me possibilitar coletar os dados quantitativos no próprio campo jurídico, que possui pouquíssimos dados referentes aos seus próprios atos e registros, e que

¹⁵Obtive essa reflexão após uma de muitas conversas que tive com o Professor Luís Antônio Machado do IESP/UERJ, com minhas incontáveis dúvidas e anseios em compreender as ciências sociais.

¹⁶Algo semelhante ocorreu com William Foote Whyte, economista que queria estudar uma área pobre e degradada e que acabou indo ao campo realizar sua pesquisa.

¹⁷Ao cursar a disciplina Teoria Sociológica II, no 2º semestre de 2012, li e conheci trabalhos de vários autores que constituíam uma visão panorâmica das principais correntes na teoria sociológica do século XX, dos anos 1930 até os anos 1970, estabelecendo alternâncias e diálogos entre teoria e empiria, entre pesquisas quantitativas e qualitativas, e entre análises macrosociológicas e microsociológicas.

¹⁸Conheci o Professor Roberto Kant de Lima quando cursei a pós-graduação lato sensu em Políticas Públicas de Justiça Criminal e Segurança Pública na Universidade Federal Fluminense, entre 2009 e 2010.

geralmente faz sigilo dos poucos dados estatísticos que possui.

Meus primeiros contatos em campo foram marcados por rejeições. No Juizado Especial Criminal procurei fazer meu primeiro contato em seu cartório, onde fui atendido pelo escrivão e me apresentei como um aluno de mestrado que queria realizar uma pesquisa ali, e ele respondeu: “você que fazer pesquisa né. Não permitimos isso não. O que você quer saber?”. Novamente apresentei-me como aluno de mestrado em Sociologia, e afirmei que queria realizar uma pesquisa naquele juizado, observando as conciliações. “Olhar você pode ué, ninguém vai te proibir”, respondeu-me. Contente com a resposta, também perguntei se naquele juizado havia estatísticas dos seus casos, ou se tinha algum sistema de registro de dados informatizados com os dados dos processos judiciais que eu pudesse olhar. “Olha só, aí já é confidencial, os dados são sigilosos, você não pode ficar vendo os dados das pessoas”, falou-me o escrivão. Expliquei que meu interesse não era ver dados pessoais, mas dados sobre o perfil de quem ajuizava uma ação naquele JECrim, e quais os tipos de crime mais comuns que chegavam ali. O escrivão comentou:

“a gente não quer saber dos nossos problemas, isso nós já vivenciamos todos os dias, dos nossos problemas nós já sabemos, pra que publicar isso?”

Ninguém quer ser exposto. Se você quer saber, o que mais tem aqui é lesão corporal e ameaça, já te resolvo isso, e sua pesquisa fica pronta. Mas se você quiser, pode voltar aqui e falar com a juíza. Acho melhor você se resolver com ela. Aproveita que a secretária dela está aqui, na sala ao lado, a sua direita ao sair. Por mim eu não autorizo isso não”.

Posteriormente, em outra ocasião, conversei com a juíza daquele JECrim para expor as minhas intenções de pesquisá-lo. Foi-me pedido pela juíza que eu fizesse um pedido por escrito sobre a minha intenção de pesquisar aquele juizado, constando meu endereço residencial, contatos telefônicos, além de uma carta da minha universidade dizendo que era aluno do mestrado, e fotocópias dos meus documentos de RG (registro geral) e de CPF (cadastro de pessoa física). Sobre esse pedido, a juíza comentou:

“Você entende né, preciso de um respaldo. Certa vez um advogado veio aqui pra ser conciliador, e nas conciliações ficava distribuindo cartões de seu escritório. Ele queria captar clientes. Não pode, eu mesma entrei com uma ação contra ele. Mas você é formado em Direito e sabe como as coisas funcionam”.

Com o intuito de observar todo o processo de administração de conflitos no Juizado Especial Criminal, também me dirigi às três Delegacias Legais existentes no município do fórum da comarca pesquisada. Em duas das três delegacias legais, o meu pedido de pesquisa foi negado de forma definitiva. Em ambas dirigi-me ao balcão de atendimento e apresentei-me como aluno de mestrado que queria realizar uma pesquisa, e em ambos os casos dirigiram-me a um inspetor de polícia que negou o meu pedido. Nos dois casos, os policiais que me atenderam disseram para eu procurar outra delegacia.

Na terceira e última delegacia repeti a minha apresentação à uma atendente e expus minha finalidade, perguntando se era possível eu conversar com o delegado. A atendente me comunicou que a delegada não ficava sempre ali, mas tinha um policial que era bem “camarada” e colega da delegada. Como sugestão, aceitei conversar com o inspetor de polícia. O diálogo foi mais extenso do que nas demais delegacias:

Inspetor de Polícia: - Pois não?

Eu: - Boa tarde. Sou aluno de mestrado em sociologia, e estou fazendo uma pesquisa sobre os juizados especiais criminais. Já estou pesquisando no fórum há alguns dias. Observando as conciliações. Pergunto se é possível fazer essa pesquisa

aqui também. Trouxe um pedido escrito com uma declaração de estudante da universidade em que estudo, se precisar.

Inspetor de Polícia: - Olha só, é melhor você ir à delegacia perto da sua casa. Onde você mora?

Eu: - Já fui à delegacia próxima de onde moro.

Inspetor de Polícia: - Então, sua jurisdição é lá, não aqui.

Eu: - Pode ser em qualquer delegacia do município. Escolhi aqui por ser a mais próxima do fórum, onde já pesquisei.

Inspetor de Polícia: - Tá. Mas é o que? Estágio? Já proibimos estagiários aqui há um bom tempo. Um “aluninho” desses aí de direito veio aqui contar horas pra faculdade dele, anotava umas coisas, e depois chegaram notícias de fofocas aqui. Ficava falando mal da gente. Uma merda. Não queremos “X9” não.

Eu: - Entendi. Mas não identifiquei ninguém na pesquisa, nem o local. O que me interessa é olhar como as pessoas chegam e registram crimes aqui. Só isso.

Inspetor de Polícia: - Tá. Olha só, vem aqui, fica sentado aí (apontando para os assentos de espera) e fica olhando. Aí eu não posso te proibir de ficar. É lugar público. Por hoje tá bom?

Eu: - Na verdade eu precisaria vir por alguns dias. Não sei dizer quanto tempo, mas o máximo possível.

Inspetor de Polícia: - Tá, vem vindo, e fica sentado ali.

Eu: - Ok, obrigado. Posso deixar esse pedido que fiz pra realizar minha pesquisa aqui? Tem meus contatos, endereço e cópias dos meus documentos. Pra ficar tudo tranquilo.

Inspetor de Polícia: - Tá, tudo bem. Pode deixar comigo. Mas volta outro dia então, fica hoje não.

Coincidentemente, dessa vez não complementei minha apresentação como sendo formado em Direito, e percebi que foi bom assim, considerando o comentário do inspetor de polícia sobre o episódio narrado por ele.

Encerrado o primeiro dia de observação, voltei à delegacia no dia seguinte. Ao entrar, notei que o inspetor de polícia que me permitira ficar na delegacia estava lá, e ele logo me chamou para conversar:

Inspetor de Polícia: - Preciso conversar com você.

Eu: - Boa noite. Tudo bem.

Inspetor de Polícia: - Olha só, você não vai poder continuar vindo aqui não. As pessoas estão incomodadas.

Eu: - Nem observando apenas?

Inspetor de Polícia: - Pois

é. As pessoas se sentem observadas, ficam nervosas, com medo de falar besteira. Somos humanos sabe, erramos, e não queremos problemas com isso. Alguns colegas aqui te viram ontem sentado aí anotando coisas, e não gostaram não. Então não vai dar. Beleza?

Eu: - Você sabe se a delegada viu o meu pedido?

Inspetor de Polícia: - Olha, ela nem apareceu aqui esses dias. É imprevisível. Você deixou seu telefone de contato né? Qualquer coisa te retornamos.

Eu: - Tudo bem. Agradeço a sua ajuda.

Inspetor de Polícia: - Tá beleza. Boa sorte.

Desta forma, encerrei prematuramente a minha pesquisa recém-iniciada na delegacia. Embora não tenha sido possível coletar dados, essa dificuldade de acesso às delegacias, e a própria negativa inicial da pesquisa no Juizado Especial Criminal pelo escrivão, me trouxe à tona sobre o quanto é difícil realizar pesquisas no campo policial e judicial, sobretudo sem malhas legais e judiciais para o trabalho de campo.

Aqui evidencio outra questão que se dá comumente nesse campo, a desconfiância dos operadores do Direito e da Segurança Pública perante as pesquisas etnográficas. Isso decorre de uma per-

cepção do pesquisador como um “espião”, que é visto como um investigador dos investigadores, ou seja, uma inversão da lógica de atuação desses profissionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visei nesse trabalho dispor as dificuldades de diálogos entre Antropologia e Direito e expor a relevância da realização de pesquisas empíricas, de orientação etnográfica, e com possibilidades de uso da estatística (e de sua melhor utilização em conjunto com a etnografia), para a compreensão do Direito e de suas instituições, para além das suas próprias interpretações.

O fazer antropológico e o fazer jurídico também possuem semelhanças entre suas visões do mundo, ao enfocar as suas práticas aos casos individuais, mas que pode tanto dividir como unir. O diálogo entre esses fazeres é um grande desafio, onde a interação de duas profissões tão orientadas para a prática, tão profundamente limitadas a universos específicos e tão fortemente dependentes de técnicas especiais, pode ter como resultado mais ambivalência e hesitação que acomodação e síntese (GEERTZ 1997: p.249).

Para Kant de Lima, esse diálogo dificilmente terá êxito se for estabelecido tão somente por via teórica, já que as teorias antropológicas, por si só, aparentam estar desconectadas aos discursos e práticas dos operadores do campo do Direito, na perspectiva desses operadores. Porém, a aproximação desses saberes se for feita por via metodológica, através da

realização de etnografias comparativas, objetivando o estudo das práticas judiciárias, pode permitir uma interlocução com o campo empírico que incorpora à produção do saber jurídico os significados que os operadores do campo conferem à lei e às normas, permitindo uma percepção mais completa e mais democrática dos fenômenos e institutos jurídicos (LIMA & LUPETTI 2013: p. 5).

E os ganhos desse diálogo são de via dupla, em transpor as sensibilidades jurídicas na Antropologia, e de assimilar a sensibilidade das pesquisas etnográficas no Direito.

REFERÊNCIAS

BERTRAND, Pulman. *Por Uma História Da Noção De Campo*. In: Revista Cadernos de Campo. São Paulo, n. 16 p. 201-218, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *A Força Do Direito*: Elementos Para Uma Sociologia Do Campo Jurídico. In: O Poder Simbólico, pp. 209-254. 16ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *O Trabalho do Antropólogo*: Olhar, Ouvir e Escrever. In: _____. O Trabalho do Antropólogo. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

DAMATTA, Roberto. “O Ofício do Etnólogo ou como ter ‘Anthropological Blues’”. In: NUNES, Edson de Oliveira (org). *A aventura sociológica: Objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

_____. *Relativizando: Uma introdução à Antropologia Social*. Rio de Ja-

neiro: Rocco, 1987. Pág. 143-173.

GEERTZ, Clifford. *O Saber Local: Fatos E Leis Em Uma Perspectiva Comparativa*. In: *O Saber Local: Novos Ensaaios em Antropologia Interpretativa*, pp. 249-356. Petrópolis: Vozes, 1998.

GLUCKMAN, Max. *O Material Etnográfico Na Antropologia Social Inglesa*. In: *Desvendando Máscaras Sociais*, pp. 63-76. 3ªed. Editora Francisco Alves. 1975.

LIMA, Michel Lobo Toledo. *Próximo da Justiça e Distante do Direito: Um Estudo Num Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. 2014. 170 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia (IESP) da UERJ.

LIMA, Roberto Kant de. *A Antropologia da Academia: Quando os Índios Somos Nós*. 2ª Ed. Niterói: EDUFF, 1997.

_____. *Sensibilidades Jurídicas, Saber e Poder: Bases Culturais De Alguns Aspectos Do Direito Brasileiro Em Uma Perspectiva Comparada*. In: *Anuário Antropológico*, v. 2, p. 25-51, 2010.

_____. BAPTISTA, Barbara L. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito. *Anuário Antropológico*, 2014.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara *Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: Construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. 335p.

MIRANDA, Ana Paula Miranda. *Dilemas Da Formação Policial: Treinamento, Profissionalização e Mediação*. Educação Profissional (Brasília. Onli-

ne), v. 3, p. 119-128, 2008.

PEIRANO, Marisa. *Artimanhas do Aca-so*. Anuário Antropológico, nº 89. Pág. 9-21. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1992.

SIMMEL, Georg. *A Natureza Sociológica Do Conflito*. In: Moraes Filho, Evaristo (org.) São Paulo, Ática, 1983.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *O Calcanhar Metodológico Da Ciência Política No Brasil*. Sociologia, Problemas e Práticas, n.º 48, 2005, pp. 27-52.

VARGAS, Joana Domingues. *Análise Comparada do Fluxo do Sistema de Justiça para o Crime de Estupro*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, n.º 4, 2007, pp. 671 a 697.

VELHO, Gilberto. *Observando O Familiar*. In: NUNES, Edson de Oliveira (org.). In: *A aventura sociológica: Objetividade, Paixão, Improviso e Método Na Pesquisa Social*, pp 23-46. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

VELSEN, J. Van. *A Análise Situacional e o Método de Estudo Detalhado*. In: *Antropologia das Sociedades Contemporâneas: Métodos*, p. 437-468. 2ª Ed. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

WRIGHT-MILLS, C. *Do Artesanato Intelectual*. In: _____. *A Imaginação Sociológica*. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1975.

Michel Lobo

Doutorando e mestre em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A TEORIA DO DISCURSO RACIONAL DE HABERMAS

Aylton Barbieri Durão

Doutorado em filosofia pela Universidad de Valladolid/Espanha, revalidado pela UFRJ.

E-mail: barbieri@cfh.ufsc.br

RESUMO

Ao contrário da maioria dos filósofos contemporâneos que não desenvolveram uma filosofia sistemática, como almejavam os filósofos do passado, Habermas aplica a sua teoria do discurso para todo o espectro de problemas da filosofia e, embora as suas obras pareçam tratar de temas dispersos e sem unidade, este artigo visa mostrar que a teoria do discurso possibilitou a reabilitação do sistema na filosofia, na medida em que permite julgar a validade das proposições da ciência nos discursos teóricos, bem como das normas morais e normas jurídicas nos discursos práticos, desde que sejam feitas as devidas adaptações para cada caso, inclusive seguindo a ordem das razões e a ordem cronológica dos temas como fizeram os filósofos sistemáticos.

Palavras-chave: Habermas, ação comunicativa, teoria da verdade, ética do discurso.

ABSTRACT

Unlike most contemporary philosophers who never developed a systematic philosophy, as aspired to the philosophers of the past, Habermas applies his theory of discourse to the whole spectrum of problems of philosophy and, although the works appear dealing with themes scattered and without unity, this article aims to show that the theory of discourse enabled the rehabilitation system in philosophy, in that it allows to judge the validity of the propositions of science in theoretical discourses so moral norms and legal rules in practical discourses, which are made from the mutatis mutandis to each case, including the order of reasons and the chronological order of the topics as did the systematic philosophers.

keywords: Habermas, communicative action, theory of truth, discourse ethics.

INTRODUÇÃO

Na contramão da tendência majoritária da filosofia do século XX, que abandonou a pretensão de construir um sistema filosófico, a teoria da ação comunicativa permitiu a Habermas desenvolver uma reflexão metódica, que repercute na evolução cronológica do seu pensamento, o qual começa com a teoria do conhecimento na década de 60 e 70, prossegue com a ética na década de 80, e chega à filosofia política e jurídica nos anos 90. Suas principais obras acerca da teoria do conhecimento são *Conhecimento e interesse* (1968), *Técnica e ciência como ideologia* (1968) e *Lógica das ciências sociais* (1970); depois de publicar, em 1981, seu trabalho mais importante *Teoria da ação comunicativa*, apresenta suas investigações na ética, onde se destacam *Consciência moral e agir comunicativo* (1983) e *Explicações à ética discursiva* (1990); por fim, expôs os estudos sobre filosofia política e jurídica em *Faticidade e validade* (1992) e *A inclusão do outro* (1997).

Segundo a teoria da ação comunicativa, a sociedade evoluiu desde as primitivas sociedades preconventionais para as convencionais e pós-convencionais. O fator que determina esta classificação é a relação entre as instituições e o mundo da vida. O mundo da vida representa o conjunto de relações sociais cotidianas realizadas através da linguagem ordinária e que constitui a base para toda comunicação humana, onde impera a

racionalidade comunicativa, voltada para o entendimento recíproco entre os agentes sociais. As sociedades convencionais são caracterizadas pela pertinência dos saberes culturais — ciência, arte, direito, economia, etc. — ao mundo da vida porque as instituições reproduzem o consenso de fundo e estão fortemente vinculadas às tradições. Com a modernização social, descrita inicialmente por Max Weber, os saberes culturais se separaram do mundo da vida e permitem aos agentes adotarem uma atitude crítica em relação à tradição. E, a partir do século XVIII, esses saberes culturais se organizaram como sistemas funcionais dotados de uma forma específica de racionalidade. Seguindo a trilha de Weber, Parsons e Luhmann a sociedade moderna se tornou cada vez mais complexa para Habermas. A complexidade social significa que a sociedade é dividida em sistemas regidos cada um por uma racionalidade própria. O mercado e a política, os principais sistemas modernos, seguem a racionalidade estratégica definida pelo cálculo custo\benefício e pela relativização dos fins em função dos meios, através da qual os agentes orientam a sua ação pela busca do êxito, embora no mercado o êxito da ação seja medido pelo meio dinheiro, enquanto na política, pelo meio poder. Mas, ao contrário de Luhmann, Habermas acredita que o mundo da vida, com sua racionalidade comunicativa, em que os agentes sociais buscam o enten-

dimento, ainda está preservado, embora considere que os sistemas o estão colonizando e, com isso, pondo em risco a solidariedade dos agentes.

Com esse modelo, Habermas amplia o espectro da racionalidade desenvolvido pela primeira geração da Escola de Frankfurt. Horkheimer cunhou o termo racionalidade instrumental para referir-se a razão calculadora que manipula a natureza e reifica as relações sociais. Habermas considera que a racionalidade se divide em dois tipos: a racionalidade instrumental e a racionalidade social; esta última por sua vez se subdivide em racionalidade estratégica e comunicativa. A racionalidade instrumental mede a eficácia da intervenção com base em regras técnicas sobre o contexto da ação, enquanto a racionalidade social, seja estratégica ou comunicativa, envolve a interação com um interlocutor racional (Habermas 1981, p. 385).

Em uma sociedade fragmentada em sistemas sociais, nos quais os agentes sociais seguem preferencialmente a racionalidade estratégica, a racionalidade comunicativa do mundo da vida desempenha o papel indispensável de possibilitar a comunicação de toda a sociedade. No mundo da vida os agentes sociais usam a linguagem ordinária, que Habermas denomina de 'a última metalinguagem', porque, no caso de ocorrerem falhas na comunicação na linguagem formal empreendida pelos sistemas, estas podem ser traduzidas para a linguagem ordinária.

Reconstruindo as concepções pragmáticas sobre a linguagem oriunda da concepção dos jogos de linguagem de Wittgenstein, da filosofia analítica de Austin e da filosofia transcendental transformada de Apel, Habermas afirma que a linguagem ordinária possibilita o entendimento porque, no ato da fala, além do conteúdo proposicional expressamente formulado, se encontram presentes, ilocutoriamente, três tipos de pretensões de validade: a verdade dos atos da fala constatativos, que se caracterizam por fazer afirmações acerca dos objetos da experiência e correspondem ao mundo objetivo ou à natureza, a retidão dos atos da fala regulativos, os quais se referem às normas que constituem o mundo social e, por fim, a sinceridade dos atos da fala representativos, pelos quais o sujeito manifesta o seu mundo subjetivo (Habermas 1981, p. 427-8).

A ação comunicativa no mundo da vida representa um amálgama entre linguagem e ação que dispõe de mecanismos para resolver a maioria dos problemas de comunicação entre os agentes sociais, mas quando as próprias pretensões de validade dos enunciados são problematizadas ou ocorre a comunicação sistematicamente distorcida (resultante das patologias mentais e sobretudo da ideologia), deve-se passar para o nível dos discursos racionais, os quais são possíveis porque a modernização social permitiu que as pretensões de validade, presentes na ação comuni-

cativa realizada através da linguagem ordinária, possam ser investigadas em meios especializados, onde somente argumentos podem ser utilizados. Os discursos racionais são divididos conforme o tipo de ato da fala e, conseqüentemente, da pretensão de validade associada. Assim, a verdade das proposições da ciência, que constituem afirmações sobre os objetos da experiência, são resolvidas em discursos teóricos, enquanto a retidão das normas de ação morais ou jurídicas são avaliadas em discursos práticos. Contudo, os discursos clínicos para dirimir as distorções nas manifestações do comportamento, não constituem propriamente discursos racionais para indagar a sinceridade dos atos da fala representativos, porque consistem em formas de autoesclarecimento para superar as patologias mentais, segundo a metodologia da livre associação de idéias na qual existe uma diferença de papéis adotados pelo terapeuta e pelo paciente e, por isso, não se pode esperar a busca cooperativa da verdade ou do entendimento de todos os implicados.

OS DISCURSOS TEÓRICOS DA CIÊNCIA

Os principais estudos de Habermas sobre a ciência datam da década de 60, o que explica a relevância que atribui à crítica ao positivismo. O positivismo lógico se desenvolveu e dominou as reflexões sobre a filosofia da ciência ao longo da primeira metade do século

XX. Entre as principais idéias defendidas pelo positivismo encontram-se a tese da neutralidade científica, que foi apresentada inicialmente por Max Weber, a redução da totalidade do conhecimento à ciência e conseqüentemente da teoria do conhecimento à metodologia científica e, por fim, a reabilitação da teoria semântica da verdade. Em oposição ao positivismo, Habermas pretende mostrar que a ciência não é neutra, mas que existe um nexo entre conhecimento e interesse; que a teoria do conhecimento é mais abrangente que a metodologia científica, e; que as teorias semânticas da verdade não podem justificar a verdade das proposições à luz da própria evolução da ciência e precisam ser substituídas por uma teoria pragmática de caráter simultaneamente materialista e transcendental.

Habermas considera que a crítica ao positivismo não pode consistir exclusivamente em apresentar os seus erros, porque este engano está profundamente arraigado na própria sociedade moderna. A obra de Marcuse revelou que a ciência e a técnica se converteram na nova ideologia da sociedade industrial, a tal ponto que o desenvolvimento científico e tecnológico são vistos como a condição única e indispensável para o progresso e emancipação do homem. Como ideologia, a ciência e a técnica obliteram a percepção dos seus efeitos negativos: a intervenção predatória sobre a natureza e a dominação do homem. Também Adorno e Horkheimer

havam explicado que a dialética do iluminismo transformou a racionalidade moderna no seu contrário; em lugar de emancipar o homem dos grilhões da natureza e da miséria, a ciência, a técnica e o planejamento criaram uma forma de dominação sobre o homem e a natureza sem paralelo na história. Por tanto, o engano do positivismo é um autoengano e sua superação deve possibilitar a erradicação das condições de seu próprio surgimento. Habermas pensa que isso somente pode ser realizado pela reflexão. A reflexão é um conceito híbrido, resultante simultaneamente da percepção do eu penso kantiano, que no ato de constituição da objetividade percebe a sua atividade, da experiência do espírito subjetivo hegeliano, que recorda a sua própria fenomenologia, e do eu freudiano que elimina os recalques da doença mental, trazendo a origem da enfermidade ao nível da consciência.

Para Habermas a teoria do conhecimento começa com Kant na medida em que este busca estabelecer as condições subjetivas do conhecimento dos objetos. A objetividade dos objetos não é um fato a partir do qual o conhecimento deva começar, como crê o positivismo, porque os objetos não são dados irreduzíveis, mas o resultado das atividades de um sujeito transcendental. Hegel, contudo, observou que Kant cometeu um círculo do conhecimento porque o conhecimento das condições do conhecimento possível é ele próprio

conhecimento, e, para evitar este círculo, procurou refazer a experiência da autocertificação da consciência. Contudo, também Hegel se equivocou porque aceitou que o movimento do eu era uno e único com o movimento da natureza. Marx estava em condições de reabilitar a teoria do conhecimento, uma vez que compreendeu o trabalho dentro das condições transcendentais kantianas do conhecimento e introduziu a evolução das forças produtivas, mas entendeu a interação exclusivamente a partir do conceito de produção e reduziu todo o conhecimento à perspectiva instrumental. Conseqüentemente, o idealismo alemão poderia ter desenvolvido a teoria do conhecimento, mas os seus sucessivos enganos permitiram que o positivismo se instaurasse e recusasse a busca das condições de constituição dos objetos da experiência, tratando-os como simples fatos (Habermas 1968, p. 89-90).

Contra a tese positivista de que os objetos, enquanto fatos, são elementos primários e irreduzíveis a partir dos quais se deve determinar a validade do conhecimento, Habermas, ao mesmo tempo que resgata a concepção do idealismo alemão de que a verdade das proposições sobre os objetos depende de condições do conhecimento possível, a supera, pois estas condições do conhecimento não são subjetivas. Como em Marx, o sujeito do conhecimento não é o sujeito transcendental isolado, mas a espécie que se reproduz pelo trabalho.

O trabalho ou ação instrumental possibilita o intercâmbio do homem com relação à natureza. O trabalho possui dois momentos: um kantiano, que consiste em constituir o objeto e o conhecimento do objeto por meio quase transcendental (Habermas 1968, p. 50). Habermas entende o conceito “transcendental” a partir da concepção de racionalidade instrumental desenvolvida pela primeira geração da Escola de Frankfurt e do pragmatismo de Pierce. Transcendental, portanto, significa um instrumento que apreende o objeto, mas que para apreendê-lo o transforma pelas próprias condições do instrumento. De certo modo a ciência moderna, como é atestado no princípio de indeterminação de Heisenberg, compreendeu que os instrumentos que ela tem a sua disposição para conhecer os objetos, no momento em que os apreende, não os apreende como eles são em si, mas resultado das próprias condições do conhecimento. Portanto, o trabalho ou ação instrumental constitui quase transcendentalmente o objeto, a natureza, mas cria uma dicotomia entre o que é a natureza para nós e a natureza em si mesma. O momento não-kantiano do trabalho se manifesta na evolução das forças produtivas que implica uma modificação nas condições de trabalho e, por conseguinte, da apreensão da natureza. Isso significa que as condições do conhecimento possível não são mais os *a priori* fixos do sujeito transcenden-

tal, uma vez que eles evoluem com as transformações da ação instrumental. Logo, os objetos das ciências da natureza se constituem mediante a ação instrumental (Habermas 1968, p. 52).

Os objetos das ciências humanas ou do espírito se constituem através da interação ou ação comunicativa. A ação comunicativa consiste na busca de entendimento através do meio da linguagem ordinária. Portanto, os objetos das ciências humanas são produzidos pelos próprios homens na medida em que interagem uns com os outros. E isso pode gerar alguns mal-entendidos. A hermenêutica de Dilthey julga que existe uma grande diferença entre a metodologia das ciências humanas e naturais porque os objetos das ciências naturais existem antes e independentemente da interação social, enquanto os objetos das ciências humanas são muito mais familiares, pois resultam da própria atividade humana, o que implica a diferença metodológica entre explicar relações causais e compreender fenômenos sociais dotados de sentido (Habermas 1968, p. 184). No entanto, Habermas considera que os objetos das ciências humanas também têm uma estrutura quase transcendental, ainda que ela se apresente de maneira diferente com relação ao domínio das ciências naturais. No plano da ação comunicativa, a conexão entre linguagem e ação depende menos das condições transcendentais da ação e mais da função transcendental

da linguagem ordinária, pois a gramática dos jogos de linguagem fixa as regras para as relações intersubjetivas entre os indivíduos e, conseqüentemente, os esquemas categoriais para a apreensão da visão de mundo e da interação social. Contudo, embora estas regras transcendentais da linguagem sejam universais, a socialização do indivíduo ocorre no contexto de uma língua materna, por isso, ele somente consegue interpretar o significado da experiência expressa em um texto na medida em que mantém um vínculo com a constituição transcendental de um mundo do que faz parte (Habermas 1968, p. 237-8). Logo, a diferença metodológica radica no modo de esquematização do quadro categorial que constitui os objetos da experiência (Habermas 1968, p. 139-40).

Habermas distingue entre a teoria da constituição dos objetos da experiência e a teoria da verdade. Os objetos da experiência são constituídos por meio da ação instrumental sobre a natureza e a ação comunicativa sobre a própria sociedade (Habermas 1968, p. 382). Em oposição ao positivismo, Habermas pretende mostrar que a teoria semântica da verdade — que estabelece alguma forma de correspondência entre a proposição e os objetos — é insustentável (Habermas 1984, p. 133). A teoria da verdade não pode depender da constituição dos objetos da experiência, porque a verdade é uma das pretensões de validade ilocutoriamente presentes na

linguagem ordinária. Na proposição pronunciada através da linguagem ordinária, falantes e ouvintes expressam, além do conteúdo proposicional, uma atitude interpessoal por meio da qual o falante assume para o ouvinte que o que está dizendo deve ser aceito. Portanto, a verdade de uma proposição é medida pelo consenso de fundo entre os falantes na ação comunicativa; caso esse consenso seja perturbado, a própria linguagem ordinária dispõe dos mecanismos para restaurar a comunicação. Tão somente em casos agudos de dissentimento os falantes necessitam passar para outro nível e participar em discursos racionais capazes de estabelecer o entendimento, por meio da argumentação racional. Nos discursos, todos os participantes podem apresentar razões e somente é aceita a força do melhor argumento. Portanto, a verdade não é uma relação entre a proposição e os objetos, mas uma relação intersubjetiva entre os indivíduos no processo de comunicação. Por isso, Habermas distingue entre estado-de-coisas e fato. Estado-de-coisas são os objetos dos quais se têm experiência no mundo, enquanto fato é o conteúdo proposicional de uma experiência relativa a um objeto que se tornou problemática e que resultou aceitável após o longo procedimento argumentativo empreendido nos discursos. Diferentemente do positivismo, fato não é um dado imediato da experiência, mas o resultado do consenso

proveniente da argumentação racional sobre as experiências com os objetos (Habermas 1968, p. 385).

Para explicar os discursos teóricos da ciência, Habermas partiu da teoria da verdade de Pierce, que considerou que a verdade seria a opinião final resultante de um largo processo de discussão empreendido pelos cientistas, os quais constituiriam uma comunidade ilimitada de pesquisadores, pois ela deve se estender infinitamente no tempo e no espaço de modo a abarcar todos os possíveis envolvidos. Para realizar a argumentação racional, a comunidade científica necessita usar um princípio-ponte, o princípio de indução, que possibilita passar da observação de casos particulares à leis universais (Habermas 1984, p. 167-9). Portanto, as proposições científicas são juízos sintéticos quase *a priori*; em primeiro lugar, são sintéticos porque as leis universais são formuladas a partir de um pequeno número de observações por meio do princípio de indução; em segundo lugar, são juízos quase *a priori* porque dependem de um quadro categorial, o qual, diferentemente do conjunto de categorias kantianas, se modifica com o progresso da ciência.

A separação entre problemas de objetividade e problemas de validade permite a Habermas mostrar porque as teorias semânticas da verdade não podem responder adequadamente às exigências do conhecimento científico. Qualquer teoria que estabelece uma

correspondência entre verdade e objetividade esbarra com a enorme dificuldade de explicar o progresso científico, pois, se a verdade e a objetividade estão vinculadas, então, o progresso científico, ao mudar ‘nosso’ conceito do que é a verdade, deveria implicar uma transformação recíproca do objeto do conhecimento, mas isso é pouco provável. O mais razoável é que o objeto permaneça o mesmo apesar das transformações do ‘nosso’ conhecimento sobre ele. Os objetos são constituídos tanto pela ação instrumental como comunicativa e somente podem ser alterados pela evolução do trabalho ou da interação; o progresso da ciência não significa uma alteração no próprio objeto, mas apenas uma nova interpretação dos mesmos objetos, uma vez que a verdade depende da intersubjetividade dos agentes (Habermas 1968, p. 389).

A separação entre problemas de constituição dos objetos e validade das teorias, no entanto, implica na dificuldade de conectar objetividade e verdade, pois a objetividade constituída pela ação poderia resultar totalmente distinta da verdade das proposições sobre a experiência com os objetos. Para interligar verdade e objetividade Habermas lança mão da teoria dos interesses cognitivos orientadores do conhecimento. Existem três tipos de interesses cognitivos: o interesse teórico das ciências naturais; o interesse prático das ciências humanas e o interes-

se emancipatório das ciências críticas (Habermas 1968, p. 399). Acontece que a espécie humana não produz conhecimento desinteressadamente, pois temos interesse na reprodução e, enquanto não nos transformarmos em anjos ou bestas, necessitamos do trabalho e da interação. Mas o conceito de interesse foi profundamente estreitado pela história do pensamento humano, até ser reabilitado pelas interpretações de Kant e Fichte acerca do conceito de interesse da razão. Habermas reconstrói o conceito de interesse da razão na forma de um interesse da espécie humana na emancipação das formas de dominação impostas pela natureza ou pela própria sociedade. O interesse emancipatório orienta a ciência na busca da libertação da espécie humana. Assim, o trabalho regido pelo interesse teórico não visa apenas dominar a natureza, mas emancipar a espécie humana das condições a que esteve submetida até agora, do mesmo modo, a interação social, guiada pelo interesse prático, deve possibilitar a autolibertação da própria sociedade. Por fim, as ciências críticas, como a psicanálise ou a crítica ideológica, devem permitir a emancipação do homem em relação a objetos, como a doença mental ou a ideologia, objetos cuja realidade deve ser dissolvida pela reflexão. Os interesses orientadores do conhecimento possibilitam o nexos entre a ação, que constitui os objetos, e o discurso, que indica a validade das proposições feitas

sobre a experiência com esses objetos, na medida em que o conhecimento é interessado na emancipação.

OS DISCURSOS PRÁTICOS: a ética discursiva

Habermas publica seus principais estudos sobre a ética discursiva durante a década de 80 e podemos expô-la em duas etapas: a primeira trata do problema de fundamentação dos enunciados normativos através dos discursos práticos; enquanto a segunda etapa evoca a questão da efetividade da ética discursiva ou de como ela pode encontrar apoio tanto nas estruturas psicológicas, sociais e até jurídicas da sociedade complexa.

Os problemas de fundamentação se justificam porque muitos consideram que não existem enunciados morais genuínos. Os objetualistas pensam que os enunciados morais são semelhantes às proposições científicas ou atos da fala constataativos que descrevem os acontecimentos no mundo e, portanto, deveriam ter a mesma pretensão de validade: verdade ou falsidade. Os defensores de uma teoria prescriptivista da ética, por outro lado, crêem que os enunciados supostamente morais se reduzem a manifestações dos estados internos da consciência, portanto, que eles expressam sentimentos, logo, consideram que os enunciados morais são parecidos com os atos da fala representativos e que o seu modo de validade é a sinceridade do proferimento. Neste último

caso, os enunciados morais teriam um caráter subjetivo, originando uma posição relativista acerca da moral. Habermas, conseqüentemente, deve mostrar que os enunciados morais não podem ser reduzidos nem aos atos da fala constataativos, nem aos representativos, mas que existe uma classe autêntica de atos da fala regulativos, expressos mediante normas, cuja pretensão de validade é a retidão (Habermas 1983, p. 61-3).

Inicialmente, deve-se demonstrar que existem fenômenos morais genuínos e, para isso, Habermas recorre às investigações apresentadas por Strawson em seu artigo *Freedom and resentment* (Habermas 1983, p. 58-60). Segundo Strawson o ressentimento não é um sentimento meramente psicológico, mas é um autêntico sentimento moral, recuperando, assim, a tradição da teoria dos sentimentos morais dos moralistas escoceses, que remonta a Hume e Adam Smith. O ressentimento é um sentimento moral porque a sua causa não é meramente psicológica, mas é a ruptura, da parte do outro, de uma regra aceita intersubjetivamente por todos, pois, os agentes expressam o ressentimento quando, na ofensa cometida pelo infrator, uma lei moral é desrespeitada.

Posteriormente, ele mostra que os enunciados relativos aos sentimentos morais possuem uma especificidade que os distinguem dos enunciados sobre os estados-de-coisas no mundo objetivo. Em primeiro lugar, esses enunciados

são diferentes das proposições porque, embora as normas morais se imponham como uma realidade social e exijam que os agentes sociais obedeçam as regras estabelecidas, tendo, portanto, vigência social, a sua validade não é medida pelo seu efetivo cumprimento na sociedade, mas pela retidão da própria norma, pois algumas normas são válidas sem serem efetivamente seguidas, enquanto outras normas, ainda que estejam em vigor, não são válidas, conseqüentemente, elas não descrevem estados-de-coisas, mas aparecem para os agentes sociais como um dever ou uma obrigação.

Como as normas morais possuem uma validade deontológica, a pretensão de retidão dos atos da fala regulativos não pode ser constatada na realidade social, mas por meio dos discursos práticos, os quais são regidos pelo princípio do discurso D, que é expresso da forma: “*são válidas as normas que puderem ser aceitas em discursos racionais por todos os afetados pela sua entrada em vigor*” (Habermas 1983, p. 132).

Porém, existem vários tipos de discursos práticos: os discursos pragmáticos, éticos, morais e jurídicos (Habermas 1990, p. 106). Os discursos pragmáticos avaliam os fins coletivos de ação. Os discursos éticos e morais se diferenciam porque a ética se distingue da moral. Na ética, são abordados os valores que tem que ser realmente seguidos pelo indivíduo ou pelos grupos sociais na busca da sua autorrealiza-

ção; enquanto na moral, os indivíduos procuram a sua autodeterminação pela aceitação da validade deontológica de normas que podem ser do interesse de todos os seres humanos por igual. As questões éticas devem ser tratadas nos discursos éticos, por meio do qual o indivíduo ou o grupo avalia se os valores aceitos socialmente merecem o reconhecimento de todos aqueles que os compartilham; enquanto as questões morais são enfocadas nos discursos morais que justificam se as normas de ação são universalmente válidas, na medida em que podem ser do interesse simétrico de todos os afetados (Habermas 1992, p. 125-6). Os discursos jurídicos, por outro lado, servem para institucionalizar as regras fundamentadas nos discursos pragmáticos, éticos ou morais, além das negociações realizadas sob condições equitativas, mediante a sua inclusão, de forma coerente, no ordenamento jurídico.

As normas morais devem ser fundamentadas nos discursos morais, através do princípio de universalização U: “as normas válidas devem permitir que as consequências e efeitos colaterais, que decorram previsivelmente do seu cumprimento universal para a satisfação dos interesses de cada um, possam ser aceitos por todos sem coação alguma” (Habermas 1983, p.131).

Com a finalidade de demonstrar a validade das normas morais, Habermas precisa apresentar agora uma de-

dução do princípio de universalização U. A estratégia de fundamentação da ética discursiva utilizada por Habermas consiste em oferecer uma versão modificada da filosofia transcendental transformada de Apel, a qual, por sua vez, representa uma reinterpretação da filosofia transcendental kantiana.

A filosofia transcendental transformada de Apel pretendeu encontrar uma fundamentação última não-metafísica que respondesse à objeção lançada por Hans Albert de que qualquer tentativa de fundamentação última recairia em uma das três alternativas igualmente inaceitáveis do trilema de Münchhausen: ou a fundamentação começa com um axioma indemonstrável, ou remete a uma redução ao infinito, ou conduz a um círculo no qual já se pressupõe aquilo que se pretende demonstrar. Para tanto, Apel reconstruiu uma versão do que Strawson denominou de argumento transcendental, mas, ao contrário de Kant, em sua versão transformada, Apel não está interessado nas condições do conhecimento possível, mas nos pressupostos que são inevitáveis para a argumentação. A argumentação transcendental transformada consiste em flagrar um cético fictício em uma contradição performativa, que acontece porque o cético acaba por aceitar como pressuposto de sua argumentação justamente o conceito que ele pretende negar com a argumentação. A contradição performativa ocorre porque existem condi-

ções necessárias para a argumentação as quais tem que ser pressupostas, inclusive pela argumentação que pretende negar a validade destes pressupostos. Um exemplo de contradição performativa ocorre quando eu afirmo “eu não existo”, mas a minha própria existência constitui um pressuposto necessário para que eu possa negá-la (Habermas 1983, p. 91-4).

Habermas, partindo da teoria de Robert Alexy desenvolvida inicialmente no âmbito da argumentação jurídica, enumera os pressupostos necessários para a argumentação, os quais podem ser divididos em três níveis: pressupostos lógicos, procedimentais e processuais. Entre estes últimos pode-se resumidamente indicar: é legítimo que todo falante possa participar dos discursos; é legítimo que todo falante possa problematizar, introduzir questões ou expressar atitudes, desejos e necessidades; é ilegítimo impedir que um falante possa fazer uso desses direitos expressos nos casos anteriores por uma coerção interna ou externa ao discurso (Habermas 1983, p. 99-103). Portanto, levando-se em consideração que estes são pressupostos inevitáveis de qualquer argumentação, bem como que as normas justificadas devem regular matérias que possam ser do interesse de todos os afetados, conclui-se que o princípio de universalização U é uma regra para todos os discursos morais, mas evidentemente deve-se evitar o erro comum de considerá-lo como uma norma moral, o que nos conduziria ao círculo cognitivo.

O cético, ao perceber que pode ser colocado em uma contradição performativa, porque é obrigado a aceitar os pressupostos da argumentação que pretende negar, pode simplesmente se recusar a argumentar. Nesse caso, o filósofo transcendental deve continuar a argumentação as suas costas e provar o equívoco que o cético cometeu. Mas todo esse procedimento ocorre monologicamente, porque o cético já se retirou da argumentação, embora, este abandono não implique a sua saída do âmbito da ação comunicativa, que ele utiliza no mundo da vida e na qual já são usados os mesmos pressupostos normativos da argumentação, uma vez que os discursos são apenas formas reflexivas da ação comunicativa do mundo da vida, o que implica que o cético continua utilizando os inevitáveis pressupostos da argumentação mesmo quando desiste dela, as quais dependem da validade do princípio de universalização U e que, portanto, continua cometendo uma contradição performativa.

Habermas, contudo, discorda da pretensão de fundamentação última de Apel, uma vez que esta lhe parece uma reminiscência metafísica da filosofia da consciência da qual ele não conseguiu se desvencilhar inteiramente porque, na sua estratégia de transformar os argumentos transcendentais, continuou prisioneiro das ilusões metafísicas da filosofia moderna de Descartes até Kant, os quais acreditavam dispor de um cético radical, em relação ao qual se poderia

apresentar uma fundamentação absoluta (Habermas 1983, p. 110-3). Contudo, Habermas recorda que, nas condições de uma filosofia pós-metafísica e intersubjetiva, não se pode mais pressupor um cético radical nos moldes cartesianos, porque, como a fundamentação é discursiva, ela só consegue provar alguma coisa contra um adversário que aceita os pressupostos da argumentação racional, no momento mesmo em que pretende negá-los, contudo, deve-se recordar, em primeiro lugar, que esta argumentação é apenas metódica, portanto, é preciso ter em conta as limitações do filósofo racional quando assume o papel do cético, pois podem estar viciadas por sua própria forma de pensar; além do mais, como demonstrou Wittgenstein, toda dúvida pressupõe certeza, até para poder se constituir como dúvida. Por exemplo, o cético radical de Descartes teve que aceitar como uma certeza a linguagem que usava e, por isso, não colocou em dúvida a gramática do jogo de linguagem “ter uma dúvida”; por último, sempre é possível que, no futuro, surjam outros argumentos que não foram considerados até aquele momento da argumentação e que exijam novos desafios para a discussão racional. Por isso, em lugar de uma fundamentação última, Habermas considera que a argumentação racional permite apenas um consenso momentâneo, na medida em que as razões se adensem o suficiente para gerar um acordo racionalmente motivado, o qual sempre é passível de novas revisões no futuro.

Consequentemente, a ética discursiva é cognitivista, procedimentalista, universalista, e deontológica, porque as normas morais são avaliadas, respectivamente, mediante a argumentação racional, sob as condições dos discursos racionais, têm que ser do interesse simétrico de todos os afetados e ter a forma do dever-ser (Habermas 1990, p. 10). E, embora Habermas explique porque a ética discursiva, apesar de ser uma reconstrução da ética kantiana do dever, não padece dos mesmos problemas apontados por Hegel contra Kant, estas características são alvo das críticas oriundas tanto dos neo-aristotélicos como dos neo-hegelianos. Ressalvadas as devidas diferenças, ambos recordam que uma ética do dever-ser é muito exigente, pois os agentes devem dar conta dos intrincados problemas de fundamentação de normas, encontrar motivação para segui-las e isto em condições sociais que ultrapassam a capacidade dos indivíduos e até das instituições para implementá-las, o que significa que a ética discursiva gera problemas cognitivos, motivacionais e organizacionais. Habermas, portanto, precisa mostrar que a ética discursiva conta com o substrato oferecido pelas próprias condições da sociedade pós-convencional, para isto, recorre à psicologia do desenvolvimento da consciência moral de Kohlberg, à teoria sociológica da ação comunicativa e, posteriormente, uma nova interpretação da relação entre moral e direito.

Kohlberg prosseguiu a psicologia genética de Piaget —o qual se dedicou sobretudo ao desenvolvimento cognitivo da criança e do adolescente (ontogênese), bem como a sua correspondência na evolução da espécie humana (filogênese) —, mas se dedicou a aprofundar as embrionárias investigações do psicólogo suíço sobre o desenvolvimento da consciência moral. De certa forma, a ontogênese acompanha a filogênese e, portanto, a consciência moral dos indivíduos evolui em consonância com o desenvolvimento moral da sociedade, o que também se reflete na evolução das teorias morais. A consciência moral passa pelos estágios preconvenção, convencional e pós-convencional. Cada um desses estágios se subdivide em dois níveis. No estágio convencional a moralidade dos indivíduos está ancorada na eticidade concreta da sociedade, mas, no estágio pós-convencional, os indivíduos não estão presos às convenções sociais e aos costumes e, por isso, podem adotar uma atitude de distanciamento em relação aos valores da própria comunidade e questionar as tradições em vigor. Nele encontram-se os níveis 5 e 6, que representam a consciência moral moderna, embora a maioria dos indivíduos se encontre, segundo Kohlberg em um nível intermediário entre os estágios 3 e 4. O nível 5 permite ao indivíduo pensar a partir de princípios, como a maximização da felicidade, para os utilitaristas, ou o imperativo categó-

rico kantiano, enquanto o nível 6 possibilita adotar procedimentos, como o discurso racional. Evidentemente que a psicologia do desenvolvimento da consciência moral despertou uma série de críticas, entre as mais importantes estão as de sua discípula Carol Gilligan, que notou uma diferença, não apontada por Kohlberg em seus experimentos acerca da solução dos dilemas morais entre crianças de sexo diferente e mostrou que as respostas das meninas eram sistematicamente distintas daquelas dadas pelos meninos e sinalizavam para o que ela denominou de 'ética do cuidado' (Habermas 1990, p. 61); enquanto o próprio Habermas assinalou a possibilidade de que a psicologia genética —ao originar uma epistemologia genética, na qual não apenas se pretende mostrar o desenvolvimento da consciência moral, mas resolver os tradicionais problemas filosóficos e também mostrar a correspondência existente entre a evolução das teorias morais com os respectivos estágios da consciência moral— cometa uma versão da falácia naturalista, na medida em que uma teoria empírica, cujos resultados se baseiam na interpretação das entrevistas feitas com crianças e adolescentes, determine o valor de verdade de uma teoria moral, ainda que as pesquisas empíricas de Kohlberg cheguem à uma conclusão favorável à ética discursiva (Habermas 1990, p. 69). De qualquer forma, Habermas considera, explicitamente, que as pesquisas empí-

ricas de Kohlberg permitem que a ética discursiva supere as críticas dos neorristotélicos e neo-hegelianos, pois mostra que ela está ancorada na consciência moral pós-convencional dos indivíduos das sociedades modernas que são capazes de aplicar os procedimentos para a avaliação das normas morais.

Em segundo lugar, a teoria da ação comunicativa mostrou que própria sociedade moderna, contribuiu ambigualmente com o desenvolvimento da ética discursiva, porque, por um lado, dissolveu o *ethos* das sociedades convencionais, no qual havia uma unidade de costumes fundamentada em uma religião universal, o que possibilitou que os indivíduos se tornaram capazes de criticar os valores tradicionais e permitiu, com isso, que as questões morais de autodeterminação se separassem das questões éticas de autorrealização. Contudo, por outro lado, com a modernização social, a moral racional perdeu a força para obrigar os indivíduos, pois se transformou em um saber cultural, praticamente sem poder de coação, mas ela passou a ser complementada pelo direito (Habermas 1992, p. 139). Na medida em que as normas morais são traduzidas para o código do direito e se transformam em leis, elas adquirem a capacidade de coerção sobre os indivíduos. Isso, obrigou Habermas a modificar a interpretação sobre o direito em seus últimos trabalhos, o qual deixou de ser um sistema social que coloniza o

mundo da vida e passou a desempenhar a função de intermediário entre a racionalidade comunicativa do mundo da vida e a racionalidade estratégica dos sistemas, especialmente a burocracia do sistema político e a autorregulação pelo mercado.

OS DISCURSOS PRÁTICOS: faticidade e validade no direito

Os discursos jurídicos de fundamentação das normas jurídicas são expostos na obra *Faticidade e validade* segundo uma ordem de argumentação que vai do abstrato para o concreto, uma vez que a complexidade social é introduzida gradativamente, por isso, Habermas inicialmente explica o que denomina de socialização horizontal, na qual as normas jurídicas são apresentadas como se fossem fundamentadas pela autolegislação empreendida pelos próprios cidadãos, mas, isto é uma idealização que realmente não ocorre nas sociedades modernas, posteriormente, ele dá mais concretude ao seu modelo, aumentando o nível da complexidade social ao passar para a socialização vertical, na qual introduz a conexão entre o sistema jurídico com o sistema político que compõem o estado de direito, cujas instituições simultaneamente resultam e produzem discursivamente o direito; contudo, este modelo ainda é demasiadamente abstrato porque não leva em consideração plenamente a complexidade social das sociedades modernas, devendo-se passar,

então, para a reconstrução sociológica, na qual é revelada como a democracia deliberativa pode superar os inevitáveis momentos de inércia que dificultam a formação da opinião e da vontade dos cidadãos no âmbito da esfera pública, o seu intercâmbio com as instituições do estado de direito que tomam decisão e, assim, evitar a tendência à autoprogramação da burocracia estatal.

No plano da socialização horizontal, Habermas mostra que as normas morais e jurídicas têm a intenção de resolver conflitos interpessoais de ação, mas o desenvolvimento da complexidade social na sociedade moderna levou a uma diferenciação funcional entre a moral e o direito. Com a modernização social, os sistemas sociais, entre os quais se destacam o mercado e a política, que são guiados pela racionalidade estratégica regulada pelos meios dinheiro e poder, respectivamente, se autonomizaram do mundo da vida governado pela racionalidade comunicativa. Assim, a moral tornou-se uma sabedoria incapaz de ser imposta sobre os agentes que se comportam estrategicamente, enquanto o direito se tornou um sistema socialmente responsável pela integração social, na medida em que permitiu traduzir a linguagem comunicativa do mundo vida para a linguagem estratégica dos sistemas sociais e vice-versa (Habermas 1992, p. 58-9).

Esta estrutura social da sociedade pós-convencional provocou uma dife-

rença entre a autonomia moral e a autonomia jurídica, porque, enquanto na moral, a autonomia é constituída por uma única peça, já que nos discursos práticos de fundamentação das normas morais os agentes formam simultaneamente a convicção e a vontade, pois, a medida que os argumentos aduzidos convencem os afetados da validade da norma também os motiva racionalmente à segui-la, por isso, a moral exige que os agentes obedeçam a norma convencidos racionalmente pelo respeito à norma, a autonomia jurídica é dividida em duas peças, a autonomia privada, que permite que os agentes sociais utilizem a liberdade subjetiva de ação, segundo a qual podem escolher os motivos para seguir a norma, os quais podem ser tanto o autointeresse, o temor da coação ou a concepção particular do bem, e a autonomia pública que exige o uso da liberdade comunicativa, na qual os agentes buscam o entendimento mútuo (Habermas 1992, p. 52).

Essa duplicação da autonomia jurídica ocasionada pela sociedade complexa explica a tensão interna entre faticidade e validade no direito que se manifesta em três níveis: na norma jurídica, no sistema de direitos e no estado democrático de direito. No nível da norma jurídica, os destinatários do direito podem usar a sua autonomia privada e obedecê-la por causa da sua vigência como um fato social que se impõe coercitivamente ou podem con-

siderar a sua autonomia pública e serem motivados pela convicção racional oriunda da aceitação de sua legitimidade, porque o direito moderno deve cumprir a sua função de integração social na sociedade complexa e realizar a mediação entre o mundo da vida e os sistemas funcionais, uma vez que os agentes guiados pela racionalidade comunicativa do mundo da vida seguem as normas por respeito à sua validade, enquanto os agentes, regidos pela racionalidade estratégica dos sistemas, calculam a relação custo/benefício de seu cumprimento como um fato social.

Há também uma tensão interna entre faticidade e validade no nível do discurso jurídico de fundamentação de normas que conduz a novas diferenças entre a autolegislação moral e jurídica. Após a derrubada do direito natural teológico e racional, só a democracia pode conceder legitimidade ao direito, o que implica mudar a perspectiva do destinatário para a do autor da lei; no entanto, o processo democrático de produção de leis também deve permitir que os seus autores disponham da liberdade subjetiva de escolher os motivos para aprovar leis segundo a sua autonomia privada ou a possibilidade de chegar a um consenso racionalmente motivado sobre a legitimidade da lei, comprometendo-se, em última análise, com a solidariedade gerada pela ação comunicativa do mundo da vida, segundo a sua autonomia pública. Como, na autolegislação jurídica, os autores da lei não precisam ser motivados pela

busca do entendimento, mas podem produzi-las motivados pela sua liberdade subjetiva, aparece, então, o aparente paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade (Habermas 1992, p. 164).

Uma vez que a participação dos cidadãos no processo discursivo de produção de normas jurídicas tem a mesma estrutura do direito em geral e permite aos cidadãos o uso de sua liberdade subjetiva de ação, o direito moderno adotou a forma jurídica que Habermas obtém a partir da reconstrução discursiva do conceito kantiano de legalidade, pois, o direito moderno: (1) requer dos agentes sociais apenas a capacidade de seguir a lei por meio de razões estratégicas, isentando-os da convicção racional ou do respeito pela lei; (2) regula apenas a matéria que se refere às relações externas entre as pessoas e; (3) pode impor coercivamente o comportamento de acordo com a lei. Por isso, no processo democrático de produção de normas jurídicas, os cidadãos derrotados são obrigados a obedecer à lei, mas não são obrigados a seguir, com convicção racional, as normas às quais não deram o seu assentimento, pois seria muito tirânico exigir que minorias derrotadas ainda por cima fossem obrigadas a obedecer virtuosamente leis cuja legitimidade não reconhecem; ao contrário, o processo democrático de produção de leis deve permitir que as minorias possam aduzir novas razões no futuro, as quais sejam capazes de sensibilizar as antigas maiorias e se converterem em novas maiorias.

Então, na autolegislação jurídica, o princípio do discurso D deve se associar com a forma jurídica e possibilitar a gênese lógica do sistema de direitos em um processo circular no qual o assentimento racional de todos os cidadãos permita deduzir abstratamente os direitos fundamentais que garantam as liberdades subjetivas dos indivíduos, os quais são constituintes da própria forma jurídica (os direitos individuais fundamentais à iguais liberdades de ação, os direitos individuais fundamentais de pertencimento a uma comunidade jurídica e a proteção jurídica dos direitos individuais que garantem a autonomia privada de sujeitos de direitos), bem como os direitos fundamentais de participação e comunicação que permitem o exercício da autonomia pública dos cidadãos na produção de leis e são constituintes do próprio princípio da democracia, segundo o qual: “somente são válidas as normas jurídicas que, em um processo discursivo de produção das normas jurídicas, organizado juridicamente, possam se aceitar por todos os membros da comunidade jurídica” (Habermas 1992, p. 141).

Portanto, os direitos fundamentais que garantem as liberdades subjetivas de ação e os direitos políticos que garantem a participação dos cidadãos são cooriginários e resultam simultaneamente da intersubjetividade do processo de autolegislação empreendida pelos próprios cidadãos. Ademais, além destes direitos fundamentais que podem ser deduzidos de maneira absoluta, pois são constituintes da forma

jurídica e do próprio princípio da democracia, também podem ser deduzidos de maneira relativa os direitos sociais e ecológicos fundamentais, pois estes direitos refletem muito mais as condições materiais do processo de produção de direitos legítimos, as quais podem ser modificadas ou até mesmo eliminadas a medida em que se alcancem condições sociais e ecológicas melhores no futuro, enquanto os direitos subjetivos e políticos são constituintes das próprias condições formais dos discursos jurídicos que não podem ser eliminadas de nenhuma maneira. Entretanto, estas categorias de direito ainda são abstratas e não correspondem exatamente aos clássicos direitos humanos historicamente reivindicados pelo liberalismo ou os direitos de cidadania defendidos pelos republicanos, pois, segundo a lógica da teoria do discurso, são os próprios afetados que devem deliberar sobre eles, tornando-os concretos. Contudo, historicamente, tanto a Revolução Americana como a Revolução Francesa, ocorridas no século XVIII, revestiu estes direitos nas figuras concretas dos direitos do homem e do cidadão. O que significa que, também do ponto de vista histórico, a gênese destes direitos revelou que eles surgiram simultaneamente (Habermas 1992, p. 603).

No entanto, por causa da herança teológica e metafísica da filosofia da consciência, a conexão interna entre direitos humanos e direitos de cidadania, ficou velada desde o início da Modernidade e eles se mostraram sistematicamente como con-

correntes. Na tradição do direito natural racional, o liberalismo privilegiou a autonomia privada dos indivíduos, pois, por um lado, os direitos que protegem a subjetividade se consubstanciaram como direitos humanos fundamentados na pessoa moral e, portanto, constituíram um império do direito que salvaguardava constitucionalmente as liberdades individuais contra as invasões do estado, enquanto o republicanismo, por outro lado, valorizou a autonomia pública dos cidadãos, acreditando que, através do exercício da soberania popular, o povo unido não poderia cometer injustiças contra si mesmo, embora só se poderia esperar o civismo dos cidadãos em uma comunidade onde vigora a homogeneidade dos costumes, o qual deve ser substituído pela coerção em estados grandes e heterogêneos.

Posteriormente, na Dogmática do Direito Civil alemão, Savigny e Puchta acreditaram que os direitos subjetivos dos indivíduos seriam fundados independentemente do direito positivo sobre a autonomia da pessoa moral, enquanto a evolução do positivismo jurídico, culminando com Kelsen, resumiu todo o direito, ao direito objetivo expresso no ordenamento jurídico estabelecido pelos legisladores, os quais podem conceder direitos individuais a seus cidadãos, reduzindo o direito subjetivo a mera capacidade, conferida pelo direito objetivo, de que os sujeitos jurídicos possam reivindicar processualmente os direitos previstos na lei quando julgarem que estes são ameaçados (Habermas 1992, p. 113-4).

Além disso, o atual debate entre liberalismo e comunitarismo na América do Norte reflete esse mal-entendido sobre a cooriginariedade entre autonomia pública e privada. O liberalismo começou com a publicação do livro *Uma teoria da justiça* de John Rawls, 1971, e continuou através de pensadores como Ronald Dworkin, Charles Larmore, Bruce Ackermann, enquanto o comunitarismo reagiu à concepção liberal do estado e do direito com a publicação do livro de Michael Sandel *Liberalismo e os limites da justiça*, em 1982, e seus principais representantes são Bernard Williams, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer e Frank Michelmann.

Apesar das muitas diferenças internas, os liberais defendem, como característica comum, a separação entre questões de justiça, que se referem à liberdade e à igualdade das pessoas com relação às concepções do bem, que correspondem a uma forma de vida boa para cada indivíduo ou grupo social, no entanto, como apenas as questões de justiça permitem chegar a um consenso em uma sociedade pluralista, a política e o direito devem ser neutros em relação às concepções do bem; o comunitarismo, por outro lado, considera que a neutralidade ética do liberalismo representa simplesmente uma concepção do bem entre outras, que é específica das sociedades ocidentais modernas, e, portanto, recorda que a justiça requer a participação política dos cidadãos no reconhecimento das concepções do bem que definem a identidade do indivíduo e do grupo social (Habermas 1997, p. 277-8).

De acordo com Habermas, Rousseau e Kant desenvolveram um conceito de autonomia capaz de explicar a conexão entre direitos humanos e soberania popular que parecia superar a dicotomia entre liberalismo e republicanismo, na medida em que o povo unido, no exercício da autolegislação, não pode cometer injustiças contra si mesmo e, portanto, não tem outro remédio que fundamentar os direitos às liberdades subjetivas dos indivíduos. No entanto, Rousseau se desviou para uma concepção mais republicana, enquanto Kant desenvolveu uma interpretação mais liberal.

Contudo, a metodologia de incluir gradualmente a complexidade social, que caminha em direção a apresentar as relações sociais da sociedade pós-convenicional de forma cada vez mais concreta, implica passar da socialização horizontal, expressa na norma jurídica e no sistema de direitos, segundo a qual o direito parece resultar da autolegislação empreendida pelos próprios cidadãos para a socialização vertical, na qual é introduzido o estado de direito. O estado de direito é o resultado da conexão interna entre direito e política que pode ser reconstruída tanto antropológica como normativamente, pois, desde o início da civilização humana, o direito e a política só podem atender as suas funções específicas de regular os conflitos interpessoais de ação e definir programas de ação coletiva, respectivamente, quando simultaneamente executam funções recíprocas um com relação ao outro, uma vez que o direito empresta o seu próprio meio

para constituir o sistema político, a capacidade de governar através de leis, enquanto o poder político confere ao direito a força para se impor coercitivamente. Portanto, a tensão interna entre faticidade e validade aparece novamente no nível do estado democrático de direito: o direito representa o polo normativo, enquanto a política se caracteriza pela faculdade de exercer instrumentalmente o poder, mesmo quando ela é expressa em linguagem jurídica (Habermas 1992, p. 171).

A conexão entre o direito e a política no estado de direito pode sugerir, contudo, a imagem equivocada de uma relação equilibrada e autosuficiente entre o direito positivo e o poder político; no entanto, a política tem um poder de violência aquartelada que pode simplesmente se servir de meios jurídicos para o exercício da dominação legal, pois o direito positivo pode ser instrumentalizado a partir do poder político do governo (Habermas 1992, p. 208).

Torna-se necessário, portanto, descrever o processo de circulação do poder legitimamente produzido no estado democrático de direito. Do ponto de vista normativo, o poder comunicativo gerado pelos cidadãos na esfera pública, deve neutralizar o poder social que expressa os interesses particulares dos grupos de pressão, penetrar nas instituições políticas do estado de direito e orientar o poder administrativo do estado, evitando, assim, a tendência à autoprogramação das burocracias estatais (Habermas 1992, p. 187).

Chega-se, então, à última etapa do método de incluir gradualmente a complexidade social na exposição da sociedade pós-convencional, a reconstrução sociológica, que desvela inicialmente a tensão externa entre faticidade e validade no direito (Habermas 1992, p. 52), pois a deliberação discursiva dos cidadãos enfrenta, obviamente, uma série de momentos de inércia como observa, em primeiro lugar, a teoria da decisão racional, que recorda os custos para se fazer uma escolha racional entre indivíduos motivados pelo autointeresse racional em condições de falta de informações necessárias para a tomada de decisão, enquanto a teoria dos sistemas entende a sociedade complexa como uma poliarquia, na qual cada sistema social é regido por uma lógica específica e se constitui em um centro próprio de poder, de modo que o estado representa um sistema social que age também segundo uma lógica específica e constitui apenas um entorno para os outros sistemas, não podendo regular a sociedade como um todo, mas simplesmente introduzir modificações internas conforme à sua lógica sistêmica e esperar uma adaptação autopoietica dos outros sistemas sociais.

Contudo, a reconstrução sociológica visa mostrar como é possível, dentro das condições da sociedade complexa, o modo pelo qual a autolegislação empreendida pelos cidadãos pode produzir direito legítimo, o que Habermas denomina de política deliberativa. Para isto, utiliza as reflexões B. Peters sobre o processo de circulação de poder, o qual con-

siste em apresentar uma estrutura política dividida em um centro e uma periferia, e dois modelos de soluções de problemas (Habermas 1992, p. 429-30).

Do ponto de vista estrutural, o centro é composto pelas instituições estatais responsáveis pela tomada de decisão, como o parlamento e o governo, que empregam poder administrativo regido por uma lógica burocrática submetida a uma série de regulamentações, enquanto a periferia é formada pela esfera pública na qual ocorre uma competição, por um lado, entre o poder social dos grupos mais ou menos formalmente organizados que tanto podem prover de instituições que visam manipular a opinião pública dos cidadãos com forte interferência financeira, inclusive sobre os meios de comunicação de massas, como de organizações não governamentais orientadas para as reivindicações dos cidadãos e, por outro, com o poder comunicativo dos cidadãos que agem orientados pela busca do entendimento de modo a formar a opinião e a vontade sobre questões relevantes decorrentes de uma esfera privada preservada, mas constantemente ameaçada pelas disfunções dos sistemas funcionais.

E, do ponto de vista da elaboração de problemas, Habermas reconstrói um modelo de mão dupla de circulação do poder. Segundo a circulação oficial do poder, a opinião pública dos cidadãos deve neutralizar o poder social, inclusive das instituições bem intencionadas da sociedade civil e formar uma opinião pública racional, que constitui o poder comunica-

tivo, romper as barreiras interpostas pelas instituições do próprio estado de direito e orientar o poder administrativo, que as implementará segundo a sua lógica burocrática específica. Estas barreiras tem uma função semelhante as eclusas de uma represa, pois, se por um lado, dificultam o acesso da opinião pública às instituições do estado de direito que tomam decisão, por outro lado, justamente esta resistência permite que os argumentos sejam depurados de eventuais mal-entendidos, manipulações encobertas e se adensem para formar uma opinião pública autêntica.

No entanto, este modo de circulação oficial do poder ainda é muito exigente para a sociedade moderna, por causa dos momentos de inércia que impedem a comunicação entre os cidadãos e de tomada de decisão das instituições políticas; portanto, o funcionamento normal do poder provém do centro para a periferia, o que é contrário à manutenção da complexidade social, mas, em situações extraordinárias, os próprios cidadãos podem ser mobilizados através da opinião pública e determinar o fluxo de circulação de poder (Habermas 1992, p. 433-4).

REFERÊNCIAS:

ARAUJO, L. B. “Ética do Discurso: uma resposta aos desafios contemporâneos de uma moral pós-metafísica”. Reflexão (Campinas), Campinas - SP, v. 25, n. 76, pp. 67-73, 2000.

BAYNES, K. *The normative grounds of social criticism*. Kant, Rawls and

Habermas. Albany, SUNY, 1992.

BERTEN, A. BERTEN, A. 2010 Por que Habermas não é e não pode ser contratualista. Ensaio Filosóficos, v. 2010, pp. 06-18, 2010.

BOHMAN, J. “Complexity, pluralism, and the constitutional state: On Habermas’s *Faktizität und Geltung*”. *Law and Society Review*. /s.l./, 28(4):897-930, 1994.

DUTRA, D. V. *Razão e consenso em Habermas*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

HABERMAS, J. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1968. Repr. in Habermas, 1994.

— *Theorie des Kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981. Repr. in Habermas, 1995. 2v.

— *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1983. Repr. in Habermas, 1996.

— *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1984.

— *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1990. Repr. in Habermas, 1992.

— *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992. Repr. in Habermas, 1994.

— *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1997.

INGRAN, D. *Habermas and the dialectic of reason*. New Haven: Yale Univ. Press, 1987.

MELO, R.; WERLE, D. L. (orgs.).

Democracia deliberativa. São Paulo: Esfera Pública, 2007

NOBRE, M. (Org.) ; REPA, L. (Org.). *Habermas e a reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana*. 1. ed. Campinas: Papirus, 2012.

NOBRE, M. (Org.) ; TERRA, R. R. (Org.). *Direito e Democracia*. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DE OLIVEIRA, N. F. A Democracia Deliberativa segundo J. Habermas. Dois Pontos (UFPR), v. 5, pp. 4, 2008.

PINZANI, A. & DUTRA, D. V. *Habermas em discussão*. Florianópolis: Nefipo, 2005.

REPA, L. S. REPA, Luiz Sérgio 2006 A categoria do direito no quadro da teoria da ação comunicativa. Prisma Jurídico (UNINOVE. Impresso), v. 5, pp. 183-202, 2006.

ROUANET, L. P. “Soberania e patriotismo constitucional”. Revista jurídica, Campinas, v. 21, n. 2, pp. 77-83, 2005.

SIEBENEICHLER, F. B. “A justiça como inclusão do outro”. Ethica. Cadernos Acadêmicos, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2001.

SMITH, T. *The role of ethics in social theory*. Essays from a Habermasian Perspective. Albany: SUNY, 1991.

TERRA, R. “Notas sobre sistema e modernidade. Kant e Habermas”, *Filosofia Política*, Porto Alegre, 1999, nº 4, NS, pp. 58-64.

Aylton Barbieri Durão

Graduação e mestrado em filosofia pela UERJ. Doutorado em filosofia pela Universidad de Valladolid/Espanha, revalidado pela UFRJ

ENTRE A ACADEMIA E OS TRIBUNAIS: a construção social do direito constitucional brasileiro

Carlos Victor Nascimento dos Santos

Doutorando em Teoria do Estado e Direito da Constitucional no PPGD/PUC.

E-mail: carlosvictor@oi.com.br

Gabriel Borges da Silva

Doutorando em Sociologia e Direito no PPGSD/UFF

E-mail: gabrielborgesadv@yahoo.com.br

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de ampliar as discussões acerca da produção do direito constitucional brasileiro para além do fortalecimento do Supremo Tribunal Federal e mudança de papel político da Corte. Elementos como (i) a delimitação dos autores que se tornaram referências, (ii) a distância entre teorias e realidade social, (iii) a expansão dos programas de pós-graduação em Direito e o aumento da circulação de ideias que envolvam matérias constitucionais, além (iv) das relações entre professores/pesquisadores e juristas, são incorporados à discussão como movimentos capazes de influenciar a construção social do direito constitucional brasileiro. Da breve análise de tais movimentos, a disputa pelo conhecimento no campo jurídico e o processo de constitucionalização do debate político tornam-se elementos centrais à compreensão do direito constitucional brasileiro enquanto categoria autônoma no discurso jurídico.

Palavras-chave: Academia; Prática Jurídica; Disputas

ABSTRACT

This paper aims of increasing the discussions about the production of Brazilian constitutional law, besides the argument of the Brazilian Supreme Court strengthening and changing political role it. Elements as (i) the delimitation of the authors who have become references, (ii) the distance between theory and social reality, (iii) the expansion of graduate studies programs in law, increasing the circulation of ideas involving constitutional law, in addition (iv) the relationship between teachers/researchers and jurists, are incorporated into the discussion as movements can influence the social construction of the Brazilian constitutional law. The brief analysis of the mentioned movements, the competition for knowledge in the juridical field and the transformation of the political discussion in juridical and constitutional become important elements to the understanding of Brazilian constitutional law as an independent category in juridical discourse.

Key-words: Academy; Work of Jurists; Competitions.

INTRODUÇÃO

Não é incomum autores de direito constitucional, ou áreas próximas, argumentarem no sentido da inexistência de uma metodologia própria ao estudo do direito constitucional, embora seja uma categoria que tem crescido tanto em número quanto em importância no discurso jurídico. No direito norte-americano, por exemplo, Bruce Ackerman ao escrever *We the people*, em seus três volumes, apresenta um método específico ao estudo do direito constitucional norte-americano: a partir da história política do país, o autor vem traçando a forma como o país foi construindo e consolidando esta categoria até torná-la fundamental também na compreensão do discurso jurídico local. Outros métodos de mesmo poder explicativo não estão descartados, mas, nos Estados Unidos, a história política do país é capaz de explicar diversos fenômenos, como o suposto nascimento do controle de constitucionalidade a partir de uma briga política na sucessão presidencial de John Adams a Thomas Jefferson, conhecido também pelo *leading case Marbury vs. Maddison* (SANTIAGO, 2015).

Diferentemente da lógica brevemente desenhada acima, no Brasil, o direito constitucional ganhou maior evidência no campo jurídico nacional, para usar uma expressão de Bourdieu (1998), principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Na hipótese, importantes mudanças como o aumento

da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar demandas jurídicas, a ampliação do acesso à jurisdição constitucional, a criação de mecanismos protetivos aos direitos fundamentais ante a inércia do Poder Legislativo – mandato de injunção, dentre outras medidas, ampliaram as discussões jurídicas em relação às mudanças no direito constitucional. As significativas mudanças atribuíram ao direito constitucional brasileiro uma maior visibilidade, e não sobresalência, em relação a outras áreas jurídicas, como o direito civil, por exemplo¹. O que permite alguns autores brasileiros a defesa de ocorrência de um constitucionalismo brasileiro somente, ou principalmente, a partir da Constituição de 1988 (BARROSO, 2001; SARMENTO, 2011).

Esse movimento de expansão do direito constitucional brasileiro pós-88 defendido, por exemplo, por autores como Barroso (2001) e Sarmento (2011), impactou também no aumento da discussão pública a partir da constitucionalização de debates políticos. Isto é, juristas utilizam cada vez mais ar-

¹Para ilustrar o exemplo, é possível citar uma possível movimentação de autores, na década de 90, ao iniciar trabalhos com o objetivo de aproximar ainda mais o direito civil e o direito constitucional, sob a liderança dos professores Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, tendo como trabalhos de referência:

BODIN de MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Direito, Estado e Sociedade, Brasil, v. 1, p. 59-73, 1991.

_____. A Constitucionalização do Direito Civil. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, v. 17, n.17, p. 79-89, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do novo Código Civil. Revista trimestral de Direito Civil, v. 15, 2003.

gumentos fundamentados em normas constitucionais para adentrar ao campo político com a segurança de uma “imparcialidade aparente” por se utilizar de argumentos jurídico-constitucionais.

Diante do cenário acima descrito, compreender a forma como o direito constitucional se tornou uma categoria fundamental à explicação do discurso jurídico brasileiro tornou-se um desafio principalmente entre juristas e acadêmicos. Diante da dificuldade em apontar um método de estudo capaz de unir estes diferentes profissionais, é possível indicar um objeto de estudo em comum entre eles: o Supremo Tribunal Federal, órgão que vem ganhando cada vez mais notoriedade no cenário jurídico nacional, principalmente após a transmissão ao vivo de suas sessões de julgamento pela TV Justiça. E utilizando o STF como objeto de investigação, podemos destacar: de um lado, os integrantes de carreiras jurídicas tradicionais (advogados, representantes do Ministério Público, juízes, defensores públicos, dentre outros), que buscam um prognóstico das decisões judiciais a fim de preencher um interesse específico; e de outro, professores e pesquisadores que, por meio da investigação realizado diante da análise de decisões judiciais, análise comportamental, ou ainda pelo estabelecimento de diálogos interdisciplinares como a realização de pesquisas empíricas, buscam compreender o funcionamento da Corte.

Além do objeto de pesquisa unir os diferentes grupos acima, outro elemento também é responsável por aproximar seus

interesses: a compreensão do funcionamento da Corte a partir principalmente da investigação de como os seus ministros decidem. Neste sentido, a pergunta central deste texto é: se juristas, professores e pesquisadores, apesar dos diferentes métodos e interesses, analisam um mesmo objeto, buscando resposta a uma mesma pergunta, por que não se unem em prol de um mesmo objetivo? A resposta será construída a partir da demonstração de que, na ausência de uma metodologia específica à compreensão de como o direito constitucional se tornou uma categoria explicativa do discurso jurídico nacional, a disputa entre juristas, professores e pesquisadores pelo “o que é dito” e “como é dito” contribui também à construção, consolidação e, principalmente, compreensão do direito constitucional enquanto categoria autônoma de estudo no discurso jurídico brasileiro.

Para refletirmos estas questões, além de contribuir à construção do argumento mencionado acima, discutiremos: (i) que autores são utilizados como referência no direito constitucional brasileiro; (ii) o debate acerca de teorias surgidas possivelmente nos sistemas jurídico norte-americano e alemão, e a importação e aplicação de estudos e pesquisas à realidade social brasileira sem a devida reflexividade ou análise de adequação; (iii) o aumento dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil, e (iv) a disputa existente entre acadêmicos e membros de carreiras jurídicas tradicionais pelo conhecimento jurídico.

QUEM DEFINE AS REFERÊNCIAS AO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?

Em recente pesquisa realizada por Lorenzetto e Kenicke (2013), publicada no site Conjur, foram demonstrados os autores brasileiros que escreveram sobre direito constitucional que foram mais citados no Supremo Tribunal Federal. A pesquisa teve como lapso temporal o período compreendido entre 1988 e 2012, sendo realizada a partir da base de dados disponibilizada pelo Supremo Tribunal Federal em seu site oficial. Os dados obtidos ficaram restritos ao controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF), totalizando 1003 casos analisados dentre as ações julgadas total ou parcialmente procedentes. A lista alcançada não é extensa, apresentando setenta e quatro diferentes autores citados pelo STF no controle abstrato ao longo de vinte e quatro anos analisados.

Dos setenta e quatro autores listados na pesquisa, basta-nos destacar os vinte primeiros para elaboração e compreensão do argumento criado ao longo do texto. Os vinte autores mais citados nos votos apresentados pelos ministros do STF podem representar ao menos três diferentes grupos: um composto por (i) autores mais clássicos, um por (ii) ministros e ex-ministros do Supremo e outro por (iii) autores mais recentes. Abaixo, destacaremos e teceremos breves características sobre cada um desses grupos.

O primeiro grupo identificado possui, dentre os autores que o compõem, o mais citado pelos ministros do Supremo: José Afonso do Silva. Acompanham José Afonso da Silva os seguintes autores: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, Luis Pinto Ferreira, Pontes de Miranda, Raul Machado Horta, Francisco Campos, Rui Barbosa e João Barbalho. Esse primeiro grupo de autores possui trabalhos publicados em um período de grandes transformações em relação ao funcionamento do STF, competências e ingerências sofridas diretamente pelo Chefe do Poder Executivo (BRANDÃO, 2012). Neste período, dá-se destaque aos diversos diplomas normativos responsáveis por organizar o Estado brasileiro, orientar o funcionamento de instituições políticas, além de definir suas competências e delimitar o rol de direitos fundamentais existentes.

Dentre os diversos marcos normativos existentes à época, capazes inclusive de influenciar a leitura do direito constitucional atual, estão as constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/69, além da Reforma Constitucional de 1926. As constantes mudanças legislativas permitiram que os autores mencionados produzissem frequentes comentários e, por ser à época uma comunidade restrita a dominar um saber tão específico, os autores tornaram-se referência nos temas abordados. A partir daí, estudos cada vez mais extensos foram publicados por tais autores, es-

timulando a produção jurídica em um período não apenas de poucos especialistas, mas também de baixa difusão ao acesso à informação, como o “Curso de Direito constitucional”, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo.

Em 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho publicou uma das primeiras obras a sistematizar o estudo do direito constitucional em um único exemplar, escrevendo a história política do Estado brasileiro a partir das suas constituições, o que foi seguido por diversos autores que escreveram em momento posterior. O estudo e ensino do direito constitucional brasileiro passou, então, a ser feito a partir de diplomas normativos, com baixo aprofundamento no contexto histórico-político, capaz de ter sido influenciado pelo autoritarismo vivido pelo Estado brasileiro à época, estimulando duas grandes questões: (i) a impossibilidade do relato às experiências vividas por autores no período da escrita e (ii) a reprodução irrefletida dessa produção jurídica por autores mais contemporâneos, que contribuem à transformação das teses e argumentos lançados ao cenário jurídico por autores mais tradicionais em dogmas. Tais eventos contribuíram à construção de um saber acerca do direito constitucional brasileiro capaz de orientar inclusive os ministros da Suprema Corte em um período em que a informação e o conhecimento técnico-jurídico eram restritos. Isto é, os autores mencionados acima foram também res-

ponsáveis por orientar o entendimento da Corte diante de casos em que a sua resolução não encontrava amparo legal.

O segundo grupo identificado é composto por ministros e ex-ministros do Supremo Tribunal Federal, incluindo dentre os mais citados: Gilmar Ferreira Mendes, Eros Roberto grau, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Luis Roberto Barroso, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos e Carlos Ayres Britto. O grupo citado reflete a existência de uma rede de autores que, ao mesmo tempo em que julga, fundamenta suas decisões com citações a textos próprios e a dos colegas de julgamento. E com o aumento da competência da Suprema Corte e o recebimento de um volume cada vez maior de processos para julgamento, ainda que se considerem os processos repetitivos, o número de citações a si mesmo e aos próprios colegas tende a aumentar. O que pode ser capaz de criar e consolidar uma legitimidade teórica por meio da repetição e falta de contestação, já que se trata da última instância a apreciar uma questão jurídica no país.

A legitimidade teórica construída acima se torna referência inclusive no ensino do direito constitucional atual, quando universidades que prezam por um ensino tradicional estimulam seus alunos a tomarem o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não apenas como o último posicionamento possível sobre a questão jurídica apreciada, mas como o único ou o mais correto

entendimento. Esses processos, além de contribuir à baixa reflexividade acerca das resoluções jurídicas buscadas e assumidas pelo STF, parecem estimular a criação do que alguns alunos e professores chamam de “argumento de autoridade”. Em relação a este último aspecto, Kant de Lima (2001) destaca que o próprio Direito se exerce como uma imposição das autoridades que dominam o conhecimento jurídico e a “competência para a interpretação correta da aplicação particularizada das prescrições gerais” (KANT DE LIMA, 2001: 109). A observação de Kant de Lima não se restringe tão somente ao direito constitucional, mas ao Direito enquanto um fenômeno social, que atua reproduzindo compilações dogmáticas que servem apenas à particularização de um saber que se exerce como uma imposição das autoridades que dominam o conhecimento jurídico (KANT DE LIMA, 2001).

Por fim, o último grupo identificado é formado por aqueles que atuam constantemente perante ao Supremo quer seja por meio de sustentações orais, representando conhecidas profissões jurídicas como advogado, promotor, dentre outras, ou pela elaboração de pareceres capazes de instruir o processo e influenciar posicionamentos dos ministros durante o julgamento. São eles: Ives Gandra da Silva Martins, Alexandre de Moraes, José Cretella Júnior, Paulo Gustavo Gonet Branco e Paulo Bonavides. Estes buscam confiabilidade acerca do exercício de suas funções a partir do

reconhecimento também de sua competência técnica-jurídica demonstrada nas teses e argumentações desenvolvidas perante o Supremo Tribunal Federal, principalmente após o aumento de visibilidade pública que possui a partir da transmissão ao vivo de suas sessões de julgamento, fenômeno inaugurado pela TV Justiça em novembro de 2002.

Resumindo, os autores mais citados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal são aqueles que, em um primeiro momento, orientaram a Corte quando diante do baixo conhecimento técnico disponível devido, dentre outros motivos, aos poucos canais de acesso à informação ou baixa qualificação dos juristas à época. Depois, os próprios ministros se tornam fonte de produção de conhecimento técnico a partir da citação constante aos seus próprios textos e aos de seus colegas. E por último, diante da cada vez mais crescente visibilidade pública do STF, atuar perante o órgão tornou-se um mecanismo de atribuição de credibilidade às funções desempenhadas pelos detentores das mais variadas profissões jurídicas. Os três diferentes grupos identificados na análise dos vinte autores mais citados pelos ministros do Supremo na pesquisa de Lorenzetto e Kenicke (2013) apresentam relação direta com o próprio STF, demonstrando também porque o discurso constitucional sustentado pelos mais diversos autores, nas mais diversas perspectivas e períodos da história constitucional bra-

sileira, estão de alguma forma relacionados ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, no presente tópico, foram mapeados alguns autores capazes não apenas de contribuir à autonomização do direito constitucional² enquanto categoria explicativa do discurso jurídico no Brasil, mas de impulsionar o seu ensino por intermédio de seus próprios textos. O que nos sugere a reflexão a respeito de aspectos fundamentais nos textos de diversos autores do direito constitucional brasileiro, como o uso excessivo de teorias importadas do direito norte-americano e alemão e aplicadas ao direito brasileiro sem a devida adequação à sua realidade social, questões específicas do tópico seguinte.

TEORIAS E REALIDADE SOCIAL: COMO APROXIMÁ-LAS?

Conforme brevemente destacado no tópico anterior, a partir da análise dos autores que escreveram sobre o direito constitucional brasileiro, é possível perceber quão nova é esta categoria de análise. No Brasil, ela começa a ganhar força a partir, principalmente, do século XX com os autores citados no tópico anterior, o que pode ser notado a partir das publicações nacionais existentes sobre temas de di-

²O processo de autonomização do direito constitucional discutido no presente texto não representa uma dissociação do Direito. Não desejamos argumentar no sentido de uma separação do direito constitucional do Direito ou discurso jurídico. Referimo-nos à representação de forma sistemática de um conjunto de estudos voltados para uma área específica do saber: o direito constitucional, assim como ocorre com o direito civil, por exemplo.

reito constitucional (como o controle de constitucionalidade com Rui Barbosa, por exemplo). E os autores que escreviam sobre o direito constitucional brasileiro, por ser um tema muito incipiente ainda à época, o faziam estabelecendo relações com a teoria do Estado. Esse processo pode ser notado por meio da leitura dos textos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O autor realizou em sua tese de doutorado um estudo comparado do estatuto constitucional dos partidos políticos no Brasil, Itália, França e Alemanha. O contato com o Direito Constitucional francês e alemão foi determinante em sua trajetória acadêmica, permitindo uma formação que abrangesse duas distintas Escolas de Direito Público. Em 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho publica um dos estudos mais aprofundados sobre o direito constitucional brasileiro à época, intitulada “Curso de Direito Constitucional” e, em seguida, torna-se professor titular da Universidade de São Paulo, difundindo a sua experiência internacional e conhecimentos adquiridos

Além da experiência internacional do autor mencionado acima, também merece a de Rui Barbosa, que despontava dentre os autores de sua época como exímio conhecedor do sistema jurídico norte-americano, incorporando várias de suas teorias ao direito brasileiro, principalmente em relação ao controle de constitucionalidade (LYNCH, 2008). Isto é, o domínio de um língua estrangeira difundida, relação com professores e pesquisadores, realização de

estudos comparados, busca de teorias a partir da necessidade de fundamentar teses, interpretações e argumentações jurídicas são elementos que também contribuíram à criação e consolidação do direito constitucional brasileiro enquanto categoria autônoma no Direito.

Os processos brevemente narrados acima contribuem à reflexão de como, em um período de pouco aprofundamento do direito constitucional, as teorias estrangeiras se incorporam aos nossos estudos. Os autores mencionados são apenas exemplos de que a experiência internacional, quer seja a estudo ou trabalho, pode influenciar na elaboração de teses e argumentos jurídicos, que se incorporam não apenas em seus estudos, mas também em posicionamentos de ministros da Suprema Corte, no ensino do Direito e, sobretudo, ao que alguns autores chamam de raciocínio jurídico (SCHAUER, 2009).

Nesse sentido, é no mínimo questionável a remissão à origem de quaisquer teses e argumentos tipicamente constitucionais aplicados ao direito brasileiro. Exemplo: quando diante de um caso de difícil resolução não é improvável que surja a necessidade de consulta a textos jurídicos que contribuam ao seu esclarecimento. Sob este raciocínio, suponhamos que, iniciado o processo de pesquisa, é encontrado um texto em espanhol que discute o mesmo assunto ou assunto conexo. Em seguida, é feita uma adequação da tese encontrada ao caso em análise.

Entretanto, quem fez a pesquisa sequer se atentou ao fato de o livro em espanhol ser a tradução de uma publicação alemã. O caso é solucionado à luz da tese encontrada e passa a ser parâmetro de resolução para casos semelhantes, permitindo que a própria repetição de casos e teses semelhantes passe a ser incorporadas ao discurso nativo dos juristas. Pronto: está brevemente narrada a possibilidade de uma tese estrangeira alemã ser incorporada ao sistema jurídico brasileiro sem qualquer análise da viabilidade de sua adequação.

Apesar de o exemplo acima parecer exagerado, o principal eixo de análise é a incorporação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro sem análise de sua adequação em realidade social distinta. Sobre o tema, em palestra proferida no Brasil, o jurista alemão Claus Roxin apresentou surpresa com a utilização de sua teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal n.º 140 pelo STF, conhecida também como “mensalão”. Segundo o jurista, a teoria do domínio do fato foi aprimorada em contexto completamente diverso³. Ou seja,

³Veja-se trecho de entrevista de Claus Roxin sobre a teoria do domínio do fato:

“Folha – O que o levou ao estudo da teoria do domínio do fato? Claus Roxin - O que me perturbava eram os crimes do nacional socialismo. Achava que quem ocupa posição dentro de um chamado aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute um delito, tem de responder como autor e não só como partícipe, como queria a doutrina da época.

Na época, a jurisprudência alemã ignorou minha teoria. Mas conseguimos alguns êxitos. Na Argentina, o processo contra a junta militar de Videla [Jorge Rafael Videla, presidente da Junta Militar que governou o país de 1976 a 1981] aplicou a teoria, considerando culpados os comandantes da junta pelo desaparecimento de pessoas. Está no estatuto do Tribunal

os sistemas jurídico norte-americano e alemão utilizados como exemplo nesse texto representam também modelos que exercem influência sobre um sistema jurídico ainda em formação, dada a jovialidade de algumas categorias que são fundamentais à sua compreensão, como o direito constitucional aqui discutido. E também por ser recente na história do Direito no Brasil, o direito constitucional deve sim sofrer influências de experiências internacionais que apresentam um sistema e discurso jurídico um pouco mais consolidado em comparação ao Brasil. O presente tópico não está tecendo críticas à importação em si de teorias estrangeiras e sua aplicação ao direito brasileiro, mas à importação sem reflexividade e sem análise de adequação à realidade social aqui existente.

Apesar do espanto de Claus Roxin, ele não é o único, tampouco o primeiro, a identificar inadequações na aplicação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro. Oliveira Vianna (1927), questionou a utilização de modelos jurídicos que não refletissem a formação do Estado brasileiro, realizando um estudo sobre a realidade

Penal Internacional e no equivalente ao STJ alemão, que a adotou para julgar crimes na Alemanha Oriental. A Corte Suprema do Peru também usou a teoria para julgar Fujimori [presidente entre 1990 e 2000].

Folha - É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica?

Claus Roxin - Não, em absoluto. A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso.⁴

Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/jurista-alemao-repreende-o-stf-pelo-mau-uso-de-sua-teoria-do-dominio-do-fato.html>>. Acesso em 21.mar.2015.

constitucional vigente, preocupando-se em verificar uma correspondência entre algumas instituições políticas e a estrutura social do país. A crítica de Oliveira Vianna pretendia diminuir o distanciamento percebido pelo autor entre as normas constitucionais, as teorias utilizadas com fins explicativos e a realidade política e constitucional brasileira⁴.

O cenário acima nos atenta a importantes questões. A primeira refere-se à influência de autores clássicos, assim qualificados em relação ao momento em que produziram suas obras e a frequência em que lhes são feitas referências, na construção dogmática do conhecimento jurídico. A segunda está diretamente relacionada à importação de teorias de países cêntricos sob o argumento de maior coerência e organização do trabalho intelectual, capaz de criar inclusive uma dependência de modelos culturais por países ideo-americanos. Nas palavras de Lynch (2013, 734-735):

Os europeus e norte-americanos seriam “adiantados”, “desenvolvidos”, “civilizados”, “pri-

⁴Veja-se trecho da obra do autor:

“Todas essas considerações nos deixam ver que o problema da nossa organização política é muito mais complexo do que parece àquelles que pensam poder resolvê-lo com simples reformas constitucionais. De certo, os que assim pensam são espíritos que ainda cultivam a velha crença supersticiosa no poder das formulas escritas e devem naturalmente ser também espíritos bem-aventurados, ou, pelo menos, com a bem-aventurança assegurada; porque o que os factos têm demonstrado e a experiencia comprovado é que somente pela virtude dos textos constitucionais não conseguiremos reorganização alguma. (sic)” (VIANNA, 1927, p. 63)

meiro mundo”, ao passo que os ibero-americanos eram “atrasados”; “subdesenvolvidos”; “bárbaros” ou “semibárbaros”. Era como se prevalecesse uma divisão internacional do trabalho intelectual: na geografia do mundo, o “centro”, o “lugar” produzia o “universal” (filosofia, teoria, ciência); ao passo que cabia à periferia aplicá-lo às suas circunstâncias particulares. Esse processo por que os autores periféricos “aplicavam” a teoria cêntrica dava origem a um tipo de reflexão menor, espécie de rescaldo da anterior: precário, fragmentário, contingente ou assistemático, válido somente dentro de seus próprios limites (nacionais).

De acordo com Lynch, há um movimento feito por autores ibero-americanos em incorporar aos seus pensamentos teorias de países cêntricos, como tentativa de integrarem uma elite intelectual não periférica capaz de orientar a produção do conhecimento de uma área específica do saber.

Por fim, outra importante questão diz respeito à circulação e utilização das ideias desenvolvidas por tais autores, além dos argumentos ou teorias desenvolvidas ou lançadas ao direito brasileiro por aqueles que acumularam experiência perante a atuação no Supremo Tribunal Federal (ministros aposentados e ad-

vogados, por exemplo). Somados a estes fatores, devemos considerar também os ministros do STF que apresentam determinados rótulos de justificações às suas decisões de modo a manipular conceitos jurídicos ou adotá-los em um contexto completamente diverso o qual ele foi ensaiado quando do seu surgimento.

Em conferência pronunciada na Universidade de Friburg, ao destacar a internacionalização da vida intelectual, Pierre Bourdieu (1989) aponta problemas estruturais na circulação das ideias: textos que circulam sem seus contextos, não carregando consigo o seu campo de produção; e a reinterpretação dos receptores de tais textos a partir da estrutura do campo de recepção que possui. Nas palavras de Bourdieu (1989):

Assim, o sentido e a função de uma obra estrangeira são determinados pelo menos tanto pelo campo de recepção como pelo campo de origem. Primeiramente, porque o sentido e a função no campo original são frequentemente completamente ignorados. E também porque a transferência de um campo nacional a outro se faz através de uma série de operações sociais: uma operação de seleção (o que se traduz? O que se publica? quem traduz? quem publica?); uma operação de marcação (de um produto anteriormente ‘des-

marcado’) através da casa de edição, a coleção, o tradutor e o prefaciador (que apresenta a obra se apropriando e anexando a sua própria visão e, em todo caso, a uma problemática inscrita no campo de recepção e que faz apenas raramente o trabalho de reconstrução do campo de origem, primeiro porque é muitíssimo difícil); uma operação de leitura enfim, os leitores aplicam à obra categorias de percepção e problemáticas que são o produto de um campo de produção diferente.

O alerta acima nos remete a importantes questões quando diante da utilização de uma teoria estrangeira: como obter acesso a uma rede de conhecimentos que não representa a nossa língua nativa e não faz parte de nosso cotidiano e, posteriormente, reproduzi-los a partir de nossas próprias concepções? A nossa concepção representa uma descrição do conhecimento adquirido, uma adaptação ao contexto que queremos analisar ou uma crítica à criação ou uso de tal conhecimento? Essas representam algumas das importantes questões que devemos levar em consideração ao fazermos uso de uma teoria estrangeira em nossos estudos e pesquisas. E o que chama atenção no Direito brasileiro é a inexistência de uma metodologia própria à utilização de conceitos e institutos jurídicos, ca-

paz de desprezar todo o processo narrado por Bourdieu nas linhas acima.

Em um caso difícil, por exemplo, não é incomum que um ministro do STF desenvolva argumentações a partir da importação de uma alternativa produzida em contexto diverso ao vivido pelo Estado brasileiro. Segundo Santos e Silva (2012), “ministros do STF sequer observam a diferença entre o significado que a expressão ou instituto pode ter ganhado em seu contexto de surgimento e os usos e sentidos que lhe está concedendo em sua utilização” (SANTOS & SILVA, 2012: 10). Em pesquisa recente feita a partir da leitura de todos os acórdãos no STF que faziam menção à expressão “mutação constitucional”, Santos (2015) identificou ao menos seis significados distintos à mesma expressão, o que corrobora a já discutida falta de rigor metodológico na utilização de conceitos jurídicos pelos juristas brasileiros.

A circulação de ideias por meio das teses, interpretações e argumentações jurídicas, frutos do contraditório representado tanto nos tribunais quanto na academia, contribuem à sustentação dos chamados “argumentos de autoridade”, em detrimento da autoridade do argumento (KANT DE LIMA, 2001). Fato relacionado à atividade prática do jurista, que se desenvolve com base em dogmas construídos em um processo legislativo e depois interpretados por autoridades do campo jurídico. Diante desse raciocínio, é possível inferir a existência de pesquisas no Direito que

são produzidas a partir desses dogmas, que se consolidam por meio da jurisprudência⁵ e da produção de “manuais de Direito”⁶.

O jurista, então, reproduz e discute os dogmas e suas interpretações, estabelecendo uma disputa entre estas, de modo a identificar um “argumento vencedor”. Essa prática reflete o “contraditório” utilizado nos tribunais, marcado pela disputa de teses jurídicas, com o fito de convencer o julgador sobre qual argumento este deve escolher para aplicar ao caso em análise (BAPTISTA; KANT DE LIMA, 2010). Ou seja, a tese vencedora não é necessariamente a melhor tese ou aquela que mais se aproxima da realidade a ser aplicada, mas aquela escolhida pelo julgador, com base no

exercício de sua autoridade. E o exercício de tal autoridade não está restrito somente ao julgador, ao passo que no campo jurídico ela pode ser construída com base na deferência a determinado autor, não necessariamente pelos resultados obtidos em sua pesquisa, mas pelo *status* adquirido no campo jurídico. Segundo Silva (2014), esse processo de concessão de legitimidade no campo do Direito de interpretação do dogma, sem que o intérprete assumira tal posição, permite a criação de autoridades. Como consequência, “o pesquisador⁷ acaba por perder sua autoridade enquanto autor daquilo que escreve, pois o que vale é o argumento de autoridade e não necessariamente a autoridade do argumento” (SILVA, 2014: 30).

Por fim, este tópico explicita outra característica relacionada ao direito constitucional brasileiro: a forma peculiar de circulação das ideias por meio de teses, interpretações e argumentações tipicamente constitucionais, ganhando espaço e notoriedade não pela sua aplicabilidade prática, mas pela “autoridade” de quem as utiliza. O movimento identificado nos sugere a análise de outro importante aspecto: os espaços utilizados como arena de debates ao cenário descrito acima, como as pós-graduações em Direito e os tribunais, questões discutidas nos tópicos seguintes.

⁵Entendida neste trabalho como a consolidação de um entendimento do colegiado em relação a determinada matéria, alcançados tanto por meio (i) reiteradas decisões em um mesmo sentido, quanto (ii) por posicionamento único do colegiado.

⁶Os livros utilizados na faculdade de Direito são chamados de Manuais. Os Manuais trazem a interpretação de determinado jurista sobre a lei que o manual abrange. Estes juristas são chamados de Doutrinadores. E aquilo que é produzido nos manuais é utilizado nas peças processuais, nas decisões do Poder Judiciário e nas pesquisas no campo do Direito. Estas geralmente discutem os posicionamentos dos doutrinadores, de modo a utilizá-los para confirmar ou comprovar determinado argumento jurídico. A questão é que os manuais são releituras de uma autoridade jurídica a respeito de determinada lei. É um conhecimento técnico, que não gera consenso entre a própria técnica que esta posta. Não é incomum que os manuais discordem uns dos outros, trazendo “teses” opostas. Isto faz parte da lógica do tribunal e o jurista, quando parte de um processo judicial, utiliza esses doutrinadores de modo a confirmar um argumento que lhe é favorável. Porém, a faculdade de Direito internaliza essa lógica do tribunal. E as pesquisas muitas vezes são defesas de ponto de vistas, sem comprovação empírica, mas fundadas em dogmas, jurisprudências e/ou doutrinadores.” (SILVA, 2014, p.30)

⁷Leia-se a expressão “pesquisador” como forma de abranger todos aqueles que empenham esforços intelectuais na produção do conhecimento, como o jurista, por exemplo.

O PAPEL EXERCIDO PELAS PÓS-GRADUAÇÕES NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

No primeiro tópico, foram apresentadas algumas breves reflexões sobre autores do direito constitucional capazes de influenciar os estudos da matéria. Em seguida, foram tecidos comentários a respeito das teorias constitucionais no direito brasileiro desenvolvidas ou importadas por tais autores, estabelecendo-se sem uma relação de adequação com a realidade social. Nas próximas linhas, discutiremos um dos locais onde autores do direito constitucional, suas teses, interpretações e argumentações poderiam ganhar fôlego, além de instruir profundas reflexões acerca do direito brasileiro: os programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito existentes no país.

A opção de análise pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* (mestrados e doutorados) foi feita devido o caráter de formação, aprofundamento na área de concentração e preparação para atuação no ensino e estímulo à pesquisa (SANTOS, 2002). No Brasil, o primeiro programa de pós-graduação *stricto sensu* foi inaugurado pelo Decreto n.º 19.851 de 11 de abril de 1931, conhecido também como Reforma Francisco Campos, permitindo que cursos de doutorado fossem criados no Rio de Janeiro, capital do país à época. No mesmo ano, foi criado o doutorado em Direito na Universidade do Rio de Janeiro,

nos moldes estabelecidos pelo Decreto, n.º 19.852, de 1931: um professor catedrático da área orientava um aluno por um período de dois anos, enquanto este aluno apresentava uma tese ao final do curso, apresentando semelhanças ao modelo europeu de estudos doutorais (OLIVEIRA, 1995; FÁVERO, 1989).

Esse processo é importante para notar que mestrados e doutorados começam a ser implementados no Brasil na década de 30, em um período que vários autores considerados clássicos no direito constitucional brasileiro já estavam publicando seus textos. Cerca de duas décadas depois, os cursos de mestrados e doutorados foram se consolidando como um espaço de discussão e reflexão acadêmica a respeito de teorias e pesquisas a partir das teses desenvolvidas por seus estudantes. O processo é brevemente narrado por Santos (2002) ao demonstrar que em 1952 foi firmado o primeiro acordo entre universidades americanas e brasileiras oficializando o intercâmbio entre ambas, dando início a uma série de acordos entre universidades brasileiras e estrangeiras, possibilitando muitos estudantes brasileiros a estudar no exterior e muitos estrangeiros fazerem pesquisa no Brasil (SANTOS, 2002).

Com a implantação do modelo europeu de estudos doutorais e os convênios com diversas universidades americanas, fica clara a influência de dois diferentes modelos de estudos, ensino e pesquisa sobre o objeto aqui em aná-

lise: o direito constitucional brasileiro. O que estimulou inclusive a criação de novos programas de mestrado e doutorado a partir da década de 60, devido à ampliação de possibilidade de estudos no exterior (SANTOS, 2002).

Esse primeiro movimento da expansão dos programas de mestrado e doutorado no Brasil, demonstrando a influência dos modelos norte-americano e europeu sobre os estudos aqui realizados coincide com outro movimento: o do aumento gradual do protagonismo da Corte Constitucional na discussão de questões jurídicas e políticas fundamentais ao país. O Supremo Tribunal Federal apresenta grandes ingerências acometidas principalmente pelo Chefe do Poder Executivo ao longo de sua história. Brandão (2012), nas primeiras páginas de sua tese de doutorado, aponta como o STF sofria perseguição do Poder Executivo, com constantes alterações em seu número de ministros e decisões cassadas, além de apresentar dificuldades em discutir e decidir questões centrais no cenário político e jurídico do país.

Mesmo diante de todas essas questões, o Supremo Tribunal Federal surgia cada vez mais no cenário político como centro de discussões jurídicas de fundamental relevância à vida do cidadão brasileiro. Tanto no sentido de ser o órgão máximo do Poder Judiciário do país quanto em relação ao alcance de suas decisões, que podem atingir todos os órgãos administrativos e jurídicos do país, devendo por eles ser seguidas e respeitadas. Este cenário também recebeu influência da promul-

gação da Constituição Federal de 1988, concedendo ao STF maior segurança e liberdade no julgamento, características da transição democrática que o país viveu. Além disso, a Constituição ampliou a sua atuação a partir da inflação de processos que o tribunal sofreu após mudanças em suas competências para julgamento (BRANDÃO, 2012). Em poucos anos, o Supremo Tribunal Federal passou a ser o órgão de vital importância nas discussões públicas sobre o cenário jurídico e político do país decidindo questões como: o conceito de família (ADI n.º 4.277, Rel. Min. Ayres Britto), o que é raça (HC n.º 82.424, Rel. Min. Moreira Alves), cotas raciais (ADPF n.º 186, Rel. Min. Joaquim Barbosa), planos econômicos (RE n.º 141, 190, Rel. Min. Nelson Jobim), o impeachment do então Presidente da República Fernando Collor de Mello (MS n.º 21.564, Rel. Min. Octavio Gallotti), dentre outros.

Assumindo o *status* de intérprete da Constituição, o Supremo Tribunal Federal foi ganhando um protagonismo na discussão pública, contribuindo também à elevação do direito constitucional à categoria fundamental na compreensão de tais questões. E o movimento de expansão dos programas de mestrado e doutorado no país coincidiu com esta mudança de papel do STF enquanto instituição jurídica. O que permitiu uma maior visibilidade pública da instituição a partir da grande repercussão de suas decisões ao tratar questões políticas fundamentais à vida do cidadão brasileiro em questões jurídico-constitucionais.

Os dois movimentos narrados acima, que partiram de épocas semelhantes ou próximas, podem demonstrar um instigante cenário de investigação: o tratamento de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal como questões jurídico-constitucionais. O que parece ter sido percebido pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do país, local considerado fundamental à discussão e reflexão de tais fenômenos, a partir da criação (i) em demasia de áreas de concentração que envolvam diretamente o direito constitucional e (ii) programas que só possuem o direito constitucional como objeto de estudo.

Em breve pesquisa realizada sobre os programas de pós-graduação *stricto sensu* reconhecidos e recomendados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) na área de Direito⁸, foram identificadas oitenta e oito instituições superiores que possuem um curso de mestrado, dentre as quais, doze possuem um curso de doutorado. Não foi possível, por meio desta fonte, (i) obter a data em que foram implementados, o que permitiria mapear o período em que o crescimento destes programas se tornam mais visíveis, (ii) tampouco mapear quais e quantos deles há áreas de concentração e pesquisa em direito constitucional. No entanto, foi possível perceber que de todas as instituições alcançadas, sete delas

possuem um programa relacionado diretamente ao direito constitucional: Universidade Federal Fluminense – Programa em Direito Constitucional, Instituto Brasileiro de Direito Público – Programa em Direito Constitucional, Universidade de Itaúna – Programa em Direitos Fundamentais, Universidade da Amazônia – Programa em Direitos Fundamentais, Universidade de Ribeirão Preto – Programa em Direitos Coletivos e Cidadania; e as únicas a obterem um curso de mestrado e doutorado: Universidade de Fortaleza – Programa em Direito Constitucional, e Instituição Toledo de Ensino - Sistema Constitucional de garantia de direitos.

Em uma primeira impressão, é possível descaracterizar o dado de existir aparentemente apenas sete instituições a terem um Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional, se considerarmos que elas existem em um universo de oitenta e oito instituições. No entanto, o dado que deve ser extraído da breve e simples pesquisa acima é o de que, além dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil estarem fazendo uma opção por especialização em matérias na formação de seus alunos, o direito constitucional é a matéria que apresenta o maior número de opções a tal especialização, vejamos: Ciências Criminais, apenas a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Direito Agrário e Ambiental, Universidade Federal de Goiás, Universidade Federal de Mato Grosso e Escola Superior Dom Helder Câmara/MG; Direito da Re-

⁸Dados disponíveis em: <http://conteudoweb.capes.gov.br/conteudoweb/oCursosServlet?acao=pesquisarLes&codigoArea=60100001&descricaoArea=&descricaoAreaConhecimento=DIREITO&descricaoAreaAvaliacao=DIREITO>. Acesso em 22.fev.2015.

gulação, apenas a Fundação Getúlio Vargas/RJ; Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo e Universidade Paranaense; e Direito Humanos, Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul e Universidade de Tiradentes/MG. Os demais programas de pós-graduação são em Direito/Ciências Jurídicas.

O aumento da possibilidade de estudo do direito constitucional enquanto categoria autônoma é superior ao de outras categorias, como as descritas acima. O que pode demonstrar um movimento voltado ao ensino e pesquisa do direito constitucional no Brasil a partir de elementos como a maior visibilidade pública da corte constitucional do país ao discutir questões políticas como jurídico-constitucionais e o interesse da academia pela investigação deste fenômeno. Tais movimentos podem causar diversas conseqüências, dentre as quais: (i) o aumento da discussão pública de questões políticas em matérias constitucionais, (ii) uma profusão maior de textos que representem estudos com interpretações, argumentações e criação de teses jurídico-constitucionais, (iii) além de proporcionar ao mercado de trabalho um número maior de profissionais habilitados e especializados em matérias constitucionais. E um movimento representativo desses três aspectos é o da incorporação da categoria “direito subjetivo” (comum ao direito civil) no estudo e aplicação do direito constitucional brasileiro, estabelecendo uma relação maior entre essas duas áreas do saber principalmente por eles processuais.

O movimento que preza pela incorporação do direito subjetivo no estudo do direito constitucional brasileiro, ganhando força no Brasil principalmente na década de 90 com a tese de livre docência de Luis Roberto Barroso, na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, chamada *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. A obra utiliza o direito subjetivo, enquanto possibilidade de invocar o ordenamento jurídico à tutela de um direito em específico, para demonstrar (i) a necessidade de reconhecimento de titularidade de direitos constitucionalmente previstos, (ii) a investida pelo titular do direito em determinada situação jurídica, e (iv) o nascimento de uma pretensão caso seu direito individual seja violado na situação jurídica indicada. Exemplo: a Constituição Federal garante o direito à saúde para todos os cidadãos brasileiros. Um portador do vírus HIV que não possui condições econômico-financeiras de suprir com os gastos necessários ao seu tratamento poderá recorrer ao Poder Judiciário para ter garantido o seu direito. Isto é, um direito constitucionalmente previsto garante ao seu titular uma pretensão perante particulares ou até mesmo ao Estado.

Esse movimento ampliou os debates acerca dos limites e possibilidades da Constituição Federal e o alcance do direito constitucional brasileiro, permitindo um discurso mais difundido sobre temas constitucionais a partir desta nova perspectiva. Enfim, todos os movimentos aqui indicados apontam não apenas o aprofundamento da matéria pelos programas

de pós-graduação no Brasil, mas também o da sua inclusão nos debates constantemente travados por profissionais do Direito nos tribunais, transformando-o em um discurso capaz de empoderar um argumento e lhe conceder vantagem competitiva no campo jurídico, o que será mais bem discutido no tópico seguinte.

O DISCURSO CONSTITUCIONAL UTILIZADO COMO VANTAGEM COMPARATIVA NA DISPUTA PELO CONHECIMENTO JURÍDICO

Dado o panorama proporcionado pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no país, outro aspecto é passível de breve análise: a profusão do direito constitucional a partir da disputa ocorrida no campo do Direito, entre acadêmicos e ocupantes das carreiras jurídicas tradicionais. Destacando-se que tanto a expansão dos programas de pós-graduação em Direito, quanto a mudança de papel político do STF em período semelhante e as disputas entre carreiras jurídicas tradicionais pelo conhecimento jurídico, contribuíram a uma busca por maior qualificação na área constitucional.

Isso porque, com o cenário criado, o discurso constitucional permitiria o empoderamento de um argumento político ou jurídico, capaz de se colocar hierarquicamente superior em relação aos demais. O fenômeno da constitucionalização do discurso político ou jurídico estimulou tanto os acadêmicos a aprofundarem estudos e pesquisas envolvendo o direito cons-

titucional quanto os juristas a procurarem um maior domínio da dogmática nos programas de pós-graduação em Direito, e até mesmo em cursinhos preparatórios para concursos públicos. O que contribuiu a uma desenfreada discussão e circulação de textos e temas constitucionais entre acadêmicos e juristas, que não atuam em parceria pela incompreensão do objetivo do outro ou por interesses distintos. Podemos citar como exemplo a investigação comum a professores/pesquisadores de/em direito constitucional e juristas de como os juízes decidem: enquanto professores e pesquisadores simulam prognósticos de decisões judiciais a fim de investigar como o tribunal funciona, juristas têm o interesse em saber como os julgadores decidem para adotar a tese mais adequada que lhe permita um julgamento favorável ao seu interesse. Assim, a disputa entre ambos pelo conhecimento jurídico representa também um meio de ampliação do debate constitucional, considerando se embasarem em teorias completamente distintas e aumentando consideravelmente as teses, teorias, interpretações e argumentações envolvendo o direito constitucional.

Há também a disputa entre os membros de um mesmo grupo. Professores e pesquisadores em Direito, por exemplo, disputam um método próprio à compreensão de fenômenos sociais, podendo ser notado pelos diálogos interdisciplinares que diversas correntes estabelecem. Diferentemente, os juristas se apropriam do domínio da dogmática aprendida para

incorporar ao seu trabalho prático (i) a utilização e criação de teses, e (ii) interpretações e argumentações jurídico-constitucionais capazes de manipular entendimentos e promover interesses particulares, como a disputa travada entre advogados e juízes, por exemplo. O campo jurídico desenhado aponta para uma disputa pelo conhecimento a partir do contraditório, capaz de confrontar teses e, por meio de técnicas de interpretação e argumentação, consolidar entendimentos sobre determinadas demandas ou fenômenos sociais.

Especificamente em relação às carreiras jurídicas tradicionais, a disputa pelo conhecimento jurídico travada entre elas (algumas inclusive transmitidas ao vivo pela TV Justiça), acirra essa disputa a partir principalmente da publicização do debate envolvendo questões políticas e jurídico-constitucionais. Além de tais questões, há também uma “luta cognitiva em torno do conteúdo do profissionalismo” (BONELLI, 2005: 110). Isto é, somando-se à disputa pelo conhecimento jurídico, há uma disputa pelo reconhecimento e credibilidade tanto da atuação profissional individualmente considerada quanto das profissões envolvidas nesta “luta cognitiva”.

E o papel de protagonismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal não é o de apenas centralizar as decisões em última instância sobre questões constitucionais, mas o de atuar como arena ao debate público travado por cada vez mais atores sociais - cidadãos, imprensa, poderes legislativo e executivo, acadêmicos,

representantes de carreiras jurídicas tradicionais, dentre outros (MCCAIN, 1994; SCHEINGOLD, 2004; e ROSENBERG, 2007). A arena de debates proporcionada pelo STF permite uma maior visibilidade pública da disputa pelo conhecimento aqui desenhada, onde os atores que ali atuam, buscam, dentre outros fatores, reconhecimento profissional e credibilidade das instituições que representam.

Esse processo demonstra para além das reflexões aqui apresentadas, diferentes caminhos perseguidos pelo direito constitucional brasileiro até assumir o protagonismo que alcançou no debate jurídico nacional. O que nos remete diretamente ao objeto deste texto: não seria o direito constitucional brasileiro construído também a partir da disputa existente no campo jurídico? Essa é a reflexão proposta no tópico seguinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: como foi construído o direito constitucional brasileiro?

Após os vinte e cinco anos alcançados pela Constituição Federal de 1988, incessantes debates surgiram acerca do seu impacto na sociedade brasileira. As mudanças causadas pelo novo sistema constitucional permitiram uma maior reflexão acerca do direito constitucional brasileiro, principalmente a partir de movimentos como o ativismo judicial (KOERNER e FREITAS, 2013), a judicialização da política (VERONESE, 2009; KOERNER, 2013; e BRANDÃO, 2013) e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal frente às

mudanças institucionais que lhe foram feitas (BRANDÃO, 2011), discutindo-se inclusive uma possível ampliação de suas competências por meio de suas próprias decisões. A proposta aqui desenvolvida foi a de incorporar novos movimentos ao debate acerca da produção do direito constitucional brasileiro, que pouco são discutidos entre autores de textos que envolvam matéria constitucional.

No primeiro tópico, foi feita uma reflexão a partir de uma pesquisa que mapeou os autores mais citados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos. Em breve análise apenas dos vinte autores mais citados foi possível perceber a existência de diferentes grupos de autores responsáveis por conduzir as discussões acerca do direito constitucional brasileiro, além de identificarmos uma aparente modernidade a respeito dos autores brasileiros ao tratar deste tema. O primeiro grupo identificado é caracterizado pela produção a partir de diplomas normativos, possuindo baixo aprofundamento no contexto histórico-político, talvez influenciado pelo autoritarismo vivido no Estado brasileiro à época. O segundo grupo de autores citados pelos ministros do STF são eles mesmos, e o terceiro é formado por juristas que costumam atuar perante a Corte Constitucional. Neste tópico, é possível identificar que os autores que se tornaram referências no direito constitucional brasileiro são aqueles que circulam na Corte Constitucional do país, quer seja orientando a atuação dos ministros, utili-

zando seus próprios textos como fundamentos à tomada de decisão ou desenvolvendo e sustentando teses, interpretações e argumentações capazes de influenciar o julgamento dos próprios ministros. Isto é, no cenário jurídico nacional, o STF representa também uma arena capaz de demonstrar a disputa entre “o que é dito” no direito constitucional brasileiro.

Outro movimento identificado refere-se à utilização de teorias estrangeiras sem a devida adequação à realidade social brasileira, influenciado dentre outros fatores pela disputa de teses e argumentos no campo jurídico, devido a aparente atribuição de *status* ao argumento que busca fundamentação em uma teoria estrangeira. Esse processo de fundamentação do argumento embasado em uma teoria estrangeira, utilizado inclusive como meio de empoderar um argumento tornando-o hierarquicamente superior a outros que lhes são confrontados, são representados tanto nas discussões acadêmicas que envolvam matérias constitucionais quanto entre juristas ocupantes das carreiras jurídicas tradicionais. Isto é, tanto nos tribunais quanto na academia o conflito e disputa pelo domínio do conhecimento jurídico são visíveis a partir (i) da utilização de autores que reputam ser clássicos - atribuindo autoridade ao argumento; (ii) e da incorporação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro - sofisticando e empoderando o argumento ou tese jurídica defendida.

As percepções acima demonstram a existência de um outro conflito: o direito

constitucional produzido pelos tribunais e aquele proveniente da academia. Por tais motivos, apresentamos nos tópicos seguintes um movimento acadêmico com a expansão dos programas de pós-graduações em direito constitucional e outro representativo da disputa existente entre acadêmicos e carreiras jurídicas tradicionais pelo domínio do conhecimento jurídico. E nos dois tópicos destinados à descrição desses movimentos, percebeu-se não apenas uma disputa entre professores/pesquisadores e os juristas, mas também no interior de cada um destes grupos, abrangendo tanto “o que é dito”, quanto “como é dito” o direito constitucional brasileiro (BOURDIEU, 1998).

O cenário desenhado contribuiu ao aumento do estudo do direito constitucional enquanto categoria autônoma no discurso jurídico, ampliando a produção e circulação de textos que envolvessem a matéria. A partir disso, é possível identificar um processo de constitucionalização do debate político e jurídico e a incorporação de matérias constitucionais tanto no trabalho prático dos juristas quanto em discussões públicas a respeito de temas de grande repercussão social. Tais fatores nos permitem a reflexão em relação a não consolidação de um sistema constitucional brasileiro e a sua constante produção por um trajeto que segue um fluxo que parece distanciar cada vez mais este direito constitucional da nossa realidade social, se aproximando e sendo apropriado pelo campo de disputas jurídicas.

BIBLIOGRAFIA:

ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. V. 1, Harvard: 1993.

_____. *We the people: Transformations*. V. 2, Harvard: 2000.

_____. *We the people: The civil rights revolution*. V. 3, Harvard: 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador/BA, ano 1, v. 1, n.º 6, set., 2001.

BODIN de MORAES, Maria Celina. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. *Direito, Estado e Sociedade*, Brasil, v. 1, p. 59-73, 1991.

_____. *A Constitucionalização do Direito Civil*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 17, n.17, p. 79-89, 1999.

BONELLI, Maria da Gloria. Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista. *Sociologias (UFRGS. Impresso)*, Porto Alegre, n.13, p. 110-135, 2005.

BOURDIEU, Pierre. As condições sociais da circulação internacional das ideias. In: *Atos de pesquisa em Ciências Sociais*, 2002. Tradução de Luiz Felipe Martins Candido.

_____. *O poder simbólico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Consti-*

tuição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

_____. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, p. 175-220, 2013.

GÓES, P. Aspectos administrativos da educação pós-graduada no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Rio de Janeiro, v. 58, n. 128, p. 224-231, mar./1972.

KANT DE LIMA, Roberto. Carnaval, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Lívia; DRUMONDO, José Augusto (Org.) *O Brasil não para principiantes*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ABCP, 7, 2010. Recife. Disponível em <http://www.uff.br/ineac/?q=o-desafio-de-realizar-pesquisa-empirica-no-direito>

KOERNER, Andrei. A análise política do Direito, do Judiciário e da doutrina jurídica. In: *Constituição e política na Democracia: aproximações entre Direito e ciência política* / Daniel Wei Liang Wang, organizador. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

KOERNER, Andrei ; FREITAS, L. B. . Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP* (Impresso), v. 96, p. 69-86, 2013.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>.

LYNCH; SOUZA NETO, C. P.; PONTES FILHO, V.; BARROSO, L. R.; COMPARATO, F. K.; BONAVIDES, P.; SILVA, J. A.. *As Constituições Brasileiras: notícia, história e análise crítica*. 1ª ed. Brasília: OAB Editora, 2008. v. 1.

LYNCH, Christian Edward Cyryl. *Por que pensamento e não teoria?: a imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970)*. Dados (Rio de Janeiro. Impresso), v. 56, p. 727-767, 2013.

MCCANN, Michael. *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1994.

OLIVEIRA, F. B., *Pós-graduação: mercado e trabalho*. Campinas: Papirus, 1995.

ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change*. 2 ed. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2007.

SANTIAGO, Marcus Firmino. *Marbury VS. Maddison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade*. Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica* Rio de Janeiro: vol. 7, no.2, maio-agosto, 2015, p. 277-297.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. STF e Mutação Constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; SILVA, Gabriel Borges da. Para que copiar se podemos pesquisar? Uma breve análise acerca da importação de teorias e modelos constitucionais ao Direito brasileiro sem a análise prévia de sua realidade social. In: CONPEDI/UNICURITIBA. (Org.). Sociologia, antropologia e Culturas Jurídicas. 1ªed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 8-28.

SANTOS, Cássio Miranda dos. Os primeiros passos da pós-graduação no Brasil: a questão da dependência. Ensaio: aval. pol. pub. Educ., Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, p. 479-492, out.-dez./2002.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, Ande Luis Fernandes et al. As novas faces do ativismo judicial: Salvador: Juspoddivm, 2011.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Harvard University Press: Cambridge, 2009.

SCHEINGOLD, Stuart A. The politics of rights: lawyers, public policy, and political change. 2 ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004.

SILVA, Gabriel Borges da. Entre precariedades e os “direitos” que delas advêm: uma etnografia do Mercado Popular da Uruguaiana. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Univer-

sidade Federal Fluminense, Niterói: 2014.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 13, 2003.

_____. A Constitucionalização do novo Código Civil. Revista trimestral de Direito Civil, v. 15, 2003.

VERONESE, A. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa), v. 3, p. 215-265, 2009.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. O Idealismo da Constituição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1927.

FONTES:

<http://conteudoweb.capes.gov.br/conteudoweb/ProjetoRelacaoCursos-Servlet?acao=pesquisarLes&codigoArea=60100001&descricaoArea=&descricaoAreaConhecimento=DIREITO&descricaoAreaAvaliacao=DIREITO>. Acesso em 22.fev.2015.

Carlos Victor Nascimento dos Santos

Professor Substituto da Universidade de Brasília. Doutorando em Teoria do Estado e Direito da Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PPGD/PUC.

Gabriel Borges da Silva

Professor na Faculdade de Direito de Valença - FAA. Doutorando em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense - PPGSD/UFF.

SOBRE LEGITIMIDADE, PRODUTIVIDADE E IMPREVISIBILIDADE: Seletividade policial e a reprodução da ordem social no plano de uma certa “política do cotidiano”¹

Elizabeth Ribeiro Albernaz

Doutoranda pelo PPGA/UFF.

E-mail: betealbernaz@gmail.com

RESUMO

O presente artigo analisa a categoria “faro policial” como uma “política do cotidiano”, sua construção, operação e os modos complexos pelos quais ela pode exercer influência sobre a distribuição, manutenção ou transferência do poder. No Brasil, a ideia de “Estado” suscita um imaginário político tutelar e autoritário. A despeito de seu caráter desencarnado das práticas sociais, é com base nas ideias de “ordem” e “interesse público” que o “Estado” e seus operadores buscam legitimar as suas ações, construindo o fundamento retórico de sua autoridade. O cotidiano dos processos concretos de tomada de decisão operam segundo outras moralidades. A análise da categoria nativa “faro policial” é central para conhecermos as motivações alegadas por policiais militares do Rio de Janeiro, no exercício do policiamento ostensivo. O desenvolvimento de um “faro” apurado é a forma como esses policiais decidem materializar suas suspeições em um determinado percurso de ação.

Palavras-chave: Segurança Pública; Polícia; Polícia Militar; Seletividade

ABSTRACT

This article analyzes the category “policeman nose” as an “everyday policy”, its construction, operation and the complex ways in which it can exert influence on the distribution, maintenance and transfer of power. In Brazil, the idea of “State” raises a tutelary and authoritarian political imagery. Despite his disembodied character of social practices, it is based on the ideas of “order” and “public interest” that the “State” and its operators seek to legitimate their actions, building the rhetorical foundation of his authority. The daily life of concrete decision-making processes operate according to other moralities. The analysis of the native category “policeman nose” is central to the reasons alleged by military police of Rio de Janeiro, in the exercise of the ostensive policing. The development of a “faro” calculated is the way these cops decide to materialize their suspicions on a particular course of action.

Key-words: Public Security; Military Police; Selectivity

¹O presente exercício baseia-se nos dados coletados até o momento a partir de trabalho de campo realizado na Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ), no âmbito de minha pesquisa de doutoramento, realizada no Programa de Antropologia da Universidade Federal Fluminense (PPGA/UFF). Foram realizadas entrevistas com praças (soldados, cabos, sargentos e subtenentes) e oficiais (tenentes, capitães, majores, tenentes-coronéis e coronéis) selecionados a partir de seu envolvimento com ocorrências de caráter criminal (tratados por mim como casos, no sentido que Max Gluckman e a chamada Escola de Manchester atribuem ao termo), situações em que a PMERJ busca, como parâmetro de produtividade e avaliação do trabalho policial, a apreensão de armas e drogas e a prisão de pessoas. Mas não só isso. A pesquisa conta também com o registro, em caderno de campo, de diversas conversas informais e observações in loco realizadas ao longo do ano de 2015, mas também se serve do acúmulo de repertório que me foi facultado pelos quase 15 anos de trabalho direto com a polícia – em especial, a Polícia Militar –, seja da perspectiva da gestão pública (Secretaria de Segurança de São Paulo e Secretaria de Segurança do Rio de Janeiro), em organizações da sociedade civil organizada (Viva Rio e Sou da Paz) e no meio acadêmico, por intermédio de minhas pesquisas de mestrado e doutorado, bem como dos diversos artigos escritos sobre o tema.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se pretende um investimento no processo de construção teórica do meu objeto de pesquisa de doutoramento no que se refere à caracterização dos princípios operativos da suspeição e seletividade da ação policial, subsumidas, seguindo o argumento que pretendo desenvolver, na categoria nativa “faro policial”. Meu objetivo aqui, entretanto, é avançar um pouco mais em um campo ainda inexplorado na construção do meu argumento, de uma pragmática social da seletividade, ou seja, do “faro policial” como uma espécie de “política do cotidiano” destinada, portanto, a exercer influência sobre a *distribuição, manutenção ou transferência do poder* em uma determinada *associação política* (WEBER, 2004).

Para desenvolver este argumento a partir do material empírico coletado, iniciarei o artigo definindo o que meus interlocutores na Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ) caracterizam como “faro policial” e sua relevância para o campo de estudos das instituições de justiça e segurança pública. Na sessão seguinte, apoiada em uma discussão de inspiração *weberiana*, sobre o chamado *problema da legitimidade*, buscarei explorar a categoria “faro policial” como uma espécie de mapeamento mental dos *riscos do agir*: sejam os riscos reais oferecidos à integridade física dos agentes, sejam os riscos morais de *lógicas de culpabilização errá-*

ticas de um *controle reativo e ineficaz* (MUNIZ, 2007; LIMA, 2013) e de um ambiente organizacional marcado pela imprevisibilidade, altamente suscetível às hierarquias sociais implícitas de uma *sociedade relacional* (DAMATTA, 1979). Ser proativo, nesse sentido, para a *situação de trabalho da polícia* – entre um controle punitivo imprevisível e um ambiente social que clama pelo reconhecimento de hierarquias implícitas – é entendido aqui como um risco.

Para burlar esses riscos, os policiais militares, no exercício de sua atividade finalística (policimento ostensivo), usam seu “faro” para atender padrões de “produtividade policial” (apreensão de armas, drogas e prisão de pessoas), buscando adotar, entretanto, percursos decisórios tidos como “menos problemáticos” para suas ações, ou seja, menos expostos aos riscos situados entre a “produtividade”, a “imprevisibilidade” e as “hierarquias sociais”. Ao fazerem isso, partindo de um entendimento do lugar estratégico da polícia – em especial, da Polícia Militar – na organização do Estado e no enraizamento de seus princípios operativos (MUNIZ, 1999, 2006), a ação policial corre o risco de atuar como instância legitimadora de hierarquias implícitas, reproduzindo as desigualdades e assimetrias de poder da sociedade.

Ao caracterizar meu interesse de pesquisa nestes termos, busco me distanciar de certa tendência dos estudos

antropológicos em restringir suas formulações aos níveis micro-sociológicos de análise, como se o recorte “micro” fosse uma espécie de decorrência inevitável do método próprio da disciplina, a etnografia. Segundo Abner Cohen, muito embora as técnicas antropológicas sejam de natureza micro-sociológica, suas formulações podem ascender a um plano “macro” de análise ao desvelar a dinâmica de diversos tipos de arranjos políticos e relações informais que operam no cotidiano da organização do Estado. Esses arranjos políticos informais e suas formas simbólicas, segundo o autor, compõem o tecido social sobre o qual as estruturas formais de governo de todas as sociedades são produzidas (COHEN, 1979).

Esses universos simbólicos micro-sociológicos e suas disputas, entretanto, segundo o argumento de Phillip Abrams, seriam obscurecidos pela sustentação de um argumento de legitimidade baseado na ideia de *interesse comum* (ABRAMS, 1988). É nesse sentido que o presente artigo se propõe tomar o *cotidiano* e as *práticas de sentidos* dos atores (DAS, 1995, 2007), as moralidades e reciprocidades do dia-a-dia, do que chamo aqui “política do cotidiano”, como ponto estratégico para compreendermos os sentidos em que se opera a reprodução de uma determinada ordem social. Para isso, nas páginas que seguem, com base na discussão de Phillip Abrams,

me proponho dialogar com meu material empírico a partir do que Max Weber chama de o *problema da legitimidade*, ou seja, da necessidade de *justificação do poder*. Ao refletir sobre a forma como a polícia justifica sua seletividade, espero iluminar os modos complexos pela qual uma determinada relacionalidade pode operar no sentido de perpetuar o que Weber chama *situação de dominação*.

Nesse sentido, entre seu argumento explícito de justificação (o *interesse público*) e seus objetivos implícitos de perpetuação, gostaria de pensar o poder em sua política do dia-a-dia, onde a policial desempenha um papel fundamental sobre as condições de possibilidade, seja do enraizamento de valores democráticos na sociedade, seja de reprodução de suas assimetrias, estigmas e desigualdades.

O “FARO POLICIAL” COMO “POLÍTICA DO COTIDIANO”

A título de definição preliminar, o “faro policial”, enquanto explicação nativa, pode ser caracterizado como uma sensibilidade diferenciada para “aquilo que está fora do lugar”, mescla de intuição e experiência acumulada, um saber-fazer construído a serviço da suspeição, da antecipação de condutas, da produção de controle, proteção e vigilância. Trata-se de um atributo valorado como positivo, reivindicado legitimamente apenas por aqueles policiais que trabalham na “rua”, vulgo pelo

qual estes se referem às atividades de patrulhamento e operações realizadas fora dos quartéis e setores administrativos da Polícia Militar. Nas “ruas”, um olhar, um movimento mais exasperado, um carro parado em um local inóspito, todos os elementos que compõem os cenários de intervenção da polícia podem operar como sinais que indicam os rendimentos e perigos potenciais de cada situação. Para informar este olhar e construir seus repertórios, os policiais mobilizam valores oriundos de múltiplos *contextos de significação* (BENSA, 1998) – uns mais distantes e abrangentes, como as referências de sua origem social ou mesmo de filiação religiosa (ALBERNAZ, 2009; 2010), outros mais especializados e circunscritos, como o *saber policial de rua* (DA SILVA & MUNIZ, 2010) – para construir o que Erving Goffman chama de uma *expectativa generalizante de normalidade*¹ sobre a qual operam sua *seletividade*², entre

¹ Segundo Erving Goffman, pode-se afirmar que, baseados em seu repertório acumulado de experiências, os policiais tendem a apreender inconsistências aparentes entre cenários, maneiras e aparências, subordinadas a uma expectativa generalizante de normalidade (GOFFMAN, 2002), como indícios para a caracterização de uma determinada situação como algo que mereça a atenção da polícia.

² A ideia de seletividade aqui não se confunde perfeitamente com uma discussão crítica do direito e da criminologia sobre a seletividade penal, muito embora a criminalização preferencial de certos grupos e indivíduos seja uma das consequências potencialmente nefastas do fenômeno da seletividade como nos dispomos a pensá-lo. O que me proponho conhecer, entretanto, a partir de minha pesquisa de doutoramento, são as motivações alegadas pelos policiais militares, no exercício de sua atividade finalística (policiamento ostensivo), na definição do que é (ou não) “assunto de polícia” e as maneiras pelas quais, com base

aquilo que destoa e o que corrobora essa espécie de mapa mental.

Recentemente, contaram-me dois casos que me pareceram bastante ilustrativos para a caracterização do meu interesse de pesquisa. Certa vez um conhecido – um oficial da PM, na verdade, entusiasmado com meu tema – contou-me sobre um subtenente já aposentado do 16º Batalhão de Polícia Militar (16º BPM), dotado de uma competência admirável para achar “armas e drogas” em operações policiais. “O subtenente ‘fulano’ – me contava ele – chegava na favela e levava a gente direto na ‘boa’, ele já sabia onde encontrar as coisas, conhecia bem a comunidade. E o interessante é que ele olhava umas coisas que eu achava nada a ver, via, sei lá, uma pedra, uma terra meio mexida, uma bananeira do lado, ele falava ‘tenente, cava ali que tá lá’, e você cavava e estava lá. Nós fazíamos muitas apreensões quando ele estava na operação”, concluiu. Segundo ele que, como mencionei, é oficial da PM, “esse *felling* é uma coisa de ‘rua’, coisa de praça... e coisa de oficial que sabe trabalhar a ‘rua’, que trabalha bem com as suas praças e é respeitado por elas”, asseverou, arrematando sua história.

Especificamente nesse relato, registrado a partir de uma conversa informal, se destaca a dimensão do “faro” como um processo de reconhecimento,

nessa acepção, estes decidem materializar suas suspeições (seu “faro”) em um determinado percurso de ação.

um repertório construído a partir de uma experiência acumulada. Segundo meu colega, esse “antigão”³, experimentado na dinâmica da “rua”, conhecia bem o tipo de pessoas que circulava no local, seus hábitos, sua aparência; conhecia as artimanhas da “vagabundagem”, seus caminhos, atalhos, rotas de fuga, esconderijos. Seu grande mérito era “conhecer a área” e saber, portanto, interpretar os “sinais” de que algo estranho – porém uma espécie de “estranho familiar”, conhecido – se insinuava por sob a aparência de normalidade daquele cenário. Seu “faro”, nesse caso, estava a serviço da “produtividade policial” (apreensão de armas, drogas e prisão de pessoas) e dos rendimentos advindos de seu desempenho (reputação, remuneração etc.), para ele e para a sua equipe.

Outras histórias, entretanto, apelam com mais força para o “faro” como uma espécie de atributo extrassensorial, uma vocação. Num outro relato, coletado durante uma entrevista, um subtenente me disse que, para ele, o “faro” funcionava como um “sexto sentido”. “Parece que essas ocorrências me procuram”, dizia, e por conta disso tinha fama de ter “boa estrela” (sorte). Entretanto, muito cuidadoso, o subtenente afirmava não

gostar da reputação, menos ainda da visibilidade que ela tende a trazer, pra “dentro”, entre seus pares e superiores; e para “fora”, com o efeito de exposição pública de sua “identidade policial”. “Desde então – falando das consequências negativas de se envolver nessas “ocorrências de vulto” – ficam rondando a minha casa, tenho que tomar o dobro de precaução agora”. Nesse dia, ele me contou também que, certa vez, quando trafegava com sua moto pela Avenida Brasil, viu uma espécie de luz misteriosa que direcionou sua atenção para um veículo que passava. Guiado por essa luz, o subtenente reconheceu algo de estranho na disposição dos ocupantes do carro. Segundo ele, havia um senhor dirigindo e “dois moleques”, um no carona e outro no banco de trás, que o acompanhavam. Intuindo algo de errado, emparelhou sua moto com o veículo e o senhor que dirigia lançou-lhe um “olhar de desespero”, aproveitando a situação para pedir ajuda. Era uma ocorrência de “sequestro relâmpago”. “Se não fosse aquela luz – me dizia ele – aquele homem estaria morto”. Por fim conclui, “tem isso também, tem pessoas que já vem com essa vocação”.

Antes de desenvolver plenamente meu argumento, entretanto, gostaria de explicitar alguns princípios ético-metodológicos que, logo de partida, devem nortear a leitura de meus interesses de pesquisa. Minha primeira inclinação seria evitar o que chamo “efeito tribo”,

³No jargão, dizer que um policial é “antigão” equivale a dizer que ele (é “ele” mesmo, mulheres dificilmente são associadas a essa categoria) é experiente. É mais comum, entretanto, que os policiais militares refiram-se dessa forma às praças, da graduação de 3º sargento pra cima (2º sargento, 1º sargento e subtenente) e com experiência operacional, ou seja, “de rua”.

uma tendência reminescente de certo relato antropológico em exotizar seus interlocutores⁴. O que chamamos aqui de “faro” não me parece um tipo de fenômeno restrito à atividade policial, mas algo que opera, enquanto relação social, bem próximo do que Erving Goffman, já no primeiro parágrafo de “As representações do eu na vida cotidiana”, nos apresenta como *definição da situação*. Nas palavras do autor.

“Quando um indivíduo chega à presença de outros, estes, geralmente, procuram obter informação a seu respeito ou trazem a baila o que já possuem. Estarão interessados na sua situação socioeconômica geral, no que pensa de si mesmo, na atitude a respeito deles, capacidade, confiança que merece etc. Embora algumas destas informações pareçam ser procuradas quase como um fim em si mesmas, há comumente razões bem práticas para obtê-las. A informação a respeito do indivíduo serve para definir a situação, tornando os outros capazes de conhecer antecipadamente o que ele esperará deles e o que dele podem esperar. Assim in-

formados, saberão qual a melhor maneira de agir para dele obter uma resposta desejada” (GOFFMAN, 2002:11)⁵

Meu argumento aqui é que, em algum nível, o que meus interlocutores chamam de “faro” pode ser entendido como uma espécie de imperativo de antecipação e previsibilidade das relações sociais, potenciado pela necessidade de produzir controle e vigilância sobre uma determinada população. Refleti sobre isso recentemente, numa das primeiras vezes que fui almoçar no “Bandejão”⁶ da Universidade Federal Fluminense.

Entrei na fila com meu *ticket*, como os demais alunos e alunas, mas, quando cheguei à entrada do salão, um senhor, com uniforme de funcionário da cozinha, me parou e pediu minha carteirinha de estudante. Tentando descontraír

⁵É interessante perceber como a caracterização de Erving Goffman acerca da dinâmica de definição da situação se aproxima bastante da explicação da tiragem dada por Kant de Lima em a “Polícia da cidade do Rio de Janeiro”. “A análise da descrição do delegado de ‘tirar’ indivíduos mostra que essa prática constitui basicamente um processo de enquadrar uma pessoa de acordo com seu status social e econômico. Deste ponto de vista, a polícia, inicialmente, não se preocupa com os fatos em jogo numa ocorrência, mas com a identificação do contexto sociocultural que os cerca. A primeira identificação, como acentua o delegado, é fundamental para orientar as práticas policiais e a maneira pela qual a lei será cumprida – ou não” (LIMA, 1995:54).

⁶O que os alunos e alunas da Universidade Federal Fluminense chamam, carinhosamente, de “Bandejão”, na verdade, é o serviço de alimentação fornecido aos estudantes, funcionários e professores a preços acessíveis como parte da política de assistência social de várias das universidades públicas brasileiras.

⁴A qual sempre me remete a genialidade de Horace Miner, com os seus Sonacirema, em sua crítica a essa tendência exotizante do relato antropológico (MINER, 1956).

– a situação era claramente desconfortável, para mim e para ele –, brinquei “nossa moço, tenho cara de velha assim?”. O efeito da tentativa de aliviar o ambiente foi totalmente contrário. Vi que o homem ficou ainda mais constrangido e balbuciou um “não, não, o que é isso...” meio entre os dentes. Segui para o meu almoço, mas fiquei intrigada para perguntar o que teria chamado à atenção dele. No meu entendimento – pela minha roupa, meu corte de cabelo “moderninho”, pela minha atitude de “estudante universitária” – eu era só “mais uma na multidão”. Depois do almoço fui procurar o homem na entrada do “Bandeirão”. Ele parecia sequer lembrar-se de mim, mas lembrava da situação. Expliquei a ele que tinha ficado curiosa sobre os indícios que o teriam levado a pedir minha carteira. Reforcei que se tratava de uma pesquisa e que não tinha nenhum reparo a fazer à sua conduta. Ele disse, em linhas gerais, “me botaram hoje aqui para fazer esse serviço, tive a impressão de que você não era uma ‘cara conhecida’ e que estava um pouco atrapalhada com a roleta na entrada, por isso achei que você poderia não ser da universidade”. Na hora pensei, é isso! Há de se ter um critério para selecionar os alvos do controle! E esse critério, nesse caso, foi encontrado a partir da atenção do funcionário aos comportamentos e situações que contradiziam seu mapa mental das pessoas e atitudes esperadas, construído por ele

com base em sua vivência do dia a dia daquela situação de trabalho.

Ao que me parece, apesar da diferença de repertórios que informam seus mapas mentais, um policial militar e um funcionário da cozinha do “Bandeirão” podem ter mais em comum do que imaginamos quando colocados frente ao imperativo de produzir controle e vigilância. O que os diferencia, entretanto – além do fato do policial ser um profissional do controle social –, é a pragmática de efeitos desencadeados pela materialização de seus padrões de suspeição (seu “faro”) em um determinado curso de ações, uma vez em contato com as peculiaridades do que Howard Becker chama de *situação de trabalho da polícia* (BECKER, 2009), suas diretrizes institucionais, parâmetros de avaliação, meios de controle interno etc.

No caso da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ), a junção entre *imprevisibilidade* – produzida por uma baixa sistematização de procedimentos, uma circulação restrita e fragmentária das informações instrucionais⁷, das lacunas nos processos formativos e da imprevisibilidade nos processos de controle – e *produtividade* – seja pelos padrões da chamada “produtividade policial” (apreensão de armas, drogas e prisão de pessoas) ou

⁷Os procedimentos ou orientações que chegam a ser definidos são distribuídos de modo fragmentário, por meio de Notas de Instrução e outros instrumentos análogos, publicados no boletim interno da corporação (BOPM).

por meio das premiações atribuídas pelo chamado “Sistema Integrado de Metas”⁸ – podem ser entendidas como elementos centrais para a caracterização da *situação de trabalho* dos policiais militares. Nesse contexto, o que meus interlocutores policiais chamam “faro” pode ser compreendido também como uma espécie de estratégia a serviço da proteção dos agentes frente aos *riscos do agir*, tanto no que se refere aos riscos concretos que se impõem a sua integridade física e de terceiros, quanto (e talvez, principalmente) à imprevisibilidade das *lógicas de culpabilização* (LIMA, 2013) da PMERJ, ampliando sua capacidade de predição dos desdobramentos de suas intervenções, para dentro (entre seus pares, seu comando etc.) e para fora (opinião pública etc.).

A alquimia institucional que se desdobra dessa junção entre *imprevisibilidade* e *produtividade*, ao que parece, tende a fazer com que os agentes – uma vez dedicados a atender os parâmetros de “produtividade policial” da instituição – adotem uma postura entendida

⁸Segundo o sítio da Secretaria de Estado de Segurança (SESEG). “O Sistema de Metas e Acompanhamento de Resultados – SIM é um modelo de gestão por desempenho, desenvolvido pela Secretaria de Estado de Segurança (Seseg), por meio da Subsecretaria de Planejamento e Integração Operacional (SSPIO). Tem por objetivo desencadear ações integradas de prevenção e controle qualificado do crime, nas suas respectivas regiões, por meio do estabelecimento de metas para a redução da incidência dos Indicadores Estratégicos de Criminalidade. O sistema permite uma otimização dos recursos disponíveis, o uso compartilhado de informações e o desenvolvimento de estratégias de integração e cooperação regionais”. [http://www.rj.gov.br/web/seseg/exibeconteudo?article-id=1444227, em 01/02/2016].

como de “baixo risco”, decidindo abordar pessoas e situações que, acreditam os policiais, lhe trarão rendimentos livres de “problemas” futuros.

“Na verdade, assim, o que acontece... essa coisa da ‘carreira’ pra você combater isso você precisa dar um suporte muito grande pro policial, ele precisa estar certo que não vai sofrer represália se fizer o certo, se ele fizer a coisa certa, que é continuar com a ocorrência, que é realizar a abordagem, que é abordar, fazer a busca pessoal independente de quem seja, juiz, delegado, médico... então ele precisa desse suporte, precisa se sentir seguro né? (...). É um carro chique com uma pessoa que, aparentemente, é dessa classe social, o dono do carro, o proprietário do carro, o policial fica com o pé atrás; se ele perceber que seria motorista particular ele pode ‘Então vou abordar sim porque não é o dono, não é a pessoa que detém influência’”.

Praça da PMERJ

A partir daqui – pelo menos essa é a minha expectativa – já é possível visualizar a viabilidade da ideia do “faro” como operador de uma “política do cotidiano”, *política* esta tomada no

sentido *weberiano*, como um meio de exercer influência sobre a *distribuição, manutenção ou transferência do poder* em uma determinada *associação política* (WEBER, 2004). No ponto de contato entre as *práticas de sentido* dos sujeitos, as características de sua *situação de trabalho* e as demandas por *reconhecimento das hierarquias* da sociedade brasileira o “faro” opera como um farol em mares turbulentos e noites escuras. Ele sinaliza para esses *políticos de esquina* (MUIR, 1977), mediadores microscópicos das relações de poder dentro da sociedade, os caminhos menos perigosos para aqueles policiais que aderem aos parâmetros de produtividade e seus possíveis rendimentos (financeiros, relacionais etc.). Entretanto, ao produzir de forma “segura” – no ponto de contato entre indivíduo, institucionalidade e ordem social – flerta-se sempre com o risco de ver-se como agente de afirmação das desigualdades e assimetrias de poder da sociedade.

A ILUSÃO DO INTERESSE PÚBLICO E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

A ideia de “Estado” no Brasil suscita, principalmente, um imaginário político tutelar e autoritário, em que o *hall* de instituições públicas e figuras de poder identificadas com o funcionamento do aparato estatal são responsáveis por operar, no seio da sociedade, concepções distantes e abstratas

de “ordem” e “interesse público”. Isso por que, naquilo que podemos caracterizar como nossa “tradição política”, essas concepções – “ordem” e “interesse público” – não são percebidas como decorrentes da capacidade de organização da sociedade civil em torno da pactuação dos valores que lhe são caros, como nos países de *Common Law* (MARRYMAN, 1969; GARAPON & PAPADOUPOLOS, 2008), mas de uma espécie de “vontade soberana”, uma “consciência superior”, situada para além das paixões individuais egoístas e desagregadoras, a quem outorgamos o dever e o direito de dizer o que é “bom, belo e verdadeiro”⁹ para a condução da vida dos membros do “pacto social” brasileiro. A despeito de seu caráter etéreo, desencarnado das práticas sociais, é com base nessas mesmas ideias de “ordem” e “interesse público” que o “Estado” e seus operadores delegados do *monopólio da violência* (WEBER, 2004) buscam legitimar as suas ações (ou inação), construindo o fundamento retórico de sua autoridade.

Para Weber, a relação entre agentes do *monopólio da violência do Estado* e membros das *associações políticas* é uma relação caracterizada pela *dominação*. Na concepção *weberiana*, a *dominação* é um *caso especial do poder* e, para que

⁹A expressão faz referência a obra do filósofo francês Victor Cousin, publicada em 1854, “Du Vrai, du Beau et du Bien”, tríade que, segundo o autor, resumiria as grandes preocupações filosóficas desde Platão.

produza seus efeitos de *obediência*, deve se processar *como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações* (WEBER, 2004:191), encontrando legitimidade sob o argumento da *tradição/costume*, da *lei/burocracia* ou do *carisma*. Weber chama essa espécie de necessidade lógica de sua *sociologia da dominação de problema da legitimidade* (WEBER, 2004: 197). A estabilidade e a continuidade da *situação de dominação*, do poder de produzir obediência consentida, dependem, portanto, da legitimidade de seu *argumento de autojustificação*, ou seja, do reconhecimento, pelos próprios *súditos*, da propriedade e validade da *dominação* perpetrada contra eles por seus dominadores¹⁰.

Toda dominação manifesta-se e funciona como administração e toda administração precisa, de alguma forma, da dominação para sua perpetuação. Em Weber, existe ainda uma tensão entre os objetivos manifestos do *argumento de justificação do poder* e seus objetivos ocultos, que visam à reprodução dos termos em que se constitui uma determinada *situação de dominação* sobre a qual o funcionamento da *administração* encontra sua sustentação material

¹⁰Para Clifford Geertz, em sua leitura do conceito weberiano de carisma, a perpetuação da proximidade de certos indivíduos e grupos sociais com o que o autor chama de centros ativos da ordem social, deve envolver uma compreensão profunda do caráter simbólico da dominação, construída no manejo adequado de seus sinais rituais.

e ideológica¹¹ (WEBER, 2004:193). Para Philip Abrams, o “Estado”, enquanto forma de *sujeição politicamente organizada* (*politically organized subjection*), também encontra sua sustentação sob uma espécie de intencionalidade velada, escamoteada sob o véu ideológico da ideia de *interesse comum* (*common interest*), como uma suposta compreensão desinteressada do que é melhor para a vida das pessoas em sociedade, situada acima das acepções de classe, raça, religião, gênero etc. Mais do que o “Estado” em si, enquanto materialidade objetiva, a *ideia de Estado*¹², ou seja, o imaginário que associa o aparato estatal a ideia de *interesse comum*, é que é a responsável por produzir os efeitos de justificação que legitimam as ações daquilo que, nos termos *weberianos*, chamamos *meios de coerção* (polícia, forças armadas, prisões, agências fiscais etc.). Nas palavras de Abrams,

“Armies and prisons, the Special Patrol and the deportation orders as well as the whole process of fis-

¹¹Weber, por exemplo, chama isso de dominação secreta, indicando que os dominadores guardam segredo de suas intenções. No caso específico da administração diretamente democrática, o fundamento de argumento de autojustificação do poder encontra sua legitimidade manifesta sob o resguardo da ideia de que os funcionários servem aos dominados, são, portanto, servidores públicos (WEBER, 2004: 193;196).

¹²E não o “Estado em si”, como existência fatural. Para o autor, pressupor a existência do “Estado” enquanto unidade de material e de pensamento constituiria um dos principais obstáculos para o seu estudo (ABRAMS, 1988).

cal exaction – which bell shrewdly sees as ‘the skeleton of the state stripped of all misleading ideologies’ – are all forceful enough. But it is *their association with the idea of the state and the invocation of that idea that silences protest, excuses force and convinces almost all of us that the fate of the victims is just and necessary*” (ABRAMS, 1988:77, grifo nosso).

A associação à ideia de *interesse comum* legitima a aplicação dos *meios coercivos*, em tese, contra aqueles que ferem os princípios da boa vida em sociedade e cujas motivações individuais, desagregadoras e egoístas, devem perder frente ao que se define como o “melhor interesse da maioria”. Dito isso, pelas referências até o momento trazidas ao presente exercício, podemos depreender algumas premissas importantes para a contextualização das contribuições teóricas e empíricas de uma pesquisa sobre o que chamamos aqui de “faro policial”. A primeira é que existe um fundamento explícito e outro velado da *ideia de Estado*. “À luz do dia”¹³, o *argumento de autojustificação* (WE-

BER, 2004) do exercício do poder estatal se fundamenta na ideia de *interesse comum* enquanto um tipo de “interesse acima dos interesses” (ABRAMS, 1988). Entretanto, no plano das práticas sociais, pode-se dizer que os atores que compõem as *instituições políticas e governamentais de controle* – o que Abrams chama, tomando emprestado um conceito de Ralph Miliband¹⁴, de *state-system* – operam, não de forma politicamente emancipada, mas imersos nas moralidades que informam o cotidiano da pessoa comum, participando do mesmo universo de valores básicos que os identifica com a *associação política* que lhes autoriza o poder¹⁵. No caso do Brasil, a literatura sobre o chamado “Dilema Brasileiro” pode contribuir bastante na definição de um importante *traço cultural* presente nas moralidades cotidianas do “cidadão comum”.

A despeito da inspiração formalmente igualitária de nosso ordenamento político (seu fundamento explícito), pulsa forte no peito do brasileiro um *coração cultural* hierárquico, nos termos de Roberto DaMatta, herança de nossa tradição patrimonialista tão amplamente retratada

¹⁴R. Miliband, *The State in Capitalist Society*. Weidenfeld and Nicolson, London, 1969, p.49

¹⁵Para aqueles pesquisadores que estudam as organizações policiais ouvir de seus interlocutores a frase “os policiais não são de marte”. Normalmente formulada em tom de justificativa, essa frase sempre me soou como uma espécie de reivindicação pelo reconhecimento da impossibilidade de se exercer uma autoridade neutra, apartada do universo de valores que informa o cotidiano do “cidadão comum”.

¹³A expressão faz referência à frase “A luz do sol é o melhor desinfetante”, comumente citada nas discussões sobre transparência e accountability, atribuída a Louis Brandeis, Juiz da Corte Suprema dos EUA em 1914.

pelos autores do chamado *pensamento social brasileiro*¹⁶. Essa espécie de verve hierárquica coloca as relações pessoais (ou pessoalizadas) no centro daquilo que o autor chama *cidadania relacional*, hierarquias sociais produzidas ritualmente nos contatos cotidianos entre a população e os meios de força do Estado. Nesse contexto, espera-se que cada pessoa tenha ciência do “lugar” que lhe é facultado por sua rede de relações e, por sua vez, que o Estado, na aplicação de seu *monopólio da violência*, saiba reconhecer essa ordem tácita de coisas (DAMATTA, 1979).

No caso da polícia – e aqui, especificamente, da Polícia Militar – isso implica o desenvolvimento de uma sensibilidade diferencial para que, no dia a dia do exercício de seu ofício, os agentes saibam identificar os rendimentos de suas ações (metas de produtividade, reputação etc.) esquivando-se dos perigos da *culpabilização* colocados pelo não reconhecimento daquelas hierarquias sociais (LIMA, 1994, 1997, 2003). Aqui, retomando a discussão de Abrams (1988), é a *hierarquia* que se escamoteia por sob o argumento igualitário manifesto de justificação da coerção, baseado em uma concepção

desencarnada, idealmente democrática, de *interesse comum*. Essa espécie de traço envergonhado de nossa cultura política e a ordem de coisas a ele associada, como busquei argumentar, são reproduzidos no âmbito de uma “política do cotidiano”¹⁷, nos sentidos, nas estratégias e micro-decisões concretas dos agentes de controle do Estado – em especial, da polícia.

CONCLUSÃO

Nesse sentido, pode se dizer que pretender emancipar o exercício do poder da política é, não só uma falácia, mas uma falácia perigosa, pois tende a obscurecer os mecanismos de reprodução de uma determinada ordem de coisas – a que Weber chama *situação de dominação* (WEBER, 2004).

Como vimos, há uma expectativa bastante generalizada de que, na aplicação de seus meios de coerção, o Estado brasileiro reconheça e legitime o plano tácito das hierarquias sociais (DAMATTA, 1979). A instituição policial militar e seus agentes, na organização do Estado brasileiro, constituem os *meios de violência* mais próximos do cotidiano das grandes cidades (DA SILVA & MUNIZ, 2010). Em razão

¹⁶Ver Raimundo Faoro, “Os Donos do Poder” (1958); Vitor Nunes Leal, “Coronelismo, enxada e voto” (1948); Caio Prado Jr., “A Formação do Brasil Contemporâneo” (1942); Florestan Fernandes, “Mudanças Sociais no Brasil: aspectos do desenvolvimento da sociedade brasileira” (1960); dentre outros autores.

¹⁷Aqui, o conceito de cotidiano – bem como o imperativo teórico-metodológico de descenso ao cotidiano – é apropriado de Veena Das, no sentido de tomar as práticas de conhecimento dos atores como foco de análise e ponto de encontro entre as macro-dinâmicas sociais (critical events), a teoria sociológica e as experiências temporais dos sujeitos (DAS, 1995, 2007).

desta capilaridade, sua atuação possui um valor estratégico importante na reprodução dos valores sobre os quais, idealmente, se fundamenta a ordem social, mas também de suas assimetrias de poder e desigualdades.

Para que o policial possa operar neste “lugar”, ele precisa, para sua sobrevivência moral e física, aprender a reconhecer e manipular a simbologia do poder e seus sinais indicativos da proximidade/distância de pessoas e grupos daquilo que Geertz chamou de *centros ativos da ordem social* (GEERTZ, 2003:184). Para isso, ele conta com seu “faro”. Ao manipular essa simbologia de forma adequada, reconhecendo as hierarquias sociais que informalmente operam sob o nosso ordenamento jurídico-político igualitário, o policial, nas situações concretas de interação com a população nas ruas da cidade, legitima a sua autoridade frente aos seus interlocutores (ao direcionar a coerção para aqueles a quem esta é devida), mas também a própria política institucional de sua corporação e seus alvos preferenciais e, em última instância, a ordem de coisas que sustenta a disposição de grupos e indivíduos em relação aos *centros de poder* da sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMS, P. 1988 – “Notes on the difficulty of studying the state”. *Journal of Historical Sociology*, 1(1)58-89.

ALBERNAZ, Elizabete (2009). “Deus e o Diabo na terra do sol”: visões de espaço público, ética profissional e moral religiosa entre policiais militares evangélicos do Rio de Janeiro. Dissertação de mestrado em Antropologia, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro.

ALBERNAZ, Elizabete Ribeiro (2010). “Na fronteira entre o bem e o mal”: ética profissional e moral religiosa entre policiais militares evangélicos cariocas. *Caderno CRH* 23.60.

BENSA, Alban (1998). “Da micro-história a uma antropologia crítica.” *Jogos de Escalas. A Experiência da Micro-Análise*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, pp. 43-66.

COHEN, Abner. 1979. “Political Anthropology: The Analysis of the Symbolism of Power Relations”. *Man*, New Series, Vol. 4, N. 2 (Jun., 1969), pp. 215-235.

COLSON, Elizabeth & SMITH, M.G. 1972 - “Political Anthropology” In: SILLS, David L., ed. *International encyclopedia of the Social Sciences*. New York/London, Collier/MacMillan, pp.189-202

DAS, Veena (1995), *Critical Events: An Anthropological Perspective on Contemporary India*. Nova York, Oxford University Press.

_____. *Life and Words. Violence and the descent into the ordinary*. London, California Press, 2007.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma pers-**

pectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. Centros, reis e carisma: reflexões sobre o simbolismo do poder. In: _____. *O saber local*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOFFMAN, Erving (2002). A representação do eu na vida cotidiana. 10ed. Petrópolis: Vozes.

LIMA, Roberto Kant. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, 1994.

_____. Polícia e exclusão na cultura judiciária. **Tempo Social**, v. 9, n. 1, p. 169-183, 1997.

_____. Direitos civis, estado de direito e cultura policial: a formação policial em questão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 41, p. 241-256, 2003.

MATTA, Roberto da. Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. **Rio de Janeiro, Rocco**, 1979.

MERRYMAN, John Henry. **The civil law tradition: an introduction to legal systems of western Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 1969.

MINER, Horace. Body ritual among the Nacirema. **American Anthropologist**, p. 503-507, 1956.

MUIR, Jr., K.W. **Police: street-corner politicians**. Chicago, Chicago University Press, 1977.

MUNIZ, Jacqueline. Ser policial é,

sobretudo, uma razão de ser. Cultura do cotidiano da polícia militar do estado do Rio de Janeiro, 1999.

MUNIZ, Jacqueline, and Domício Proença Jr. “Da accountability seletiva à plena responsabilidade policial.” *Polícia, Estado e Sociedade: Práticas de Saberes Latino-Americanos* (2007): 21-73.

MUNIZ, Jacqueline. “Discrecionalidade policial e a aplicação seletiva da lei na democracia.” *Algumas lições extraídas de Carl B. Klockars*”, NEV-USP(2006).

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; DA SILVA, Washington França; DA PARAÍBA, Polícia Militar do Estado. **MANDATO POLICIAL NA PRÁTICA: tomando decisões nas ruas de João Pessoa**. Caderno CRH, v. 23, n. 60, p. 449-473, 2010.

PROENÇA JÚNIOR, Domício, and Jacqueline MUNIZ. “PONCIONI, Paula. Da governança de polícia à governança policial: controlar para saber, saber para governar.” *Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 3: 14-50.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Editora Cultrix, 2004.

Elizabete Ribeiro Albernaz

Professora Substituta do Departamento de Segurança Pública da Universidade Federal Fluminense (DSP/UFF). Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense (PPGA/UFF).

THE PLEA BARGAINING MACHINE¹

George E. Bisharat

Professor of Law, UC Hastings College of the Law, University of California, San Francisco.

E-mail: bisharat@uchastings.edu

RESUMO

Nos Estados Unidos, se você perguntar a um advogado ou juiz “O que há de mais característico do sistema jurídico dos EUA?”, a resposta certamente será uma das duas, ou possivelmente ambas. A primeira referência seria o julgamento pelo júri, o trial by jury – isto é, quando em torno de doze membros da comunidade são levados ao Tribunal, as evidências são a eles apresentadas, e então eles determinam se o réu é culpado ou não. A segunda resposta seria: têm-se nos Estados Unidos um “sistema adversarial”. Um sistema adversarial é aquele onde as partes, o acusador e o acusado, são adversários e participam de uma forma de combate ou disputa. As partes são individualmente responsáveis por apresentar evidências perante o tribunal, de modo que neste sistema o juiz é relativamente passivo. O juiz não possui a responsabilidade de investigar ou de trazer fatos ao processo. O juiz atua como um neutro, como um árbitro assegurando que as regras não são violadas durante a produção de evidências. Assim, é uma forma de combate, mas é importante reconhecer que é uma forma de combate regulada, muito mais do que um simples vale-tudo. Meu objetivo aqui é explicar esse aparente paradoxo, onde um sistema que se descreve como “um sistema do julgamento pelo júri” na realidade vem a ser a “máquina da plea bargaining” – the plea bargaining machine.

Palavras-chave: Plea Bargain; Processo penal; Antropologia do Direito.

ABSTRACT

In the United States, if you asked a lawyer or a judge in the United States, “What is most distinctive about the US legal system?” the answer is almost certain to be one of two things, or possibly both. The first reference would be to a trial by jury – that is, when usually twelve members of the community are brought into the court, evidence is presented to them, and they determine whether the defendant is guilty or not guilty. The second claim would be that we, in the United States, have an “adversarial system.” An adversarial system is one in which the parties, the prosecutor and defendants, are adversaries and they engage in a form of combat or conflict. The parties are solely responsible for bringing evidence before the court, while the judge in this system is relatively passive. The judge has no responsibility to investigate or independently bring facts to the case. The judge plays the role of a neutral referee or umpire to make sure that the rules are not violated in the production of this evidence. So, it is a form of combat, but it is important to recognize that it is a regulated form of combat rather than a free-for-all. My purpose here is to explain this apparent paradox, whereby a system that describes itself as a “jury trial system,” in fact becomes “the plea bargaining machine.”

Key-words: Plea Bargain; Criminal Process; Anthropology of Law.

¹Versão inicial deste texto constituiu palestra do autor no III Seminário Internacional do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC), realizado na UFF, Niterói, em fevereiro de 2013. Uma versão dessa palestra, em inglês, foi publicada em DILEMAS - Vol. 7 - no 3 - JUL/AGO/SET 2014 - pp. 767-795. O atual texto que aqui se publica foi traduzido da versão publicada em inglês por Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho e Gabriel G. S. Lima de Almeida. A Revisão Técnica foi feita por Roberto Kant de Lima.

INTRODUÇÃO

O *Trial by Jury System*¹ - ou a Máquina da *Plea Bargain*?

Nos Estados Unidos, se você perguntar a um advogado ou juiz “O que há de mais característico do sistema jurídico dos EUA?”, a resposta certamente será uma das duas, ou possivelmente ambas. A primeira referência seria o julgamento pelo júri, o *trial by jury* – isto é, quando em torno de doze membros da comunidade são levados ao Tribunal, as evidências são a eles apresentadas, e então eles determinam se o réu é culpado ou não. A segunda resposta seria: têm-se nos Estados Unidos um “sistema adversarial”. Um sistema adversarial é aquele onde as partes, o acusador e o acusado, são adversários e participam de uma forma de combate ou disputa. As partes são individualmente responsáveis por apresentar evidências² perante o tribunal, de modo

que neste sistema o juiz é relativamente passivo. O juiz não possui a responsabilidade de investigar ou de trazer fatos ao processo. O juiz atua como um neutro, como um árbitro assegurando que as regras não são violadas durante a produção de evidências. Assim, é uma forma de combate, mas é importante reconhecer que é uma forma de combate regulada, muito mais do que um simples vale-tudo.

Entretanto, este evento, o julgamento pelo júri, que é uma referência tão típica, quase nunca acontece. A quase totalidade dos processos criminais nos Estados Unidos, mais do que 90% deles, é resolvida não por uma disputa adversarial, mas por uma negociação cooperativa, conhecida como *plea bargaining*. A *plea bargaining*, também chamada *plea bargain*, é uma negociação entre o promotor, aquele que acusa, e o advogado do acusado sobre a resolução do caso, com a ocasional participação do tribunal.

Meu objetivo aqui é explicar esse aparente paradoxo, onde um sistema que se descreve como “um sistema do julgamento pelo júri” na realidade vem a ser a “máquina da *plea bargaining*” – *the plea bargaining machine*.

Meus argumentos são baseados, principalmente, em minha experiência como defensor indicado para atuação³

a expressão apurar a verdade dos fatos, pois se uma coisa for um fato, é porque passou por um tratamento prévio que a tornou um fato para os envolvidos na disputa. Na tradução, portanto, foram seguidas essas diferenças quando o autor detalha os procedimentos de transformação de evidências em provas no processo. (Nota do Revisor Técnico – RT)

³No original: “deputy public defender”. Embora não haja sistema norte-americano uma Defensoria Pública do Estado,

¹Como se verá, o Trial by Jury System dos EUA que será descrito e analisado pelo autor difere, em muito, do instituto do Julgamento pelo Tribunal do Júri, que existe no Brasil. No entanto, para não tornar o texto pesado de expressões estrangeiras, decidi manter daqui em diante a tradução da expressão em língua portuguesa.

²No sistema do júri defesa e acusação selecionam fatos sociais que julgam relevantes e os apresentam, inicialmente, ao juiz e ao adversário, para que sejam aceitos como evidências (evidence) no momento do julgamento diante do júri. Essas evidências, quando aceitas, são submetidas durante o julgamento a questionamentos pelas duas partes, transformando-se, então em fatos e provas judiciais nas quais os jurados devem se basear para formular sua decisão, seu veredicto. Assim, há uma nítida diferença entre evidence, fact e proof, com diferentes status legais atribuídos após seu tratamento pelos procedimentos do judiciário. Isso em muito difere tanto do senso comum, como da linguagem jurídica brasileiros, que não fazem diferença entre provas, indícios e fatos, até que a decisão final do juiz as estabeleça em definitivo. Por exemplo, é intraduzível em inglês

em São Francisco. Eu mesmo atuei em centenas de casos de julgamento pelo júri e milhares de negociações de *plea bargaining*; e testemunhei centenas de outros casos onde as negociações foram realizadas por outros advogados. Por isso, esta não é uma abordagem histórica: não pretendo explicar como surgiu a *plea bargaining* ao longo do tempo, embora a argumentação vá convergir com diversas análises históricas do surgimento da *plea bargaining*. O objetivo da apresentação, assim, é abordar como a *plea bargaining* funciona hoje e o que as pessoas que participam destas negociações pensam a seu respeito.

Esta apresentação também não é uma comparação sistemática, e não sou um especialista em práticas e procedimentos relativos ao processo criminal do Brasil. No entanto, pesquisei alguns pontos acerca do sistema de justiça criminal brasileiro, e alguns tópicos da prática dos EUA foram propositalmente incluídas aqui para evidenciar as diferenças entre os dois sistemas. Espero que isto permita aos verdadeiros especialistas em procedimentos e práticas do Brasil um conjunto de referências para que possam realizar suas próprias comparações.

Primeiro, tratarei das práticas do julgamento pelo júri. Então mudarei o foco para a própria negociação de *plea bargaining*. Farei deste modo porque o julga-

mento pelo júri e o *plea bargaining* estão intimamente ligados. A *plea bargaining* só pode ser verdadeiramente compreendida se entendida sua relação com o julgamento pelo júri. Fecharei com algumas hipóteses do por que do sistema jurídico dos EUA continuar a se representar como um “sistema adversarial” definido pelo tribunal do júri, quando na verdade ele é a máquina da *plea bargaining*.

A Estrutura do Sistema de Justiça Criminal dos Estados Unidos

Este argumento é de alguma maneira simples de se visualizar. Nos Estados Unidos, a organização política e jurídica é um sistema constitucional federativo onde todos os cinquenta estados são dotados de autonomia própria⁴. Todos os poderes que não são explicitamente delegados ao nosso governo federal pela constituição são reservados aos estados. O “poder da polícia”⁵, que compreende o poder de definir os crimes e processá-los, é um dos poderes reservados aos estados. Possuímos um sistema de justiça criminal federal, mas há relativamente poucos crimes federais. Anualmente, a grande maioria dos processos criminais ocorre no âmbito dos estados.

Não irei fingir que não há variações de procedimentos e práticas processuais de estado para estado. Entretanto, estas variações entre os estados não são grandes, ao menos se comparadas com as diferen-

como no modelo brasileiro, a cidade de San Francisco, California, possui um Public Defender Office, no qual o autor do artigo trabalhou durante alguns anos. (Nota do RT)

⁴No original, the fifty states are distinct sovereigns (Nota do RT).

⁵No original, police power, que não corresponde á definição de “poder de polícia” do direito administrativo brasileiro. (Nota do RT)

ças entre, por exemplo, o sistema estadunidense e o brasileiro. Por exemplo, todos os cinquenta estados e o sistema federal se utilizam de julgamentos pelo júri em casos de infrações que levem ao encarceramento. No entanto, 39 dos 50 estados permitem júris compostos por menos de doze pessoas, de no mínimo 6 pessoas, no caso de infrações de menor potencial ofensivo (chamadas *misdeemeanor offenses*, que geralmente levam a punições de dois anos ou menos, embora isso varie em cada estado). Quarenta e oito estados exigem um júri unânime para condenação, enquanto dois não o fazem. Há diversas outras diferenças processuais como essas entre os estados.

Explicarei alguns motivos para essa similaridade geral. Primeiramente, nossa constituição federal foi construída a partir do modelo das constituições das treze coloniais originais. Quase todos nossos sistemas estaduais miraram a *common law* britânica como inspiração. Após nossa Guerra Civil, foi aprovada a 14ª Emenda, assegurando que os estados não poderiam privar os cidadãos norte-americanos de sua vida, liberdade e busca da felicidade sem o devido processo legal⁶. Através desta emenda, foi sendo gradualmente assegurado que todos os estados possuíam as mesmas obrigações

quanto aos acusados de crimes, assim como o governo federal, de modo que se promoveu uma uniformização dos procedimentos criminais em todo o país.

O JULGAMENTO PELO JÚRI

Vamos examinar o julgamento pelo júri dos Estados Unidos a partir de uma série de questões. Primeiro, qual a teoria por trás dos julgamentos pelo júri? Inicialmente, por que o possuímos? Depois, como os júris são formados? De onde eles vêm? Terceiro, que tipo de regras probatórias são utilizadas nos julgamentos pelo júri? Por fim, como se espera que o júri chegue a um veredicto? Respostas detalhadas serão fornecidas adiante. A expectativa é que haja pontos de aprendizado ao longo do caminho, embora o ponto central seja que o julgamento pelo júri é, ao menos aquele conduzido conforme as atuais regras processuais, algo extremamente complicado e caro. Requer uma grande habilidade organizacional e logística para ser realizado, além de possuir um alto custo, em termos de recursos institucionais e sociais. Todos esses custos são vitais para a compreensão da *plea bargaining*.

*Pretrial Litigation*⁷

Enquanto focamos no julgamento, que no sistema dos Estados Unidos é

⁶No original, *due process of law*, que não corresponde à definição de “devido processo legal” no direito brasileiro. O *due process of law*, nos EUA, como o autor explicará adiante, é um direito dos acusados, que o Estado tem a obrigação de satisfazer apenas quando exigido; enquanto que no Brasil, ao contrário, o processo criminal, nas ações públicas, é um procedimento obrigatório de iniciativa do Estado (Nota do RT).

⁷Optamos por não traduzir a expressão, por entendermos que se trata categoria específica do sistema processual norte-americano, onde ao julgamento é precedido de negociações prévias que discutem a inclusão ou exclusão de evidências que podem ser levadas ao julgamento diante dos jurados, aplicando-se a elas regras processuais de exclusão evidenciária (*exclusionary rules*). (N.T e Nota do RT.).

definitivamente o grande evento em um processo criminal, é preciso estar atento ao fato de que alguns casos envolvem relevante disputa anterior ao julgamento – *pretrial litigation* –, e quase todos os casos possuem algum tipo *pretrial litigation*. Todos os casos de maior gravidade – chamados *fellony offenses*, que são os casos mais sérios envolvendo punições que vão de um ano até à pena de morte, no caso da Califórnia, – possuem uma audiência preliminar. A audiência preliminar é um procedimento realizado no tribunal, onde o promotor é obrigado a apresentar fortes evidências, normalmente na forma de testemunho da vítima perante o tribunal e evidências materiais, de modo a indicar causas prováveis do cometimento do crime por parte do acusado. Assim, é uma prévia do julgamento.

O objetivo jurídico da audiência preliminar é eliminar os casos de pouca relevância e garantir que apenas os casos com evidências substanciais prossigam. Um outro exemplo comum de disputa anterior ao julgamento seria uma moção de alegação preliminar de supressão antecedentes⁸. Muitas infrações no sistema legal norte-americano envolvem alegações de condenações anteriores. Essas sentenças, nas quais uma pessoa foi anteriormente condenada por um crime, podem ser alegadas durante o julgamento e, se comprovadas pela acusação quando do julgamento, podem levar a uma condenação mais severa sobre acusado, maior do que seria

⁸No original: “motion to strike a prior”. (N.T.)

sem que esta alegação de antecedentes tivesse sido apresentada no julgamento. Frequentemente, a disputa na audiência preliminar é focada se no caso há, de fato, antecedentes que podem ser alegados no caso específico em julgamento, de acordo com os preceitos constitucionais. O advogado de defesa irá detalhar o histórico das condenações anteriores e tentar argumentar perante o tribunal que se tratou de uma condenação equivocada, e por isso, não pode ser usada para o aumento da condenação em um caso novo. Há diversos outros tipos de disputas anteriores ao julgamento, mas agora iremos nos voltar ao exame do julgamento pelo Júri.

A Lógica do *Trial by Jury*

Qual a lógica por trás do julgamento pelo Júri? Porque o utilizamos, afinal? Há duas razões principais. Primeiro, os julgamentos pelo júri são pensados como uma maneira de interpor a comunidade entre o indivíduo e o estado, e assim neutralizar o tremendo desequilíbrio entre estes dois. O poder do estado é grande. Ele possui investigadores, a polícia, acusadores profissionais. Os promotores de justiça possuem a reputação e aura de autoridade do estado. Quando esse poder é dirigido contra um cidadão individualmente, pode ser devastador. O júri se coloca entre o indivíduo e o acusador para desafiar o poder deste último e proteger o indivíduo de perseguições. Este é um dos principais motivos pelo qual possuímos o julgamen-

to pelo júri. É especificamente pensado nos Estados Unidos como uma manifestação da identidade nacional, representada como um conjunto de indivíduos preocupados com a sua liberdade, ameaçada pela autoridade central.

A segunda justificativa para julgamentos pelo júri é que eles nos auxiliam a chegar a sentenças mais precisas nos processos criminais. Doze cabeças são melhores que uma, e possuir diversos julgadores quanto ao mesmo fato é melhor do que se ter a absolvição ou condenação decidida por um juiz sozinho. Os jurados são representantes da comunidade, levam consigo diferentes perspectivas e uma dose de sabedoria popular na tarefa de sobrepesar evidências. Afinal, muitos dos julgamentos criminais envolvem discussões acerca do caráter humano, como, por exemplo, o juízo sobre a honestidade ou veracidade de uma testemunha. Da mesma forma, jurados determinam quais as intenções mais prováveis de um acusado. São questões de prudência, onde a experiência e a vivência humana podem ser essenciais.

Entretanto, e isto é importante, a missão de descobrir a verdade desempenhada pelo júri é conscientemente equilibrada com outras considerações. Um veredicto do júri é considerado uma verdade produzida de uma maneira específica, de acordo com um conjunto específico de regras. Vamos chamá-la de “verdade jurídica”, em oposição a uma verdade absoluta. Ela se manifesta, por

exemplo, em nossa relutância em admitir evidências que derivam de afirmações involuntárias do acusado. Se o réu foi coagido por tortura a uma confissão, não permitimos que esta evidência seja admitida, ainda que se entenda que a confissão foi verdadeira, como no caso de convergir com outras evidências. Nós intencionalmente não permitimos que a evidência tenha força probatória relevante por conta da maneira com que ela foi obtida, preferindo a verdade produzida de acordo com uma fórmula em particular, com respeito a valores e regras, em detrimento da verdade absoluta.

Não discutiremos aqui se essa abordagem lógica de análise é ou não um problema. É questionável a afirmação de que os júris de fato produzem veredictos mais precisos. Mas esta não é nossa preocupação – estamos focando apenas simplesmente em como o julgamento do júri é racionalizado.

Há duas outras características que nossos júris devem possuir. Espera-se que um júri seja composto de “seus semelhantes”⁹, porque ser julgado por pessoas totalmente diferentes de você e que podem não ser simpáticas a sua condição pode parecer injusto. Além disso, um júri deve ser “imparcial”. Imparcialidade significa ser neutro, ao menos no início do processo, não possuindo quaisquer afinidades ou preconceitos em relação a uma parte ou a outra.

⁹No original: “a jury “of one’s peers””. (N.T.)

A Seleção do Júri.

Partindo do fato de que você está convencido e pronto para dar uma chance ao julgamento pelo júri, qual o próximo passo? De onde vem o júri?

Lembre-se de que o esperado é que seja um “júri formado por seus semelhantes” e também um júri “imparcial”. Você pode imaginar que encontrar um “júri formado por seus semelhantes” pode ser um verdadeiro lamaçal procedimental. Isso significa que se o acusado é um bombeiro, você precisa de doze bombeiros para analisar evidências contra ele? Acusados ricos devem ter jurados ricos? Acusados negros precisam de doze jurados negros? Este é o significado de um julgamento de “um júri formado por seus semelhantes”? Na prática, e sem nenhuma surpresa, a obrigação de ser ter um “júri formado por seus semelhantes” não é muito mais do que possuir jurados do mesma comarca¹⁰ em que o crime foi praticado.

Ainda assim, você precisa buscar essas pessoas em algum lugar. Como nós as levamos para a sala do Tribunal? Como elas terminam sentadas naquelas doze cadeiras? Em cada condado ou distrito judicial, nós temos um oficial local que é encarregado de gerar listas de jurados em potencial. Geralmente, isto é feito a partir de buscas nos registros públicos – lista de registro eleitoral, registros de veículos, de propriedade e

afins. Potenciais jurados são convocados por carta ao comparecimento em tribunal para o serviço. Obviamente, isto não inclui toda a comunidade. Há uma preferência neste processo, em favor das classes médias e altas que votam, que possuem carteira de motorista, que possuem casas e endereço postal, que não são sem teto ou pobres. Por isso, há um *bias* de classe socioeconômica inserido nesta seleção de “semelhantes”.

E quanto à imparcialidade? Como sabemos se os jurados são imparciais, neutros ou não? Você não pode saber isso previamente, então a única maneira de descobrir é perguntando. E devido ao fato de que alguns jurados certamente revelarão alguma forma de parcialidade, você precisa testar um número maior do que os doze que você irá selecionar. É preciso possuir uma margem de escolha, também, porque, embora o dever de ser jurado seja entendido como um dever cívico, os tribunais reconhecem que este dever pode, de fato, ser um fardo para as pessoas – como para pais solteiros, profissionais liberais, e pessoas doentes ou com deficiência. Muitos cidadãos, embora atendam à convocação do tribunal, vêem o dever de ser jurado como algo muito oneroso e que toma muito tempo, e por isso, fazem o possível, quando atendem à convocação, para evitar serem escolhidos para funcionar no julgamento.

Deste modo, para compormos um júri de doze pessoas, o número de cida-

¹⁰No original: “judicial district” (Nota do RT)

dãos que são convocados pelo tribunal, de modo a permitir uma margem de escolha, é de no mínimo sessenta pessoas. Aliás, nunca é prudente selecionar apenas doze jurados. O que acontece se um deles ficar doente ou indisposto durante o curso do julgamento e não puder comparecer? Ou você precisa esperar que essa pessoa se recupere para continuar o julgamento, ou começar um novo julgamento com um novo júri, pois você não pode introduzir um novo jurado naquele processo em curso, pois ele só teria assistido à produção das evidências apresentadas dali pra frente. Então, dependendo da duração esperada do caso, e em função da possibilidade de algum jurado adoecer ou ficar indisposto de alguma outra forma, sempre se escolhem, além dos doze jurados, ao menos dois suplentes, e no caso dos casos mais graves, seis suplentes. Em casos ainda mais sérios e com a expectativa de maior duração, selecionam-se doze suplentes. Deste modo, não estamos selecionando apenas os que irão de fato servir como jurados, mas aqueles que serão suplentes também. Suplentes assistem ao julgamento e assistem a produção de evidências assim como os doze jurados, e então, se necessário, substituem um jurado incapacitado, de modo que o processo pode continuar sem interrupção.

Uma vez que são convocados e comparecem os sessenta jurados prospectivos, nomes são escolhidos aleatoriamente, retirando-os de uma bolsa.

Uma vez tirado nome, a pessoa escolhida toma acento em uma das cadeiras do jurados. Isso se repete doze vezes. Esses desafortunados sentados no júri – é como são eles se vêem em geral – são então questionados quanto a sua imparcialidade, inicialmente pelo juiz. O tribunal¹¹ (como comumente nos referimos ao juiz) os questiona inicialmente para assegurar que os jurados atendem os requisitos mínimos, que atualmente residem no distrito judicial do caso, e que entendem inglês bem o suficiente. Muitos dos jurados em potencial serão dispensados pelo juiz em função de inadequação para esse trabalho causada por suas características pessoais.

Após as perguntas do juiz, os advogados terão a oportunidade de questionar a imparcialidade dos jurados. Advogados têm a autoridade legal de escolha, isto é, excluir jurados em potencial. Há dois tipos de impugnação. A primeira é a impugnação por causa, onde há uma razão explícita e evidente que o jurado em questão não pode servir com imparcialidade no caso. Por exemplo, um candidato a jurado diz “meu carro foi roubado uma vez. Eu não acredito que posso ser imparcial num caso que envolva um roubo de automóveis”. Outro exemplo seria alguém dizer “Minha irmã foi estuprada, e eu tenho sentimentos tão fortes sobre o assunto que eu não acredito que eu possa servir neste caso”. Nesta situação, o juiz dirá “Para

¹¹No original, the court (Nota do RT).

além disso, você pode ser imparcial e colocar de lado essa questão, e decidir o caso baseado apenas nas evidências apresentadas aqui?”. E é claro que o jurado responderá “Sim, eu posso, Excelência”. Todo mundo sabe que isso não é verdade, mas é como acontece.

Acontece assim por causa da outra forma de impugnação, que é chamada impugnação peremptória. Uma impugnação peremptória é aquela em que o advogado pode rejeitar um jurado sem justificar, baseado, por exemplo, num palpite. Na Califórnia, em casos de menor potencia ofensivo (misdemeanors), e na maioria dos casos de maior gravidade (felonies), cada advogado tem dez impugnações peremptórias. Se o caso envolve pena de morte, cada advogado possui vinte e cinco dessas impugnações. O motivo pelo qual o juiz diz “Não, o senhor ficará bem, o senhor pode ser imparcial”, apesar da admissão aberta dessa incapacidade pelo jurado, é que o juiz quer que os advogados gastem suas impugnações para que o caso prossiga no menor tempo possível. Este é o jogo, no que diz respeito às regras de impugnação.

A única limitação às impugnações peremptórias é que elas não podem ser usados de maneira discriminatória. Por exemplo, se o acusado é um afro-americano e o promotor exclui todos os afro-americanos dos jurados em potencial, você, como advogado de defesa, pode arguir perante o tribunal que as impugnações estão sendo usadas de maneira

racionalmente discriminatória. Se há uma evidência aparente que isto é verdade, o tribunal então deverá questionar as razões da acusação, como “Porque você excluiu o jurado numero seis?” (o jurado número seis é afro-americano). A resposta do promotor poderia ser “porque ele tem bigode e possui cabelo grande, o que indica que ele é indisciplinado e provavelmente não simpatiza com a polícia”. Juizes em geral aceitam esse tipo de justificativa na dinâmica das impugnações peremptórias. Assim, a suposta proteção contra o uso discriminatório das impugnações peremptórias, na realidade, não é exercida de maneira eficiente.

Cada vez que um jurado é excluído, seja por inaptidões pessoais, seja por impugnação por causa específica, seja por uma impugnação peremptória, os nomes são embaralhados, outro jurado prospectivo é sorteado, e os questionamentos começam todos de novo, pelo juiz e pelos advogados. Dependendo da natureza do caso, de quão sério, complexo ou sensível ele for, esse processo de seleção do júri – da inquirição de todos os jurados até o juramento e início do julgamento – pode demorar pelo menos metade do dia para uma caso de menor potencial ofensivo.. Em casos mais sérios, pode durar semanas ou meses. Quando há múltiplos acusados – imagine, por exemplo, seis pessoas acusadas em um caso, cada uma com um advogado, ou seja, seis advogados de defesa, cada um com suas

travado em um ponto, o tribunal irá incentivá-lo a perseverar na deliberação. Se, no entanto, o júri realmente chegar a um impasse, o juiz irá declarar nulo o julgamento, e o caso começa de novo. Este é um possível desfecho.

Os Custos do Júri

A partir deste pano de fundo, considere agora o talento administrativo necessário para se orquestrar e conduzir um julgamento pelo júri, e o quão caro é fazê-lo. Primeiro, todos os agentes relevantes – acusados, testemunhas, juízes, auxiliares do tribunal, advogados, jurados – precisam ser reunidos. Compare este julgamento com o de um juiz singular como é comum em outras jurisdições. Neste o juiz talvez prefira apreciar todas as evidências de uma só vez, mas, mantendo um registro adequado, pode ouvir cada testemunha com dias, semanas e até meses de intervalo.

Ao fazer doze membros da comunidade serem responsáveis por apreciar as evidências, torna-se necessário que tudo ocorra de uma só vez, porque fazê-los se reencontrar seria um pesadelo logístico e administrativo, se não impossível. Um oficial de justiça deve trazer o acusado ao tribunal, se estiver sob custódia, e assegurar a segurança do tribunal durante o julgamento. Auxiliares do tribunal e escrivães devem manter o registro de tudo que ocorre. O juiz deve presidir o julgamento. Advogados, que são em geral pagos pelo Estado, devem

comparecer. Em aproximadamente 75% dos processos criminais, o advogado de defesa é indicado pelo tribunal, e pago com recursos do governo.

O júri deve ser convocado pelos métodos que descrevi. Todos esses cidadãos, por sinal, estão faltando ao trabalho. Embora a lei obrigue os empregadores a pagarem aos empregados pelos dias que estão em serviço de jurado, isto não vale para os profissionais liberais, e os patrões não são ressarcidos desses dias que pagaram sem que houvesse compensação da mão-de-obra. E, é claro, mais cidadãos são convocados para a seleção do que aqueles que efetivamente servem de jurados. As testemunhas também sofrem consideráveis inconvenientes. Apenas para citar alguns, uma proposta recente da Associação de Juízes da Califórnia para a redução do número de jurados de doze para oito nos casos de menor gravidade, tem como estimativa economizar anualmente dez milhões de dólares do Estado da Califórnia, isso sem contar o dinheiro economizado pelos empregadores privados. O fato é que simplesmente não podemos arcar com os custos dos julgamentos de nossos processos de acordo com as regras que estabelecemos, ao menos não com a maioria deles.

Devemos notar também um custo não econômico embora significativo do julgamento, que é a carga emocional que recai sobre os advogados, acusados e até testemunhas. Julgamentos

impugnações aos jurados. Eu mesmo atuei um caso de menor gravidade onde a seleção do júri levou três dias, e o julgamento em si levou dois dias, para que se tenha uma ideia de quão custosa a seleção dos jurados pode ser.

Nós chamamos o questionamento dos jurados de *voir dire*, que vem do Frances e significa “dizer a verdade”. A justificativa jurídica para o *voir dire* é revelar preconceitos. É para isso que serve. Na prática, é usado pelos advogados para iniciar sua estratégia e persuadir os jurados de suas posições. Eu posso perguntar, como advogado de defesa: “O senhor, jurado X, já ouviu falar de reconhecimento do acusado pela testemunha? O senhor está ciente de que reconhecimentos partindo de pessoas de cores e etnias diferentes não é confiável?”. Assim, estou começando a expor minha tese de defesa enquanto o questiono. Eles ainda não são nem jurados, mas já comecei a convencê-los de meu argumento no caso¹².

Os princípios da Evidência no Julgamento

Imagine que finalmente nós temos nosso júri e estamos prontos para iniciar o julgamento. Quais são os princípios e métodos de produção de evidências que utilizamos no julgamento? Primeiro, temos a presunção de inocência. Isto é, ao menos quando iniciamos o processo, o acusado é presumido inocente e o ônus

¹²No original, “sell my case”. (Nota do RT).

da prova reside na acusação. Segundo, geralmente, em nosso sistema jurídico, o ônus de produção das evidências recai sobre a parte que está sustentando as alegações. Num caso criminal, esta é o Ministério Público¹³, nos casos dos Tribunais Estaduais. O caso simplesmente não existiria se o promotor não dissesse: “Esta pessoa é culpada”. O promotor está tomando partido e iniciando o processo, possuindo assim o ônus da prova. O padrão de prova, a medida de quão convincentes as evidências devem ser, é a prova “além de uma dúvida razoável”¹⁴. Além disso, o acusado tem a garantia contra auto-incriminação. Quarto, características pessoais, referentes apenas ao caráter da pessoa, em geral não são admitidas como evidência. Também, a regra é a exclusão de evidências obtidas de maneira ilegal pela polícia. Continuando, temos o *right of confrontation*, o direito de questionar¹⁵ a testemunha convocada pela parte contrária, e o acusado tem o direito a um advogado. Um indigente que não possa contratar um advogado terá um advogado indicado pelo tribunal, em todos os casos que possam levar a sua prisão.

¹³No original, “District Attorney” (Nota do RT)

¹⁴No original “beyond a reasonable doubt” (N.T.)

¹⁵No original, “cross-examine” Quem traz a testemunha, faz a examination-in-chief, ou direct examination e a parte contrária procede a sua contestação, com a cross-examination. Não se pode traduzir por inquirição porque ambos os atos processuais são regulados por regras rígidas, especialmente a proibição de induzir respostas na forma de perguntar, o que não ocorre com a inquirição de testemunhas, ou com o interrogatório do acusado, no Brasil (Nota do RT).

Vamos revisar esses princípios brevemente. A presunção de inocência significa que o acusador deve trazer evidências provando a responsabilidade do acusado para além de uma dúvida razoável. Se ele falhar em prová-la o júri deve declarar o acusado não culpado. O promotor inicia cada uma das fases do processo. O caso geralmente é dividido em três fases: a abertura, onde os advogados apresentam as evidências que trarão ao processo; em seguida, temos a apresentação das testemunhas; e, finalmente, as considerações finais, onde os advogados propõem a aplicação do direito aos fatos do processo.

Outra implicação da presunção de inocência é que o acusado não tem nenhuma obrigação de produzir evidências e pode argumentar ao final da fala da acusação (pelo seu advogado, é claro): “Vocês falharam em satisfazer o ônus da prova. Eu não preciso provar nada. Vocês não mostraram o que precisavam mostrar.” Não é permitido à acusação discutir a decisão do acusado de não apresentar evidências. Isto seria entendido como inversão do ônus da prova, visando criar uma pressão para que a defesa produza provas. Mas não há qualquer ônus da prova para a defesa¹⁶.

A limitação que tem o promotor demonstra uma espécie de ambivalência

¹⁶O acusado tem não só o direito de ficar calado (de não se incriminar), como também não pode ser questionado a não ser que decida se apresentar como testemunha. Como explica o autor, essa obrigação, se houvesse, inverteria o ônus da prova, que pesa exclusivamente sobre a acusação (Nota do RT).

na atitude em relação aos jurados. Em nosso sistema, valorizamos os jurados e esperamos que eles cheguem a um veredicto equilibrado, mas também, de alguma maneira desconfiamos deles. Eles não são advogados, e talvez não sejam capazes de manter a disciplina mental dos advogados e juízes. Há diversas outras características processuais, especialmente regras quanto à aceitação das evidências, que atestam essa ambivalência. Nós protegemos os jurados de informações que tememos serem mal interpretadas por eles. Inclusive, chama-se “preconceito”¹⁷ quando, em termos probatórios, um jurado aceita determinada evidência e a usa de maneira equivocada, pensando nela de maneira incorreta.

Nossa preocupação com preconceitos e equívocos, de fato, influencia na ordem dos eventos no julgamento. Se há um questionamento quanto à admissibilidade de uma evidência, ele deve ser resolvido antes de o júri tomar conhecimento e sem que ele esteja presente. Isso porque você não pode “calar o sino depois que ele tocou”¹⁸. Se o júri ouve o sino, isto é, a evidência imprópria, aos jurados falta disciplina para dizer: “Quando eu pensar neste caso eu irei ignorar esta evidência que acabou de ser apresentada.” Não acreditamos que eles sejam capazes de fazer isso. Por isso, resolvemos as questões de admissibilidade sem a presença dos jurados.

¹⁷Em inglês “prejudice” ((Nota do RT).

¹⁸No original “you can’t unring the bell”. (N.T.)

O padrão de prova é a prova além da dúvida razoável. O que isso significa? Se você perguntar a cinquenta advogados diferentes, você terá cinquenta respostas diferentes. Isso porque se trata de uma fórmula que não pode ser quantificada. Nós temos, sim, outros padrões para mensurar a: prova pela preponderância da evidência, prova pela clara e convincente evidência, e sabemos que todas são inferiores à prova além da dúvida razoável. Mas ninguém sabe exatamente o que isso significa. Advogados trabalham com analogias para induzir os jurados a pensarem no “além da dúvida razoável” da maneira que lhes favoreça. Mas esse padrão de prova dificulta o trabalho da acusação e aumenta o grau de incerteza quanto ao desfecho do caso.

Evidências de caráter pessoal são geralmente inadmissíveis. Isso parte da ideia básica que o direito penal não persegue as pessoas pelo que elas são, mas pelos atos que elas cometem. Todos nós podemos ter pensamentos errados, mas não há interesse coletivo em punir meros pensamentos. É apenas quando pensamentos se transformam em ações que cruzamos a linha em que incide a perseguição criminal.

Existem exceções. Por exemplo, se o acusado apresenta evidências de seu bom caráter, a acusação pode rebater com evidências de seu mau caráter. Outra seria quanto a evidências de honestidade e credibilidade. Isso é considerado relevante para toda testemunha que depõe. Uma terceira hipótese é quando fatos da

vida passada do acusado são importantes para provar algo que vá além do simples caráter. Por exemplo, se a identificação da autoria é uma questão relevante, o fato de o acusado já ter praticado crimes no passado com uma “marca registrada” em comum pode ser relevante. A questão então vem a ser quando o valor probatório de crimes anteriores pode significar um impacto prejudicial. Isso, é claro, requer uma discussão fora da presença do júri, como dito acima, pois não podemos confiar na habilidade de “calar o sino depois que ele tocou”.

Dependendo das circunstâncias, alegações quanto à admissibilidade de uma evidência podem ser feitas de maneira direta. Quando se referem a fatos, no entanto, normalmente exigem depoimentos e argumentação.

O que acontece quando uma evidência é obtida de maneira ilícita pela polícia? Nós a excluimos do julgamento. Isto pode ser visto como uma compensação aos direitos individuais violados, como uma maneira de preservar a lisura do processo, e de censurar a conduta da polícia.

O ponto central para se entender a regra da *exclusionary rule* é que ela leva a uma grande incerteza quanto ao desfecho do processo. Por exemplo, como advogado de defesa, eu posso ler o relatório da polícia e concluir que uma busca no caso foi ilegal. O promotor pode ler o mesmo relatório e chegar à conclusão contrária. Uma disputa é necessária para resolver a questão. A polícia pode dar uma versão

dos fatos, enquanto o acusado ou uma testemunha oferecem suas próprias versões. A regra da exclusão traz a necessidade de mais discussão e litigância, além de introduzir uma grande incerteza quanto ao desfecho do caso, ao levantar dúvidas quanto à validade de alguma evidência.

O *right of confrontation* significa o direito do acusado de estar presente no tribunal e olhar nos olhos das testemunhas e ouvir pessoalmente quem o denunciou fazê-lo sob juramento. Os acusados também têm o direito de fazer questionar¹⁹ as testemunhas da acusação, por meio de seus advogados, de modo a desacreditar as versões por elas trazidas. A acusação tem o mesmo direito em relação às testemunhas da defesa. A ideia é que este confronto entre os questionamentos produz verdade. As pessoas podem dizer várias coisas fora do tribunal e também dentro, mas é perante o tribunal, olhando o acusado nos olhos, questionada por ambas as partes – aí é quando a verdade vêm a tona.

Há duas consequências processuais do *right of confrontation* que eu gostaria de ressaltar. A primeira é que o acusado deve estar presente em qualquer fase relevante do julgamento. A outra é a exclusão de evidência chamada de *hearsay*²⁰. He-

¹⁹No original, “cross examination”. Ver nota anterior, sobre o assunto (Nota do RT).

²⁰Uma tradução possível seria “de que se ouviu dizer”, ou rumores. Como se trata de uma categoria comum, evidenciada no cotidiano da atuação na cultura jurídica norte-americana, optamos por apresentá-la no original, visto que o autor a define adiante. (N.T.)

arsay é qualquer declaração apresentada de maneira indireta perante o tribunal - e não por uma testemunha durante um depoimento - com o objetivo de confirmar uma outra afirmação já feita. Essa declaração em questão, chamada *hearsay*, não é válida por não ter sido produzido nestas circunstâncias especiais de confrontação. Por isso, se uma parte quer que uma declaração seja aceita como evidência, é preciso que seja trazida uma testemunha para depor. Não é suficiente levar uma pessoa para depor sobre o que outra pessoa disse. No caso de haver mais de um acusado, cada um deles tem o *right of confrontation* da testemunha. Assim, teremos um questionamento direto pelo promotor, em seguida outro pelo primeiro defensor, o segundo, o vigésimo – seja qual for o número de acusados.

Se você considerar todas estas regras técnicas de evidência e de procedimentos, deve ficar evidente que um acusado sem nenhuma noção de direito fica em enorme desvantagem se não possuir um advogado. Reconhecendo isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, desde 1963, requer que os Estados indiquem advogados (estes pagos pelo próprio Estado) para que defendam aqueles que não possuam como custear um advogado, quando acusados de crimes de maior gravidade. Esse direito foi estendido para todas as acusações de crimes graves e também às de menor gravidade que podem resultar em condenações de penas de privação de liberdade, não

importando a duração destas. Frente às obrigações éticas dos advogados, com o intuito de prevenir conflitos de interesses, múltiplos acusados são defendidos geralmente por advogados diferentes.

Como funciona um Júri

Nós examinamos como os júris são formados, como os casos são a eles apresentados, e quais as restrições quanto à apresentação de evidências. Agora que o júri tem as evidências, o que se espera que ele faça com elas? Como ele funciona? Jurados são primeiro e principalmente analistas de fatos. Eles julgam a credibilidade das testemunhas. Eles determinam se os elementos do crime denunciado foram estabelecidos pela acusação. Eles decidem se uma defesa relevante foi apresentada.

O juiz, de outro lado, funciona como árbitro perante as duas partes. Ele determina as regras de procedimento e a admissibilidade das evidências. Ele auxilia o júri por meio de instruções, que podem ser orais ou escritas, mas são instruções quanto ao que eles devem fazer e qual a lei aplicável ao caso. O júri também é instruído quanto à conduta adequada dos jurados. Eles não devem ter contato com as partes ou com seus patronos durante o processo. Eles também não podem discutir o caso uns com os outros antes das alegações finais de cada parte.

Os jurados só podem levar em conta as evidências apresentadas perante o tribunal. Se eles vão pra casa e lêem no jornal algo sobre o caso, é uma forma

de infração, e pode levar à reforma da decisão numa eventual apelação. Por exemplo, num caso sobre um motorista acusado de dirigir alcoolizado, se os jurados reunidos em sua sala dizem “estes testes de sobriedade não parecem ser tão difíceis, vamos tentar fazê-los”, eles estão gerando evidências por eles mesmos. Isto é considerado ilegal.

Uma vez que todas as evidências tenham sido submetidas ao júri, ambas as partes encerram a apresentação das evidências e apresentam seus argumentos finais, os jurados são instruídos pelo tribunal. Eles se retiram para uma sala especial e deliberam. Deliberar significa que eles discutem o caso, falam sobre as evidências e espera-se que eles decidam e que eventualmente votem se o acusado é ou não culpado pelas acusações. Eles podem requisitar qualquer evidência material para que as examinem. Eles podem requisitar ainda a transcrição dos depoimentos das testemunhas e, fora essas que foram mencionadas, há muito pouca interferência do juiz ou das partes no processo de decisão.

Em quarenta e oito estados e no sistema federal, há a exigência de unanimidade nas decisões do júri, o que significa que todos os jurados devem concordar com o veredicto. Em casos simples, se as evidências são relativamente claras, isso pode ser feito em algumas horas. Em casos complexos, no entanto, as deliberações do júri podem se prolongar por semanas. Se o júri está

são sempre acontecimentos que mexem com os nervos, que ocupam os envolvidos com intensa preparação até o último minuto. Julgamentos podem ser particularmente estressantes em casos delicados, como de estupro ou abuso de crianças, especialmente para as vítimas. Além disso, são também difíceis para os advogados. Eu já questionei uma criança vítima em um caso de abuso infantil. É uma experiência emocional complexa. Não é algo fácil de ser feito.

A abordagem até aqui foi desenvolvida para demonstrar o quão dispendioso, caro e difícil são as coisas em um julgamento pelo júri. Esses custos são essenciais para que se entenda a *plea bargaining*.

A PLEA BARGAINING

A *plea bargaining*

Plea bargaining, num sentido mais amplo, significa uma negociação entre as partes, o acusador e a defesa, que tem como objetivo encerrar o caso sem um julgamento, mediante um declaração de culpa aceita por todas as partes²¹. Nós iremos responder quatro perguntas a seguir: Quem participa da negociação? O que está sendo negociado, ou o que cada parte oferece em troca? Quando esta negociação ocorre? Onde ela ocorre?

Depois de responder a estas questões, eu farei minhas observações finais do por-

²¹Em ingles “Plea bargaining, in the most general sense, means negotiations between the parties, the prosecutor and the defense, leading to the disposition or the end of the case, without trial” (Nota do RT)

que nós, nos Estados Unidos, continuamos a dizer que somos um sistema do “julgamento pelo júri”, quando, na verdade, operamos uma “máquina da *plea bargaining*”.

Os Personagens da *Plea Bargaining*

Primeiramente, quem participa da *plea bargaining*? Os principais atores são o promotor e o advogado de defesa. Juízes também participam ocasionalmente, dependendo de suas preferências pessoais e do estágio em que o caso se encontra. Juízes costumam não estar muito envolvidos no início, participando mais ativamente conforme o caso se aproxima do julgamento. Perceba que o personagem principal, o acusado, normalmente não participa diretamente na *plea bargaining*. É responsabilidade do defensor dar ciência ao acusado das propostas oferecidas para encerrar o caso. O acusado decide aceitar ou não a proposta, mas o acusado não participa a não ser por isso.

Por agora, vamos nos focar em cada um dos atores e delinear alguns pontos acerca de como cada um deles racionaliza sua participação no procedimento. O promotor só pode participar do procedimento de *plea bargaining* se ele possui autoridade para decidir sobre o encerramento, ou não, do caso²². Você não pode trocar algo que você não possui. Uma das bases da *plea bargaining* é nossa forte tradição, nos Estados Unidos, de disponibilidade do promotor

²²Em ingles “authority of the disposition of the case” (Nota do RT)

em oferecer ou não a denúncia e iniciar a persecução criminal²³. Não há obrigatoriedade da persecução criminal nos Estados Unidos, como se tem em outros sistemas, sendo o Brasil um deles. Os promotores não precisam prosseguir com um caso se não vêem necessidade ou se entendem que não possuem as evidências necessárias para uma condenação.

As vítimas, em nosso sistema, não são partes associadas da acusação. Não possuímos persecuções penais de natureza privada, como se têm em alguns sistemas. As vítimas são simplesmente testemunhas do caso. Elas não possuem qualquer autoridade direta quanto à forma de encerramento do caso.

O promotor, em nosso sistema, integra o Poder Executivo. Numa comarca, o cargo de promotor mais alto na hierarquia (os nomes variam conforme o estado, mas na Califórnia são chamados *district attorneys*) é um cargo eletivo. Assim, o controle acerca do abuso desse poder de disposição do caso que possui o promotor é realizado no âmbito político. Se os cidadãos não estão satisfeitos com a política do *district attorney* no que se refere à *plea bargaining* ou qualquer outra coisa, eles irão votar em outro na próxima eleição. Há muito pouco controle judicial acerca da decisão do promotor em iniciar a persecução criminal. Se não fosse assim, o promotor não teria o que oferecer à outra parte em uma negociação. Por causa dessa tradição, é o

²³Em inglês “prosecutorial discretion in charging” (Nota do RT)

promotor que detêm a maior autoridade sobre a maneira de decidir o caso.

Formalmente, os advogados de defesa são responsáveis por representar e zelar pelos melhores interesses para seus clientes. Seu papel é representar o acusado. Na divisão do poder de escolha e de autoridade entre o advogado e o cliente, compete exclusivamente ao acusado qual a acusação que vai aceitar, em qual negociação entrar. É ele sozinho que decide se irá oferecer ou não uma admissão de culpa²⁴. Na prática, é claro, o advogado tem grande poder sobre esta decisão, e esse poder é exercido na maneira com que ele irá encaminhar a proposta ao acusado. Um advogado que pode influenciar o acusado a fazer aquilo que ele pensa ser o melhor para ele é muito prezado pelos juízes e por outros advogados também, por exercer “bom controle sobre cliente”.

Embora se espere que o advogado represente somente a vontade do acusado, na realidade, a relação cliente-advogado é plena de tensões. Advogados de defesa, em sua prática diária – não da maneira que representam o que fazem, mas na prática – acabam por constranger seus clientes a aceitar negociações de *plea bargaining* que

²⁴Como se viu a *plea bargain* gera uma admissão de culpa em relação à oferta que o promotor faz e que define o tipo do crime e sua respectiva punição, negociada entre ele e a defesa.. Não seria adequado, portanto, defini-la como uma “confissão”, pois esta, além de confirmar uma suspeita que se tinha referente a uma verdade anteriormente descoberta, revela o arrependimento do autor por tê-la cometido. Daí nossa preferência por usar a expressão “admissão de culpa” ao invés de “confissão”.

beneficiam os advogados, o tribunal e eles mesmos, às vezes até em detrimento do próprio benefício do acusado

A maneira com que os advogados de defesa comumente racionalizam isso – e sei bem disso porque fui um deles, e porque estou frequentemente no meio deles – é dizendo a si mesmo que eles sabem melhor que os acusados o que é mais benéfico para os interesses dos próprios acusados. “Esse tolo não sabe o que vai acontecer no julgamento. Já fiz cinquenta julgamentos, seis iguais a esse e todos meus clientes foram massacrados e condenados a zilhões de anos. Então se eu forçar a barra para ele aceitar a proposta, é para o próprio benefício dele”. Advogados possuem diversas técnicas para convencer o acusado a aceitar uma proposta.

Agora, nos voltemos para o juiz, ou o tribunal. Por lei, os juízes possuem autoridade quase absoluta quanto à sentença. Em nosso sistema, os jurados, em alguns casos específicos, como os de pena capital, também possuem algum papel na sentença. Mas na maioria dos casos, os jurados não participam da sentença e, na verdade, é até inadequado discutir a sentença perante o júri. A sentença é papel do tribunal. Isso dá ao tribunal o poder de aprovar os termos de qualquer acordo que envolva uma sentença.

Ocasionalmente, ao menos na Califórnia, se o advogado de defesa e o promotor não conseguirem chegar a um acordo, o advogado de defesa pode

negociar diretamente com o juiz. O juiz pode recusar uma oferta e dar uma sentença inferior à proposta da acusação. Entretanto, nestas circunstâncias, já que o tribunal não possui a disponibilidade sobre a denúncia e sobre a tipificação do crime (que é papel do promotor), e pelo fato do tribunal não possuir poder para obrigar o promotor a desistir da acusação²⁵, o acusado deve admitir a culpa por tudo aquilo que foi inserido pelo promotor na peça de acusação. Na Califórnia há uma expressão típica para designar este caso²⁶.

Às vezes, os juízes não interferem na negociação no início, deixando que as partes negociem livremente. Mas, conforme o dia do julgamento vai se aproximando, aumenta o interesse do tribunal em economizar tempo e evitar os custos do julgamento, de modo que os juízes tendem a participar mais ativamente das negociações.

Assim como a acusação não pode negociar algo que não possui, o mesmo vale para o acusado. A capacidade de entrar na negociação de *plea bargaining* deriva em parte do fato de entendermos o julgamento pelo júri como um direito. Isto está entronizado na

²⁵Em inglês “because the court does not have the discretion whether or not to charge and what to charge (that is the prosecutor’s role), and the court cannot force the prosecution to dismiss any charges” (Nota do RT).

²⁶No original, “In California, this is called ‘pleading to the sheet’ or ‘pleading open’”, ou seja, na Califórnia há uma categoria legal que significa que, neste caso, o acusado tem que admitir tudo que está escrito nas páginas da peça de acusação (Nota do RT).

nossa Constituição Federal. Este é um dos direitos que se mantém aplicável em todos os estados, como já descrevi, desde o advento da 14ª Emenda. O acusado de tem o direito de ser julgado perante o júri e, por isso, pode desistir dele ou trocar e negociar este direito. Direitos constitucionais, de modo geral, em nosso sistema, podem ser dispostos, o que significa que se pode desistir deles e se recusar a reivindicá-los. No entanto, quanto aos direitos constitucionais, sob nossa lei, esses podem ser disponíveis sob a pressuposto de aquele que dispõe deles tem “conhecimento, voluntariedade e ciência” em sua renúncia²⁷. Isso requer, sim, certa ficção jurídica, para que se imagine que um acusado de um crime “livremente” aceite um proposta de acordo que envolva, por exemplo, cinco anos de prisão, para evitar uma sentença que o condenaria a quinze anos. No entanto, essa ameaça implícita de condenação mais grave é considerada juridicamente irrelevante, e uma admissão de culpa numa negociação de *plea bargaining* não é vista como resultado de coerção.

O objeto da negociação

Agora, o que está sendo negociado, trocado numa *plea bargaining*? Qual o objeto do acordo? No geral, é simples: a acusação dá ao acusado conseqüências menores, o que normalmente

significa menos tempo preso. Teoricamente, e isso acontece em casos de menor gravidade, é possível que o acusado negocie com o promotor e receba a retirada da acusação. Por exemplo, se o acusado depredou o carro de seu vizinho, e pretende pagar o conserto e o dano causado, havendo concordância do vizinho, pode ser que o promotor desista da acusação, condicionada à compensação da vítima. Assim, a *plea bargaining* pode ter como resultado desde a desistência da ação até, em último caso, quando está envolvida a pena de morte, a prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional.

Enquanto o promotor dá ao acusado uma condenação menor ou nenhuma acusação, o acusado oferece ao promotor duas coisas: a economia dos custos do julgamento e a certeza de condenação. A certeza de condenação é de grande valia para os promotores porque eles entendem que alguma responsabilização na área criminal é melhor que nenhuma. Seria possível ele perder o caso, então é melhor ter um acusado condenado a dois ou anos, do que a nada. E baixos índices de condenação das acusações feitas nos tribunais sugeririam um desperdício dos recursos da comunidade, o que poderia trazer-lhes conseqüências políticas.

É importante compreender que, para os promotores, a negociação de *plea bargaining* pode ser o passo imediatamente anterior a uma condenação

²⁷ Em inglês “(...)these can be waived or given up if the waiver is “knowing, voluntary, and intelligent.” (Nota do RT).

e encarceramento do acusado por longo tempo. Darei um exemplo de como isso funciona. X foi preso acusado de tráfico de cocaína. No estado da Califórnia este é um crime de maior gravidade, uma *felony*, com pena de três, quatro ou cinco anos numa penitenciária estadual. O acusado X está preso sob custódia, como a maioria dos acusados de *felony* no estado da Califórnia. Isso é altamente importante. O acusado X está sob custódia, preso, e está desesperado para ser libertado da prisão, e na audiência preliminar lhe é oferecida uma suspensão condicional do processo, chamada *probation*. A *probation* é um período de liberdade condicional, onde é permitido que o acusado fique em liberdade indefinidamente, desde que cumpridos alguns requisitos. Esses requisitos variam bastante. O mais importante deles é que o acusado não pode cometer outro delito. De modo geral, na Califórnia, é muito comum que os acusados também abram mão de seus direitos de não serem revistados sem uma causa provável em troca da *probation*.

Assim, o acusado X aceita a oferta, admite a culpa, e volta às ruas. O promotor sabe, no entanto, que ele estará de volta logo, logo – duas semanas, cinco semanas, sete semanas, não importa o quanto demore. Quase sempre, o acusado X volta, preso pela prática de um novo delito. Associada à *probation*, há sempre uma sentença suspensa. Como o acusado violou

a *probation* e foi preso novamente, a sentença original terá que ser cumprida e ele perde o direito à suspensão de sentença, sendo novamente preso.

Crucialmente relevante é que, no que diz respeito ao novo delito, o acusado teria direito ao julgamento pelo júri. Com a realização da audiência da revogação da *probation*²⁸, no entanto, não há esse direito. O acusado tem direito a uma audiência perante o juiz, mas não perante o júri. O padrão de prova que vai prevalecer, então, é *preponderance of the evidence*, que é o mais baixo em nosso sistema, bem abaixo do padrão do júri, que é *beyond a reasonable doubt*. Assim, evidências obtidas em uma busca ilegal podem ser usadas nesta audiência. O *hearsay*, uma declaração produzida fora do tribunal, também pode ser usado como evidência. Em contraste com o julgamento pelo júri, a audiência de revogação de *probation* é um procedimento sumário, e a revogação da liberdade do acusado é quase inevitável.

Embora haja uma *plea bargaining* antecedendo a audiência de revogação da *probation*, a posição do acusado é muito mais fraca e vulnerável neste novo delito. Assim, para a acusação a *plea* pode ser uma maneira muito mais barata e expedita de conseguir quase os mesmos resultados que se teria com uma condenação pelo tribunal do júri, mas sem tanto esforço, ainda que com

²⁸Em inglês “probation revocation hearing” (Nota do RT)

algum atraso. Isso é outro ponto levado em consideração pelos promotores em uma negociação.

A maioria das negociações de *plea bargaining* começa com uma referência a uma “proposta padrão”²⁹. A proposta padrão é um tipo de taxa média do mercado para um certo tipo de caso. É o tipo de condenação mais comum para aquele tipo de delito. Esse padrão é definido pelo costume, mas também, nos escritórios da promotoria, por seus supervisores. Os promotores mais jovens, que estão nas instâncias inferiores, normalmente recebem recomendações de seus supervisores, que dizem: “Nesse tipo de caso, essa é a margem de negociação que você pode propor, não vá além disso”.

Esses padrões de proposta são justificados pela necessidade de se evitar uma aparência de arbitrariedade. Seria indecoroso se as punições envolvendo os mesmos delitos apresentassem muita discrepância³⁰. O que os advogados geralmente negociam são as circunstâncias agravantes, ou seja, aquelas que fazem o caso especificamente mais grave ou desagradável; ou as atenuantes, coisas que indicam menor culpabilidade, o que justificaria sair de um jeito ou de outro desta margem. Boa parte da *plea bargaining* consiste em discutir se de al-

guma forma e como o caso se diferencia daquele considerado padrão³¹.

Quanto vale um caso?

Os advogados usam a expressão “saber quanto vale um caso”³². É usada como uma forma de mostrar admiração ou elogiar um colega advogado. Se eu digo que certo advogado “sabe quanto vale um caso”, estou fazendo um elogio. O que significa exatamente “saber quanto vale um caso?” Basicamente, significa olhar um caso do início ao fim e analisar o que é mais provável que aconteça em cada etapa, e prever de maneira precisa seu provável desfecho.

Em seguida, veremos quais são as questões que os advogados levam em conta para determinar quanto vale um caso. Há lugar para fazer uma moção (requerimento/pedido) para invalidar uma evidência obtida por meio de uma busca ilegal? Se há, o promotor provavelmente irá desistir da acusação ou irá só enfraquecer sua argumentação? É uma evidência central, ou apenas periférica?

Quais são os antecedentes criminais do acusado³³? São muitos ou poucos os delitos anteriores? Há padrões na sua folha corrida de crimes que podem ser relevantes? Ele tem cometido crimes cada vez mais gra-

²⁹Em inglês “standard offer” (Nota do RT).

³⁰Em inglês “It is considered unseemly for there to be too much variation in punishments between cases involving the same offense” (Nota do RT).

³¹Em inglês “Much of plea bargaining consists of discussions about whether a case deviates in some way from a standard.” (Nota do RT).

³²No original: “to know what a case is worth.” (N.T.)

³³No original, “law enforcement contact”. Nota do RT.

ves, ou os crimes vêm diminuindo de gravidade? Há intervalos em seus antecedentes? Se uma pessoa foi condenada quinze anos atrás e desde então não praticou nenhum delito é bem diferente de um antecedente de condenação de apenas cinco anos. atrás.

O acusado está respondendo a outros processos? Não é incomum que um acusado esteja respondendo a dois ou três casos na mesma jurisdição. São pessoas ocupadas, eles! A vida de muitos acusados envolve recorrentes violações à lei, e às vezes eles são flagrados em dois ou três delitos concomitantemente. Há um desconto por volume no sistema de justiça de criminal: para um acusado que possui três casos é muito melhor negociar todos em conjunto, do que sequencialmente, um de cada vez³⁴.

O acusado possui antecedentes que podem ser usados contra ele no julgamento? Nós antes exploramos superficialmente o impacto dos antecedentes no julgamento, mas há várias maneiras de usá-los contra o acusado apesar da vedação de apresentação de evidências relacionadas ao caráter do acusado. Por exemplo, ele pode ser impedido de testemunhar, por ser uma testemunha não confiável, dependendo do tipo de condenação que já sofreu³⁵. Dependendo da natureza da condenação, o risco

³⁴Em inglês "There is a volume discount in the criminal justice system" (Nota do RT)

³⁵Em inglês "defendants who testify may be impeached - that is, shown to be untrustworthy witnesses - with certain kinds of prior convictions" (Nota do RT)

pode ser muito grande para o acusado, diminuindo assim a margem de opções favoráveis para sua defesa.

Havendo vítimas, o quão compreensivas elas são? A vítima é solidária ou tão hostil quanto o acusado? É uma vítima "fantasma" que não irá aparecer, ou uma que irá surpreender ao testemunhar em tribunal? Por "surpreender" quero dizer um depoimento perante o tribunal completamente diferente do que alegou para polícia e/ou para terceiros, anteriormente. Isso realmente acontece em julgamentos. Muitas vezes é imprevisível, mas você pode ter já percebido que isso poderá ocorrer, dependendo da testemunha, nas audiências preliminares.

Se só há testemunhas da polícia, há registros de má conduta dos policiais que possam ser levantados e usados contra ele no julgamento?

Há algum fato especificamente mais grave no crime? Roubo, pelas nossas leis, é tomar algo de alguém por meio de força ou ameaça. Um crime de roubo pode envolver apenas ameaça. Por exemplo, se um acusado de grande porte físico aborda alguém e diz "Tem algum dinheiro aí?", isso pode ser enquadrado com roubo. Mas um roubo à mão armada é completamente diferente. Há circunstâncias fáticas do crime que importam muito. Por exemplo, imagine duas pessoas acusadas de um furto a uma loja: um furtou uma garrafa de Vodka de \$7, a outra levou fraldas

descartáveis de bebê. São fatos muito diferentes, mas o mesmo crime. E um é mais grave que o outro.

Há alguma defesa plausível no caso, particularmente uma que a acusação possa estar ciente pelas evidências que foram disponibilizadas antecipadamente pela defesa?

É o acusado um veterano de guerra, que serviu às Forças Armadas dos EUA? Há uma “desconto para veteranos”³⁶ na *plea bargaining*. Acusados que serviram na guerra recebem tratamento especial. Assim como hoje em dia algumas companhias aéreas permitem que veteranos embarquem primeiro, então, veteranos tem vantagens em negociações de *plea bargaining*.

Existem diversas especificidades e fatores humanos que podem influenciar o quanto vale um caso. O quão competente é o promotor? O quão bom é o advogado da outra parte? Ele tem peito pra ir a julgamento? Um julgamento envolve apostas altas e muito desgaste, é um ato arriscado. É difícil para os advogados, e muitos deles têm medo de ir a julgamento. Todos sofrem de alguma dose de ansiedade antes de atuar. Para alguns é pior do que para outros. Quando o colega do outro lado tem receio de ir a julgamento é que se consegue as melhores negociações (*bargains*). Ou você sabe que o seu oponente gosta de golfe. Ele vem falando há semanas que vai para a Escócia

participar de um torneio nos campos de golfe escoceses, e estamos justamente na semana anterior à viagem. Você sabe que ele não irá cancelar a viagem facilmente, então ele lhe dará exatamente o que você quer. Isso, diga-se de passagem, é um exemplo real que tive em minha experiência profissional.

Se você tiver a sorte suficiente para ter um caso cujo julgamento caia exatamente na semana entre o Natal e o Ano-Novo, ninguém no tribunal irá querer levar o caso a julgamento. Eles estarão encerrando o expediente ao meio-dia, indo a festas nos escritórios, com bebidas e muita diversão. Além disso, é a época de ser generoso. Se você é esse acusado sortudo, é como uma mina de ouro ou um presentão de Natal.

Ou talvez esteja havendo uma visita de um juiz de fora da comarca. Como em qualquer substituição de juízes, ninguém quer nenhum grande acontecimento ou algo fora do usual. Por isso, nesse dia você não irá querer uma *plea bargaining* no seu caso. Você vai esperar o juiz habitual retornar. Isso porque, digamos, você passa um grande tempo convivendo com o Juiz Y. Acontece que você sabe que o Juiz Y é um aficionado por armas de fogo. Ele é o único juiz em toda jurisdição de São Francisco que gosta de armas. Então, se você tem um caso que envolve armas, você vai querer o juiz Y. Os advogados têm pouco poder para direcionar casos para um lugar ou outro, pois os juízes têm o

³⁶ No original “veteran discount”. Nota do RT.

controle de onde vão os casos, mas os advogados possuem algum poder de influência, e podem direcionar o caso para onde eles precisam que vá.

Há diversos outros fatores imprevisíveis como os mencionados acima.

Essa noção de o quanto vale um caso revela diversas relações existentes entre o julgamento pelo júri e a *plea bargaining*. Primeiramente, é basicamente um processo de analisar um caso e prever o que é mais provável de acontecer no julgamento, assim como em cada etapa do processo. É preciso muita experiência lidando com muitos casos diferentes para se desenvolver esta previsão do julgamento. Experiência no julgamento pelo júri é vital para desenvolver um julgamento eficaz na negociação de *plea bargaining*. Além disso, um bom advogado de tribunal do júri acaba por intimidar o adversário, extraindo melhores condições do outro lado numa negociação.

Considere ainda, além de todos esses fatores descritos acima, as duas coisas básicas que o acusado pode oferecer durante a *plea bargaining*: redução de custos e a certeza de condenação. Quanto tempo do tribunal a defesa pode consumir com litigância pré-julgamento e com um processo demorado? Quanta dor e quais custos a defesa pode infligir ao sistema? Isso tudo determina o quanto a defesa pode evitar se a acusação concordar com as negociações. É isso o que determina o valor de um caso. Se temos no caso uma moção de

alegação preliminar de antecedentes, uma moção para anular uma evidência, outra moção apresentando um registro de abusos dos policiais envolvidos, todas essas possibilidades somam um grande valor ao caso, muito mais do que um caso sem nenhuma delas.

O quão incerta é a previsão de condenação? Quanto mais incerta, mais provável de a acusação aceitar a *plea*. Se o promotor não tem certeza que terá um veredicto final condenatório, é muito mais provável uma resolução pela *plea bargaining*. Se o promotor enxerga no relatório policial que há alguma possibilidade de legítima defesa em um caso de agressão, o caso será tratado de modo diferente do que seria se os fatos fossem diretos e auto-evidentes.

O Tempo da *Plea Bargaining*

Quando ocorre a *plea bargaining*? A *plea bargaining* ocorre em qualquer ponto do processo. Na verdade, é tecnicamente possível que ocorra até quando o caso ainda não deu entrada no tribunal. Pode ocorrer inclusive quando já iniciado o julgamento. A *plea bargaining*, assim, perpassa todo o tempo do processo. Os acordos podem ser rápidos, mas é muito mais comum que se dêem gradualmente ao longo do processo. Toda vez que o caso está no tribunal, os representantes dos dois lados e o acusado estão presentes, existe uma oportunidade de *plea bargaining*.

Há alguns momentos específicos do processo em que há um espaço maior

para o acordo. Principalmente quando algum investimento grande será feito, e um acordo evitaria despesas, ou quando uma incerteza surge – ou ambos. Por exemplo, eu, como advogado de defesa, posso ter preparado uma moção para anular uma evidência, pois acredito que foi obtida pela polícia através de uma busca ilegal. Logo antes da audiência, a ansiedade do promotor pode estar elevada; se a moção for aceita, as alegações da acusação serão enfraquecidas, se não forem completamente desfeitas. Então eu digo: “Vamos fechar esse caso, e assim não precisamos ficar aqui por mais uma hora e meia, você consegue sua condenação, mas em troca, para convencer meu cliente a aceitar, você me dá x”. Daí o promotor irá ao menos pensar de modo mais compreensivo do que em outros momentos do caso.

A Obrigação do Sigilo

Onde ocorre a *plea bargaining*? Isso pode parecer uma pergunta esquisita ou irrelevante, mas na verdade é muito importante. Tipicamente, a *plea bargaining* ocorre no gabinete do juiz, isto é, em sua sala privativa fora da sala de julgamento. O detalhe, no entanto, é que quase sempre também ocorre em sigilo, fora do ambiente público da audiência. A negociação de *plea bargaining* às vezes ocorre no corredor ou outros espaços públicos onde os advogados podem ser vistos, mas as negociações de fato não são testemunhadas por ninguém. Eles tomam a precaução de assegurar que ninguém

está ouvindo o que dizem ou prestando atenção. E, o mais importante, elas ocorrem sempre sem a presença do acusado.

Porque as negociações são feitas de forma sigilosa? Há um consenso muito claro entre todos, promotores, juízes e defensores, de que o sigilo e o segredo são necessários para que haja negociações “bem-sucedidas”. Por “bem-sucedidas” estou me referindo apenas àquelas que terminam em acordo, sem mensurar o quão satisfatório ou não foi para os envolvidos. O sigilo é necessário porque ambos precisam de liberdade para dizer ou fazer coisas que eles suspeitam que o acusado ou o público talvez não aprovassem.

Por exemplo, o advogado de defesa talvez se distancie do seu cliente e diga: “Esse cara é completamente irresponsável, eu sei. Ele é um cretino e não fará nada do que eu disser. Eu farei meu melhor para convencê-lo a aceitar um acordo, mas é melhor você me dar algo para que eu possa convencê-lo a aceitar a *plea*”. Isso pode ser uma estratégia. Em outras palavras, o defensor pode até não se sentir deste jeito em relação ao cliente, ou até pode ser que se sinta. São possibilidades plausíveis. Como você pode imaginar, de qualquer forma, o acusado não gostaria de ser descrito dessa forma diante do promotor.

Pode ser o caso também do juiz perceber o quão fraca é uma testemunha da acusação. O juiz então pode colocar alguma pressão no promotor para que ele ofereça uma proposta. O juiz poderia dizer “essa vítima é ridícula e eu

juro que eu não gostaria de ir a um julgamento que tenha uma principal testemunha como essa”. Nem é preciso dizer que esse tipo de comentário não pode ser feito em público. Mas pode ser útil para que um caso termine num acordo.

A privacidade é necessária também por conta da prática eticamente questionável de negociações envolvendo múltiplos casos. Em muitas negociações de *plea bargaining* mais de um caso é negociado. Em nome da eficiência, o tribunal às vezes agenda diversos casos de um advogado em um mesmo dia, para evitar que os advogados fiquem correndo de uma vara para outra. Por isso, um defensor público pode ter oito casos de audiência preliminar na mesma sessão, e negociar não só um, mas os oito casos de uma vez. Não de maneira explícita, mas implícita, *plea bargaining* nessas circunstâncias podem levar a “eu lhe dou x neste caso e você me dá y no próximo”. Você só pode ter uma negociação duramente conduzida por manhã, então você tem que escolher qual caso será. Um dos seus clientes se beneficia e os outros pagam o preço. Como você sentiria sendo o acusado que está pagando o preço? Este é outro motivo pelo qual o sigilo é necessário.

Os defensores não são de nenhum modo falsários, que enganam e coagem seus clientes para que eles ofereçam uma admissão de culpa. Muitos são pessoas da mais alta integridade e comprometimento. Uma combinação

de integridade e habilidade processuais é arma extremamente poderosa para um defensor, assim como para um promotor também. Se eu, como advogado de defesa, digo para meu colega da acusação que “Eu não acredito que meu cliente é culpado”, e ele sabe que eu costumo blefar, isso não significará muito para ele. Posso falar o que quiser que ele irá me ignorar. Porém, se já fiz outros julgamentos e ele sabe que eu sou um atirador certo e honesto, e que tenho integridade – e que tenho desempenho formidável perante o júri – ele vai ouvir o que digo quando eu disser que “Eu não acredito que meu cliente é culpado”. Deste modo, advogados podem usar sua reputação para favorecer seus clientes.

CONCLUSÕES

Permita-me concluir com algumas observações sobre o porquê de um sistema que funciona como uma máquina do “*plea bargaining*” continuando a se reconhecer e caracterizar como um sistema do julgamento pelo júri. Primeiro, há uma noção de que é correto representar o sistema dos EUA como sistema de julgamento pelo júri. Isso é verdadeiro porque a *plea bargaining* é um produto derivado, o outro lado da moeda do sistema do julgamento pelo júri. Talvez não tivéssemos a *plea bargaining* se não tivéssemos o tribunal do júri da maneira que temos em nosso sistema jurídico contemporâneo. Em outras palavras, a

alegação de que somos um sistema do julgamento pelo júri não é incorreta, mas talvez não seja completa.

Além disso, no entanto, há uma questão de legitimação, isto é, de como os advogados e juízes apresentam o sistema jurídico de modo que possam exercer autoridade frente ao público. Esse público é formado, talvez, por três audiências relevantes. A primeira é o público leigo de todo os EUA – aqueles que não integram o sistema de justiça. A segunda, os acusados. E a terceira, de algum modo, são todos aqueles que lidam com os Estados Unidos na comunidade internacional. Com o devido respeito a todas três, é muito mais nobre e respeitoso pensar em profissões jurídicas e num sistema de justiça que resolva grandes questões e perseguições criminais relevantes por meio de dramáticas disputas perante o tribunal, em que habilidades intelectuais e oratórias são colocadas em confronto.

Sem dúvida, é por isso que a cultura popular recorre tanto aos julgamentos pelo júri. Você não vê em programas de televisão e filmes a *plea bargaining*. O que você vê retratados são julgamentos. Compare as imagens do dramático herói em uma batalha no tribunal com a realidade da *plea bargaining*, que pode às vezes reduzir os acusados ao status de pepinos no mercado. Não é uma imagem muito bonita.

Parte da responsabilidade ou do sucesso profissional das carreiras jurídicas passa por convencer o público em geral

que nossas profissões exigem o domínio de algumas habilidades específicas. É o que os advogados vendem. Se não temos nenhum conhecimento que nos diferencia dos outros, porque alguém iria nos pagar para alguma coisa? Então temos que marcar bem nossa *expertise* e distingui-la de outras formas de *expertise*. O domínio de habilidades processuais para atuar perante o júri é muito mais específico do que o da habilidade cotidiana de negociar. Se você quiser ser bem representado em uma negociação talvez prefira um mercador de tapetes e não um advogado! Eles são melhores em negociar do que nós. Estou exagerando, é claro, porque já discutimos a relação entre conhecimento jurídico e a habilidade de negociar de maneira efetiva, e mesmo um mercador de tapetes experiente estaria perdido em uma *plea bargaining*, assim como qualquer um que não fosse advogado. Mas do ponto de vista de uma opinião pública, qualquer um pode entrar numa sala dos fundos e negociar, no mínimo tão bem quanto um advogado. Assim, a habilidade para atuar num julgamento é o diferencial das profissões jurídicas em relação a outras formas de especialização.

Com respeito aos acusados, perante os quais precisamos nos legitimar, isto é muito arriscado, pois, como eu disse, a grande maioria dos casos não vai a julgamento. No entanto, ainda é importante para eles enxergar o julgamento como uma possibilidade e ver a negociação da admissão de culpa como um desfecho influenciado fortemente pela

realidade do julgamento, e não como um simples produto de negociação.

A admiração da comunidade global e a inspiração no sistema de justiça dos Estados Unidos é fonte de grande orgulho em nossa profissão. A exportação de institutos e soluções do Direito norte-americano é um grande negócio. Nós comumente recebemos delegações jurídicas de todo lugar do mundo. Em São Francisco, eu mesmo já recebi gente do Japão, da China, do Leste Europeu, do mundo Árabe, e de outros lugares. Raramente nós viajamos para esses países, ao menos não para aprender sobre como o sistema de justiça deles funciona com o objetivo de buscar ideias para reformar nosso próprio sistema. Eles sempre vêm para ver o que fazemos. Quando vamos para o exterior, normalmente é para instruir os outros a melhorar seu sistema de justiça e modelá-lo à imagem do nosso. O retorno que os advogados dos EUA vêm nas respostas da comunidade global, suspeito, são um dos principais motivos dessa excepcionalidade norte-americana.

A excepcionalidade norte-americana é a crença de somos um país dotado de algo único, que somos especiais, e que podemos exigir prerrogativas e assumir papéis no cenário internacional que outros não podem. Isso explica porque uma nação como a minha pode pensar em si mesma como *a nation of laws* e mesmo assim se opor tão incisivamente ao direito internacional. Podemos matar pessoas em qualquer lugar do mundo usando *drones*

armados, violar a soberania dos outros. Ninguém mais pode fazer isso (exceto nosso protegido, Israel). O simples fato é que acreditamos que nossas leis são superiores a de quaisquer outros. Ninguém vai dizer que nosso *drone* é um assassino do direito internacional. O que é direito internacional? Agora, obviamente, esta não é a perspectiva de toda pessoa que vive nos Estados Unidos, mas é uma perspectiva defendida um tanto vigorosamente e de maneira um tanto franca por muitas pessoas poderosas. Nosso ex-presidente, e em alguma medida nosso atual presidente, parecem sustentar essa postura.

Talvez essa relação entre como nos portamos perante a comunidade internacional e como funciona nosso sistema do tribunal do júri não pareça plausível. Eu, pessoalmente, acredito que o orgulho que temos em nosso sistema jurídico e a fé em sua superioridade é uma causa dessa excepcionalidade norte-americana. Para o bem e para o mal, não vejo a menor intenção, seja dos profissionais do Direito, seja de outros – ou de qualquer outro lugar – em questionar a máquina da *plea bargaining*. Ela irá, conseqüentemente, continuar ribombando indefinidamente no futuro.

George Bisharat

Professor of Law, UC Hastings College of the Law, University of California, San Francisco, Estados Unidos da América do Norte.

“LATROCÍNIO” E “HOMICÍDIO”: uma distinção processual que separa “criminosos” e pessoas “que cometeram um crime”

Izabel Saenger Nuñez

Doutoranda em Antropologia pela Universidade Federal Fluminense.

E-mail: izabelsn@gmail.com

RESUMO

No presente artigo busco demonstrar, a partir da análise dos textos de “doutrina” produzidos sobre o Tribunal do Júri, como a distinção entre “criminosos” e “pessoas que cometeram crimes” resulta na separação entre latrocínio e homicídio, tendo como eixo a “pessoa” do criminoso travestida na interpretação de sua suposta “intenção”, auferida pelo Promotor de Justiça. Em razão dessa distinção, a competência do Júri foi reduzida para abarcar somente os segundos dentre os crimes que devem ser processados e julgados por este procedimento especial vigente no Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Ao compreender o direito como um sistema de interpretação da realidade é possível entender como representações e práticas se articulam e resultam em um “fazer judicial” próprio de uma sociedade desigual e hierarquizada, que estrutura e consolida privilégios até mesmo nas formas de processar e julgar crimes, isto é, no Processo Penal.

Palavras-chave: latrocínio, homicídio, tribunal do júri.

ABSTRACT

This paper intends to show how – according to Jury Trial legal “doctrine” texts – the distinction between “criminals” and “people who committed a crime” turned into two different legal treatments to “murders” and “homicides during a robbery” and, consequently, disparate legal procedures to administrate those conflicts, even though both result in human death. In Brazil, the first is judged by trial by jury, it means by jurors, while the second is administrated by a single judge. Considering law as a “life reading system” one may understand how practices and reality representations join to produce a “judicial work” in accordance to an unequal and hierarchical society, able to fix privileges even in penal procedure.

Key-words: murders, homicides during a robbery, Brazilian trial by jury.

INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro prevê diferentes “ritos” para o julgamento dos crimes cometidos no país. De acordo com o Código que regulamenta tais procedimentos, temos o rito sumaríssimo, o sumário, o ordinário e os ritos especiais. Dentre estes últimos, está o Tribunal do Júri¹. Neste “tribunal” só podem ser julgados os “crimes dolosos contra a vida”. A justificativa da “doutrina jurídica” brasileira para essa diferença na forma de processar e julgar alguns crimes reside no argumento de que a vida seria o “bem jurídico maior” ou o “bem jurídico mais importante” e que, portanto, merece “proteção especial” por parte do direito. Embora este seja o argumento sustentado em coro pelos “juristas” para justificar até mesmo a existência do Júri, algumas “mortes” não são julgadas por este procedimento e aqui tratarei especialmente de uma delas: os latrocínios.

Segundo os “doutrinadores” embora o latrocínio tenha o resultado morte, a “intenção” do réu, no momento do crime, não era “matar” e sim “subtrair” o bem que estava com a vítima. Ao anali-

sar os textos de “doutrina” sobre o Júri, produzidos no decorrer dos séculos em que este “tribunal” existe no Brasil, verifiquei que a exclusão do latrocínio da “competência” desse procedimento é, em verdade, algo muito recente e apresenta como justificativa essa ficção jurídica conhecida como “dolo”, ou seja, a “intenção do agente” no momento do crime.

Neste trabalho busco problematizar o tratamento diferente dado ao mesmo evento – a morte – no sistema de justiça criminal brasileiro. Ao analisar os discursos dos “doutrinadores” sobre a “competência” do Juri, pretendo demonstrar como, a partir dessa classificação, não é a vida humana o que se protege. Em verdade, essa distinção tem como pano de fundo uma classificação e uma hierarquização em relação a pessoa que comete o crime, sobre aquele que mata. E na prática é a interpretação subjetiva do promotor de justiça, sobre a conduta do “réu” no momento em que o delito foi cometido que determina se um crime será julgado pelo Júri ou não.

Metodologicamente o trabalho parte da análise de textos doutrinários do campo do direito. Não da forma como fazem os “operadores” do direito, mas de forma reflexiva, tendo os textos como um “campo”. Os sentidos e os significados do que está contido nesses textos são relevantes pela maneira como o campo se estrutura. Os alunos estudam a “doutrina”. Os operadores usam a “doutrina” para construir seus

¹O Tribunal do Júri é um procedimento penal especial previsto no artigo 5º da Constituição Federal e no Código de Processo Penal brasileiro (art. 406 e seguintes). Trata-se de um tipo de julgamento utilizado exclusivamente para os crimes dolosos contra a vida, e que difere de outros previstos no sistema brasileiro em vários aspectos. Uma das diferenças deste procedimento consiste em se produzir a decisão de forma oral, a partir do “debate” entre acusação e defesa e contar com a participação de sete jurados “leigos” para a produção da verdade e decisão do processo.

argumentos ao longo dos processos judiciais. Os autores desses textos são tidos como “autoridades” no campo, não em razão das suas ideias e argumentos, mas em razão do lugar que destaque que, como juízes, promotores e – alguns poucos advogados – ocupam no campo. Não é a autoridade do argumento que importa, mas o argumento de autoridade (Kant de Lima 1997).

Ao tomar o direito não apenas como um sistema de representações e de práticas (Clastres 2011: 241) mas também como um sistema de interpretações (Geertz 2007: 253) por meio do qual tais representações e práticas interagem durante o fazer judicial (Eilbaum 2012: 29) fica demonstrado o quanto as representações contidas na doutrina jurídica são importantes para compreender a forma como o direito é aplicado. Com isso quero dizer que é no processo de interpretação que os juristas fazem do mundo que as representações dão e ganham sentido, aos olhos do direito e, assim, pretendo demonstrar tais representações, que aparecem nos textos da doutrina, e como elas podem informar as práticas dos juristas.

Meu interesse pelas categorias “homicídio” e “latrocínio” nasceu a partir da pesquisa que realizei para a escrita de minha dissertação de mestrado, quando estudei as adaptações que o modelo inglês de *Trial by Jury* sofreu ao longo de sua vigência no Brasil, através da leitura dos textos de “doutrinadores” do campo

jurídico sobre o Júri (Nuñez, 2012). Durante a pesquisa pude perceber as sucessivas adaptações que a versão inglesa do Júri sofreu (tida como democrática, popular e igualitária) para ser transformada pela cultura jurídica brasileira numa instituição autocrática, hierárquica e elitista (Kant de Lima, 1995). Além disso, o interesse sobre essas categorias e a dicotomia entre elas também se reforçou com o início da pesquisa de campo que realizei no Tribunal do Júri para a escrita de minha tese de doutorado².

Neste artigo pretendo, através da análise dos repertórios discursivos da “doutrina jurídica”, que aqui apresentarei, demonstrar como a dicotomia entre “homicídio” e “latrocínio” que tira o segundo da competência do Júri, não tem a ver com o resultado morte, mas sim com o afastamento de “criminosos” do Tribunal do Júri, deixando esse Tribunal para o julgamento de “crimes de emoção”, que são aqueles tidos como “inerentes a condição humana”, isto é, passíveis de serem cometidos por quaisquer pessoas. Para tanto, o artigo está dividido em três partes, além de introdução e conclusão: (i) exposição dos motivos pelos quais o direito pode ser considerado um sistema de interpreta-

²Para a elaboração de minha tese de doutorado, a ser defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Antropologia da UFF realizei pesquisa empírica em uma Vara do Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro. A metodologia utilizada no trabalho é a de etnografia (Oliveira, 1993), tratando-se, principalmente, de observação participante de audiências e sessões de julgamento no Tribunal do Júri, além do cotidiano de trabalho dos agentes, em seu dia a dia.

ções que articula representações e práticas; (ii) problematização dos critérios definidores da competência do Tribunal do Júri; (iii) apresentação das adaptações pelas quais a “competência” do Júri passou, ao longo do tempo em que este procedimento vige no Brasil e, ainda, como tais transformações explicitam valores do sistema de justiça criminal brasileiro.

O DIREITO COMO UM SISTEMA DE INTERPRETAÇÃO DO MUNDO E AS ESPECIFICIDADES DO CASO BRASILEIRO

Pensar o direito como uma representação da realidade, isto é, como mais uma leitura, entre tantas outras, feita sobre a “realidade”, é a reflexão sociológica que nos apresenta Clifford Geertz. Tal construção analítica é parte da sua antropologia interpretativa. Segundo o autor

A parte jurídica do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios e valores limitados, que geraram tudo que tenha a ver com o direito, desde decisões do júri até eventos destilados e, sim, parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. (Geertz 2007: 259).

Essa análise decorre da própria forma pela qual autor pensa a cultura. Ao dialogar com o clássico conceito de cultura de Tylor (1883), que a define como

algo existente no mundo, fora do homem, Geertz então transfere a cultura para dentro do homem, a partir do que chama de “processo de *feedback*”. Significa pois, que não apenas o homem é fruto de sua cultura, mas há entre eles uma relação recíproca, a partir da qual o homem produz a cultura e a cultura produz o homem (Geertz 1989: 33).

Para Geertz, é o tráfego entre símbolos significantes - “as palavras, para a maioria, mas também gestos, desenhos, sons musicais, artifícios mecânicos como relógios, ou objetos naturais como joias” - e significados, que faz a cultura. A dimensão simbólica é necessária para dar conta da “qualidade não simbólica constitucionalmente gravada” no corpo do homem (Geertz 1989: p. 33).

Assim, Geertz coloca o direito como “só mais uma instituição cultural” (Geertz 2007: 330) que, por isso, também é “saber local”, ou seja, “o direito é (...) juntamente, com um conjunto imenso de outras realidades culturais – desde os símbolos da fé até os meios de produção, uma parte ativa dessa sociedade” (Geertz 2007: 329). E por isso o conceito criado por ele, de “sensibilidade jurídica” serve como ferramenta para trabalhar sua antropologia interpretativa, através do contraste entre as diversas sensibilidades jurídicas existentes ao redor do mundo.

É neles – nesses métodos de formas de conceber as situações de tomadas de decisões, de modo

que as leis estabelecidas possam ser aplicadas para solucioná-las (...), isto é, naquilo que venho chamando de sensibilidades jurídicas – que se encontram os contrastes mais informativos. (Geertz 2007: 324).

Para ele é no encaixe entre o mundo e as leis, em cada local, que reside a riqueza da análise desse “sistema” de justiça³. Esse processo de interpretação, que ocorre entre o encaixe de fatos em leis, Geertz chama de adjudicação, ou seja, a forma como se dá a transformação do “se então” (lei) em “como portanto” (vida) ou o inverso. A maneira como se dá essa conversão, os elementos para que seja “justa” em cada contexto, é que ele chama de sensibilidade jurídica (Geertz 2007: 260). É ela que confere legitimidade às formas de administrar os conflitos em cada contexto, que dá sentido aos sistemas de justiça, que define o que é justo. O autor, como se vê, usa esse conceito como alternativa às categorias analíticas como “tradição”, “cultura” ou “sistema”.

A descrição feita por ele sobre a “sensibilidade jurídica ocidental”, entretanto, refere-se à vertente da *common law*, especialmente ao caso dos Estados Unidos, uma vez que a relação entre

³Em diálogo com Kant de Lima (2004) não se pode falar em “sistema de justiça criminal” no Brasil. Isso por que a ideia de sistema presume uma continuidade e uma integração, que não acontecem no caso brasileiro. Aqui a organização se apresenta de modo partido e as agências (polícia, ministério público e judiciário, no caso do processo penal) não se comunicam e competem entre si, para o exercício das suas funções.

fato e lei (*fact and law*) como descrita pelo americano, “só pode ser possível na tradição em que os processos adversários de argumentação, de inclusão e exclusão de evidências (*exclusionary rules*) (...) definem judicialmente quais são os *facts* em litígio, consensualizando-os” (Kant de Lima 2010: 31).

Kant de Lima (2010), ao dialogar com os trabalhos de Geertz (2007), Foucault (2003) e Berman (1983), descreve a existência de, pelo menos, três sensibilidades jurídicas ocidentais: a americana, conforme descrita por Geertz, outra francesa (descrita por Foucault) e a brasileira, que não coincide tampouco com uma, quanto com a outra, mas constituiu-se como algo diferente.

O livro “A verdade e as formas jurídicas” de Foucault (2003) tem como argumento central a existência de uma íntima conexão entre as transformações na economia, os modos de produção na Europa e as formas de fazer justiça – o controle social. Para Foucault, os meios de fazer justiça contemporaneamente na França tem origem a partir do *inquest*, isto é, tendo como centralidade o Estado, na organização da sociedade ocidental moderna. A sua argumentação sustenta toda uma transformação histórica, que vai resultar nessa forma específica de construção da verdade

Não creio, no entanto, que o procedimento do inquérito seja simplesmente o resultado

de uma espécie de progresso de racionalidade. Não foi racionalizando os procedimentos judiciais que se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política, que tornou não só possível, mas necessária, a utilização desse procedimento no domínio do judiciário. (Foucault 2003: 72).

O autor francês, que não trabalhava numa perspectiva comparativa, não percebeu que as formas de fazer *inquest* atualizaram-se de maneiras diferentes em outras sociedades (Kant de Lima 2010). Assim, no caso brasileiro, apresenta-se uma terceira versão (diferente da primeira descrita por Foucault e da segunda por Berman, citados anteriormente). Surge aqui, a partir da inquirição devassa, de origem portuguesa, uma outra forma de “sensibilidade jurídica”. E, posteriormente nosso processo penal pátrio passa por três grandes reformas processuais, nas décadas de 1830, 1840 e 1870 (Kant de Lima 2010: 34) que afetarão as formas de produção da verdade e de fazer justiça, contemporaneamente.

Para ser ainda mais específica quanto ao caso brasileiro, as reformas não foram poucas: passamos da criação dos juízes de paz e do Tribunal do Júri, competentes para administrar e julgar todos os crimes (Flory 1981); na reforma de 1840 foi criada a figura do

delegado, para julgar os crimes de polícia; e, posteriormente, em 1870, separa-se polícia de justiça e eis que surge o inquérito policial, semelhante a uma inquirição devassa, como “uma investigação preliminar, administrativa, enquanto não havia acusação pública, para determinar os fatos objetos do conflito” (Kant de Lima 2010: 35).

Assim, surge no Brasil um tipo de investigação que é diferente daquelas existentes em outras culturas, orientadas por outras sensibilidades jurídicas. Aqui,

as investigações preliminares – protegidas pelo sigilo, mas capazes de produzir um instrumento cartorial com fé pública contra o acusado, feito à revelia deste [...] associadas à superioridade do Estado sobre a Sociedade, à desigualdade entre os segmentos da sociedade – poderosos e não poderosos, com honra e sem honra – e à cautela de um Estado “tutor” em tornar públicos [no sentido de pertencentes ao estado] para não ferir a intimidade das pessoas. (Kant de Lima 2010: 36).

Com isso quero dizer que a “sensibilidade jurídica” brasileira é resultado de transformações sociais e políticas que convergem para a construção do “sistema de justiça criminal” que temos hoje. E, assim como as investigações falam sobre nossa forma de interpretar os acontecimentos

através da lente do direito, a diferença na classificação dos crimes de "homicídio" e "latrocínio" também o faz. Classificar crimes que tem o mesmo resultado – morte – de formas diferentes, de acordo com a suposta intenção do agente, demonstra um traço de nossa sensibilidade jurídica⁴.

Assim, os repertórios discursivos encontrados nos textos de "doutrina jurídica" processual penal brasileira, que descrevem o funcionamento ideal do Tribunal do Júri, trazem em seu corpo elementos que falam sobre a esta sensibilidade jurídica e contam a história das transformações que o Júri sofreu ao longo de sua existência no Brasil. Tais elementos estão contidos nos valores morais e representações presentes em tais textos sobre o fazer jurídico, no âmbito desse procedimento especial.

Isso por que, esse discurso produzido e veiculado de forma escrita – cujas obras são conhecidas no campo como "doutrina jurídica"⁵ – é elaborado por "juristas" tidos como "autoridades" no campo. Es-

tes autores são conhecidos no direito, não à toa, pela alcunha de "doutrinadores". Por serem "doutrinadores" seus textos não são lidos de maneira reflexiva, mas incorporados pelos estudantes e profissionais do direito, de forma automática, tendo-os como seres supremos, dotados de um saber acima de todos os demais.

Os autores desses textos são também conhecidos como "juristas" e, via de regra, ocupam lugares de destaque no campo profissional jurídico, como juízes, desembargadores, promotores de justiça. Raros são os advogados que conseguem alcançar o posto de "juristas". Inclusive, a pesquisa que fiz para minha dissertação de mestrado, todos os "doutrinadores" pesquisados, por serem referência no campo, ocupavam cargos públicos, associados ao Estado. Por isso, "a doutrina é uma criação advinda ou dos tribunais – através da jurisprudência ou dos juristas, que são os renomados estudiosos do Direito que estabelecem como as normas devem ser interpretadas". E este lugar dado aos textos doutrinários é expressado pelos próprios operadores do campo, quando reconhecem a necessidade de criar "doutrinas" para regular a aplicação de leis (Baptista 2008).

Estes livros trazem valores morais e representações que informam o fazer jurídico e o fazer judicial⁶, ou seja, para

⁴O mesmo se pode dizer da introdução – e permanência – do Tribunal do Júri no Brasil. Embora o Júri seja, originalmente, uma forma de julgamento da common law – está presente no sistema de justiça brasileiro, ligado à tradição da civil law (Merryman 1969). Esta presença, inclusive, é motivo de acalorados debates travados entre os "juristas" sobre a sua presença no caso brasileiro.

⁵A doutrina jurídica é o corpus de textos próprios do saber jurídico. Segundo os próprios "doutrinadores" esta expressão também equivale à "dogmática" que significa "o estudo de caráter científico que os juristas realizam a respeito do direito, seja com o objetivo meramente especulativo de conhecimento e sistematização, seja com o escopo prático de interpretar as normas jurídicas para sua exata aplicação" (Diniz, 1994:284). Se trata, portanto, de um texto normativo, que pretende definir os modos de regular as práticas jurídicas e sociais.

⁶A distinção entre fazer judicial e fazer jurídico vai na esteira do que Eilbaum (2012) identificou em sua etnografia dentro de uma Unidad Fiscal de Instrucción, localizada no do departamento de Los Pantanos, no conurbano bonaerense quanto à existência de um "saber judicial" orientado para as

além de estarem nos textos, são as ferramentas de trabalho dos juízes, advogados, defensores e promotores de justiça. Esta conexão entre os textos e as práticas se explica por que, se, por um lado, o direito é constituído por leis, regulamentos, decretos, códigos de conduta e doutrinas que podem, ou não, estar escritos, e que configuram um “sistema de representações” (Lévi-Strauss 2012: 85), por outro lado, o direito acontece na prática, na interação entre os agentes, no quotidiano das salas de julgamento, na realização de audiências, nos corredores de fóruns e tribunais e nas relações que permeiam a produção das decisões judiciais, caracterizando, ao mesmo tempo, um “sistema de práticas e um sistema de representações” (Clastres 2011).

Mais do que um sistema de representações e de práticas, o direito pode ser compreendido como um sistema de pensamento (Bourdieu 2009), uma vez que a forma como é ensinado, nos bancos das Faculdades de Direito, transmite conteúdo e método, tendo, portanto, tanto a “função de integração moral apontada por Durkheim, quanto a função de integração

práticas do “fazer justiça” e o saber jurídico, técnico e adquirido de modo formal, na faculdade de direito. Para a minha pesquisa de mestrado, que lida com os textos de doutrina, o espaço da faculdade de direito ganha um lugar especial, uma vez que o primeiro contato com a “dogmática jurídica”, relacionada com o “saber jurídico” acontece nesse lugar.

⁷De acordo com Clastres, quando trata da guerra nas sociedades primitivas – tanto a prática da guerra quanto a prática das alianças (casamentos e trocas) firmadas entre os nativos, são informadas por um “sistema de representações” no qual o estado de guerra é um estado permanente e iminente na representação que os nativos fazem do mundo (Clastres 2011: 241).

cultural” (Bourdieu 2009: 205)⁸. São os textos da “doutrina” que transmitem os valores consagrados no campo do direito.

Por fim, além da centralidade desses textos no campo, também optei por tomá-los como fonte na pesquisa⁹ por uma questão prática e até mesmo óbvia: como busquei compreender as transformações que o Tribunal do Júri sofreu ao longo de sua existência no Brasil, nada mais coerente do que ler os “doutrinadores” do passado sobre essas transformações e os argumentos utilizados para justificá-las, uma vez que esses autores não estão mais vivos e não é possível entrevistá-los.

Para a escrita de minha dissertação de mestrado pesquisei os textos produzidos pela “doutrina jurídica”, ou seja, por juristas reconhecidos do campo

⁸Na Faculdade de Direito os alunos aprendem como um jurista deve agir, falar e vestir (método) e como deve “pensar juridicamente” (técnica). Ao longo de cinco anos de formação teórica, e em alguma medida prática, são ensinadas as técnicas corporais, assim como as técnicas atinentes à operacionalização do saber jurídico. Ao longo desse mesmo período, os alunos passam a naturalizar o mundo do direito, tornando-nos “indivíduos programados, dotados de um programa homogêneo de percepção, pensamento e de ação” (Bourdieu 2009: 205).

⁹A dissertação teve como foco as formas e as lógicas que orientam a criação desse modelo de produção de verdade jurídica no Brasil, ou seja, a partir dos textos, busquei compreender quais as adaptações que o modelo do Trial by Jury sofreu para sua inserção no sistema de justiça brasileiro, uma vez que se trata de importação de um instituto próprio de uma sociedade baseada em valores igualitários e que será inserida em nossa sociedade de características paradoxais (Nuñez 2012). Uso o termo paradoxal, em diálogo com o trabalho de Kant de Lima, porque se por um lado existe um discurso republicano que “apregoa explicitamente a igualdade e a liberdade de todos os indivíduos que compõem a sociedade, permanece implícito – mas claramente detectável à observação – práticas que apontam para uma sociedade, que à maneira de uma pirâmide, é constituída de segmentos desiguais e complementares” (Kant de Lima 2010: 57).

do direito, que escreveram (ou escreverem) sobre o Tribunal do Júri. Os livros pesquisados consistem num *corpus* de textos por meio dos quais o conhecimento jurídico é transmitido. Dentre as principais características desse material, destaco o privilégio da descrição de um "dever ser" do sistema de justiça. Ou seja, esses textos trazem as análises de juristas sobre as melhores formas de interpretar as leis e descrevem o funcionamento ideal do judiciário. Além disso, todo o material consultado foi produzido por autoridades do campo, conhecidos como "doutrinadores" ou "dogmáticos", juristas que por suas posições de destaque produzem obras que serão lidas e utilizadas pelos demais agentes que operacionalizam esse saber.

OS CRITÉRIOS DEFINIDORES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI: a morte ou quem mata?

O Tribunal do Júri no Brasil é um procedimento penal especial, restrito ao julgamento dos "crimes dolosos contra a vida"¹⁰. Trata-se, portanto, de uma forma de administração judicial de conflitos exclusiva para julgar alguns crimes. Por isso, nem todas as mortes trazem os elementos necessários para serem julgadas dentro desse "Tribunal". Em oposição aos crimes

dolosos contra a vida existem os homicídios considerados "culposos"¹¹ e os latrocínios. Todos eles, mesmo que resultem em morte, não possuem o elemento "dolo contra a vida humana" e, desse modo, não vão à Júri. Os latrocínios, diferentemente dos homicídios culposos, são considerados "crimes contra o patrimônio" (roubo seguido de morte) e, segundo a "doutrina", é por esse motivo que não vão à Júri.

A especificidade do Júri mostra, por si só, a existência de uma classificação e uma hierarquização (Dumont 1997: 373) quanto ao que pode ou não ser julgado por esse Tribunal. E, ao analisarmos essa separação entre as mortes que vão e não vão à Júri a partir do discurso nativo dos "doutrinadores", a justificativa que emerge entre as linhas desses textos descreve o homicídio como "o ponto mais chocante na orografia dos crimes" e a "mais chocante violação do senso moral médio da humanidade" (Marques 1948: 39). Embora esses autores sustentem que a morte seria a característica capaz de justificar o julgamento de tais crimes por um tribunal especial, em oposição aos demais crimes – conheci-

¹⁰ Crimes dolosos contra a vida são todos aqueles em que há a intenção, por parte do agente, do autor, de "produzir o resultado" ou quando o agente "assumiu o risco de produzi-los" (art. 17 do Código Penal). Vão a júri os homicídios dolosos contra a vida, sendo eles: a) homicídio; b) infanticídio; c) participação em suicídio; d) aborto.

¹¹ A distinção legal entre "dolo" e "culpa" está contida no art. 18 do Código Penal e dispõe: Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. Os crimes culposos – como por exemplo alguns homicídios resultantes de "erro médico" ou a maior parte das mortes por acidente de trânsito não são julgados pelo Júri justamente por que os promotores ao analisarem o caso entendem que não houve a intenção de matar.

dos como “crimes comuns” e que serão julgados pelo juiz singular, numa “vara criminal comum”¹² - nem todas as mortes serão julgadas pelo Tribunal do Júri.

É evidente, então, que se o critério definidor da competência do Júri fosse a morte humana, ou segundo os autores do campo do direito “o maior dos crimes”, uma vez que “matar alguém, isto é, seja quem for (...) encerra a objectividade num único bem cuja recuperação é impossível” (Roberto Lyra 1933: 62), todo e qualquer crime que tivesse como resultado a morte deveria ser processado e julgado por este procedimento. Ao menos se tomarmos como referência este argumento levantado pela doutrina.

Mas, diferentemente disso, para que um crime seja julgado pelos jurados, por meio do procedimento do Tribunal do Júri, o critério definidor levado em conta para a distribuição do processo é a “vontade” do réu no momento em que cometeu o crime. Isto é, o acusado precisa ter cometido o ato “com a intenção de matar” para que seja levado à Júri. Dito de outra forma, o que pesa na definição da competência de um crime – se ele é doloso contra a vida ou não – é a intenção do réu. Trata-se, portanto, de

algo subjetivo. Em verdade o critério definidor da competência do Júri não é a vontade do réu – uma vez que ninguém lhe pergunta sobre a sua vontade no momento do crime mas, mais do que isso, é a interpretação do promotor de justiça sobre o que ele imagina ser a vontade do acusado no momento do crime.

No nosso sistema de justiça criminal quem detém a ação penal é o Ministério Público, representado pela figura do Promotor de Justiça (art. 19, I, CF/1988). Após receber o “inquérito” realizado pela Polícia Civil o promotor elabora a “denúncia” que é a peça processual chave, determinante no início da ação penal – ação penal da qual o *Parquet* não pode desistir (art. 42 do CPP). No momento de elaboração da denúncia, o critério definidor para se mandar um caso para o júri ou para a Vara Criminal Comum é o elemento “dolo” (a intenção do acusado). No Brasil, a lei determina que essa intenção seja medida através da interpretação do promotor sobre os “fatos”.

Assim, diante de uma morte o promotor de justiça, ao receber o inquérito policial, um amontoado de folhas produzidas na polícia civil, as lê e analisa. Se concluir que o indiciado teve a “intenção” de matar, pode denunciar por homicídio. Se, por outro lado, concluir que o “suspeito” teve a intenção de roubar e acabou matando ou matou “sem querer”, elabora a denúncia por latrocínio ou homicídio doloso. Nos dois últimos casos,

¹²Os tipos de crimes e ritos processuais para o seu julgamento não se esgota, evidentemente, na distinção entre “crimes comuns” e “crimes de júri”. Há, ainda, os “crimes de menor potencial ofensivo” que são julgados pelo procedimento do JECrim; os “crimes de violência doméstica” que são julgados pela “Vara da Violência Doméstica” entre tantos outros. Neste artigo, entretanto, me interessa focar justamente nessa dicotomia, entre os crimes que vão à Júri e aqueles que são julgados por juízes comuns.

o crime será julgado por uma Vara Criminal Comum, um juiz "togado" e não terá a participação dos jurados.

Assim, como se vê, a dinâmica que determina onde (e como) uma "morte" será julgada se dá no momento em que o promotor toma sua decisão. A partir do que lê no Inquérito Policial. E para isso, o poder é dado ao agente do Ministério Público, que vai auferir o que se passava no plano da vontade do réu. Como se pode perceber, o peso não está na morte da vítima, como quer fazer crer o que está escrito nos textos da doutrina. Esta compreensão, como explorarei mais a diante, está relacionada com o discurso da responsabilização do criminoso ao invés da conduta criminosa, característico de nosso sistema penal inquisitorial.

Na simples análise do discurso presente na doutrina e o contraste com a prática forense é possível perceber como a classificação entre os crimes que podem ser ou não julgados no Tribunal do Júri não está associada a morte, em si mesma, mas ao causador dessa morte. O réu que supostamente matou em razão do sentimento e da emoção, em contraposição àquele que mata por que está no "mundo do crime" e, portanto, tem a morte como um "negócio" faz com que o primeiro possa ser julgado pelo Júri, enquanto o segundo vai para a Vara Criminal Comum. Com isso não quero dizer que o Júri deve ser considerado um procedimento melhor ou pior, mas problematizar por que existe

tal distinção no caso brasileiro e, sobretudo, o que esta distinção fala sobre o fazer judicial (Eilbaum 2012) no Brasil. Nos textos que foram o "campo" para esta pesquisa, a distinção entre as mortes que podem ser julgadas por esse procedimento "especial" é abordada quando os "doutrinadores" tratam da "competência" do Júri. Tratarei desse discurso no próximo item do artigo.

A "COMPETÊNCIA" DO TRIBUNAL DO JÚRI: dos "escriptos abusivos" aos "crimes dolosos contra a vida"

A categoria nativa que trata da distinção entre a forma (e o Tribunal) por meio da qual se dá a administração de mortes pelo sistema de justiça é a "competência". Ao pensar o direito como um sistema de interpretação da realidade (Geertz 2007) essa categoria pode ser considerada uma, dentre outras, que orientam o trabalho dos juristas de "leitura" do mundo. A "competência" diz respeito, na classificação nativa, ao lugar e ao procedimento por meio do qual um conflito será administrado dentro do poder judiciário, isto é, onde a "causa", para usar uma expressão nativa, será julgada. Não à toa o termo usado é esse, no sentido de ser "capaz", ter "atribuição" e ser competente para o processamento do caso.

No Brasil, a competência do Júri é "especial", ou seja, o júri não é competente para processar e julgar quaisquer crimes. Esta "especialidade" se apresenta

em oposição aos “crimes comuns”, aqueles que são julgados pelo rito ordinário (e pelo juiz singular). Diferentemente deste último, o procedimento do júri é “bifásico” conforme define a classificação nativa. As duas fases estão divididas entre a instrução (1ª fase) e o julgamento em plenário (2ª fase). Esta 2ª fase acontece somente se o réu for “pronunciado” na fase anterior, caso o juiz considere que o crime em julgamento é “doloso contra a vida”. Com isso quero dizer que a “especialidade” do júri não reside somente na sua competência, mas também na forma, no procedimento, por meio do qual os crimes são administrados dentro desse Tribunal.

Quanto à competência do Júri, como já disse anteriormente, atualmente ela está restrita aos “crimes dolosos contra a vida”. Entretanto, a pesquisa que fiz nos textos de doutrina que tratam do Júri nos últimos séculos no Brasil, mostrou que nem sempre foi assim. Pude perceber, a partir da análise de tais textos, que esta “competência” passou por mudanças e, apenas muito recentemente – se considerarmos o tempo em que este procedimento existe no Brasil – foi restringida e transformada no que é hoje. Neste item do artigo, descreverei as sucessivas mudanças pelas quais passou o desenho institucional do Tribunal do Júri no Brasil e o que os “doutrinadores” pesquisados dizem sobre tais modificações.

Os “doutrinadores” contemporâneos costumam dizer que o Júri foi introduzido no Brasil em 1822, de acordo

com o Decreto de 18 de julho de 1822. Entretanto, o documento nada fala sobre o “Tribunal do Júri”. Em verdade, seu texto somente refere que serão instituídos “Juizes de Facto, para conhecerem da criminalidade dos escriptos abusivos¹³”. Ou seja, no ano de 1822, mesmo que se tome como marco temporal da introdução do júri no Brasil, não foi o Júri tal como é hoje, que foi criado em nosso país. Tampouco se pode dizer que se trata do “julgamento por pares”, inspirado no modelo inglês, que posteriormente foi importado para o Brasil. O que foi inventado naquele momento foi, em verdade, um tribunal específico para julgar os crimes de imprensa, cometidos contra o imperador.

Somente dez anos mais tarde, em 1832, com a primeira reforma processual penal brasileira (Kant de Lima 2010: 34) e a promulgação do Código de Processo Criminal do Império que o júri, inspirado no modelo que funcionava

¹³ Este decreto, segundo o seu próprio texto, “Crêa Juizes de Facto para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa” e, para tanto, José Bonifácio representando o Príncipe Regente determina que “considerando eu quanto peso tenham estas razões e procurando ligar a bondade, a justiça, e a salvação publica, sem offender a liberdade bem entendida da imprensa, que dejeo sustentar e conservar, e que tantos bens tem feito á causa sagrada da liberdade brazilica, e fazer applicaveis em casos taes, e quanto fôr compativel com as actuaes circumstancias, aquellas instituições liberaes, adoptadas pelas nações cultas”. O que foi estabelecido, de acordo com o texto do Decreto, portanto, nada tem a ver com o Tribunal do Júri Inglês, senão com um corpo de jurados “24 cidadãos escolhidos de entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas” para analisarem os crimes de imprensa cometidos contra o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-18-7-1822.htm>. Acesso em: 19, fev., 2016.

na Inglaterra, passou a ser previsto no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a qualidade de Tribunal Criminal aqui vigente. Naquele momento, foi considerado competente para o processamento de todos os crimes aqui cometidos, não apenas os "dolosos contra a vida". Ademais, o modelo previa a existência do grande e do pequeno júri e, também por isso, aproximava-se do modelo inglês.

Como disse, a competência do Júri em 1832 era ampla, para processar e julgar todos os crimes. Entretanto, foi sucessivamente sendo modificada, até chegar nos dias de hoje, restrita aos "crimes dolosos contra a vida". Com a Constituição Federal de 1891, promulgada após a Proclamação da República em 1889, os estados da federação passaram a ter autonomia para legislar em matéria processual penal. Durante esse período – que perdurou até a Era Vargas – os Júris puderam adotar diferentes formatos em cada estado da federação, não somente no que se refere à competência, mas também ao modo de votação e ao modo de processamento dos crimes. Assim, durante esse período, é difícil esclarecer a competência do Júri pois, enquanto em alguns estados era ampla, em outros era mais restrita

Prevalcia na maior parte dos Estados o critério da enunciação legal dos crimes de competência do Jury, predominando o espírito de que essa

devesse ser a jurisdição geral e ordinaria, que havia de caber a maioria delles e os mais graves, reservando-se para a justiça togada aquelles de apuração mais dependente de provas technicas, documentaes, e os de pequena significação social. Assim era em Minas Geraes, São Paulo, no Estado do Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul, etc. (Magarinos Torres 1939: 27).

Posteriormente, a Constituição de 1934 unificou o processo penal brasileiro e manteve o júri no seu texto mas, por outro lado, não havia previsão legal infraconstitucional regulamentando o seu funcionamento. Assim, o Decreto-Lei 167 de 1938 unificou a competência do Júri e, não só listou os delitos a serem julgados por este Tribunal (art. 3º) como regulamentou o seu funcionamento de maneira geral, também definindo questões recursais, de incomunicabilidade, entre outras¹⁴. Dizia o artigo 3º:

Ao presidente e aos jurados competem, respectivamente, a pronúncia e o julgamento, nos crimes definidos pelos artigos 294 a

¹⁴ Como dito, o referido Decreto-lei unificou o funcionamento do Júri no Brasil, após 47 anos de regulamentações estaduais diferentes. Mas, além disso, aboliu a soberania dos veredictos, reduziu o número de jurados para sete e estabeleceu a incomunicabilidade entre eles. À época, houve grande movimentação entre os juristas para lidar com a questão dos recursos de apelação, que poderiam modificar as decisões do júri. Tais mudanças são exploradas na dissertação (Nuñez, 2012).

296 [homicídio doloso e envenenamento], 298 [infanticídio], 298 parágrafo único [infanticídio cometido pela mãe “para ocultar desonra própria”], 299 [induzimento ao suicídio], 310 [duelo], 359 [latrocínio] e 360 [tentativa de latrocínio] parte primeira da Consolidação das Leis Penais, quando consumados ou tentados¹⁵. (Art. 3o do Decreto-lei 167 de 1938).

Como se vê no texto, tanto o homicídio quanto o latrocínio eram de competência do Tribunal do Júri. Ambas as mortes – tanto aquela causada com “intenção de matar”, quanto a morte causada pela intenção de roubar – estavam classificadas como crimes de competência do júri. O trecho acima transcrito, traz o rol dos delitos que deviam ser julgados por esse procedimento fazendo referência aos artigos do texto da Consolidação das Leis Penais¹⁶.

Nos anos de 1940 e 1941 foram publicados, respectivamente, os novos Código Penal e Processual Penal e, neste momento, o crime de latrocínio passou a ser classificado não mais como um crime autônomo, mas como

uma qualificadora do crime de roubo, quando resulta na morte da vítima (art. 157, § 3º do Código Penal)¹⁷. Assim, a forma como o latrocínio é classificado no Brasil foi também modificada, passando de crime autônomo para um tipo qualificado de roubo, com a entrada em vigor do Código Penal de 1940¹⁸.

Logo em seguida, no ano de 1941, o Código de Processo Penal tirou da competência do Júri o latrocínio. Trago para a análise o texto da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, vigente até hoje, que explicita o sentido de seu conteúdo. É de se notar especialmente o trecho sobre a unificação dos procedimentos penais, a fim de facilitar a repressão dos criminosos, ou aqueles que delinquem. A figura central a ser reprimida é a da pessoa do criminoso,

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o

¹⁵O Decreto listava em seu artigo os crimes da Consolidação das Leis Penais, vigente à época de sua edição. Os crimes correspondentes foram inseridos no presente texto para facilitar a compreensão do leitor.

¹⁶A vigência da Consolidação das Leis Penais, compilação legal datada de 1932, teve fim no ano de 1940, com a promulgação do Código Penal que, por sua vez, modificou a forma como o latrocínio era até então definido no Brasil.

¹⁷Existe uma enorme discussão doutrinária – que, embora não seja o foco do presente artigo, merece ser mencionada – sobre se o latrocínio deve ser uma forma de roubo, qualificada em razão da morte, ou um “dispositivo próprio e autônomo” como era antes, no texto da antiga Consolidação das Leis Penais. Para informações nativas sobre o assunto, baseadas na interpretação da doutrina, vide Oliveira (2010). A autora informa que existem três formas de tratar o latrocínio nos sistemas penais, a primeira que coloca a morte como uma “qualificadora” do roubo (adotada no Código Penal vigente atualmente no Brasil); a segunda em que o sujeito responde pelos dois crimes, tanto pelo roubo quanto pelo furto; e uma terceira em que o latrocínio é uma modalidade específica de homicídio.

¹⁸Sobre o contexto no qual surgiu o Código Penal, a partir do projeto de Alcântara Machado, reformado por Nelson Hungria e outros juristas e a influência do pensamento positivista nos intelectuais de 30, o trabalho de Moraes (2009) é bastante esclarecedor.

Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus [...] um extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. [...]. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de código, No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. (Decreto-lei 3.689/1941)

Sobre o Júri, o texto da exposição de motivos é também bastante elucidativo apresentando o sentido atribuído a esta forma de processar e julgar no caso brasileiro. Conforme o "legislador" escreveu, o procedimento está voltado para a defesa da sociedade, e não para garantia dos direitos do réu. Segundo o texto, a lei "veio afeiçoar o tribunal popular à finalidade precípua da defesa social. A aplicação da justiça penal pelo júri deixou de ser uma delegação do Estado, controlada e orientada no sentido

do interesse da sociedade" (Decreto-lei 3.689/1941). O foco, portanto, não é outro se não a defesa social e a responsabilização do criminoso, expressamente descritas nesses trechos.

Assim, esta primeira redação do CPP já excluía o latrocínio do Júri. O Decreto enumerava os crimes previstos no Código Penal que deveriam ser processados e julgados por este Tribunal, no artigo 74 do texto, como aqueles constantes nos artigos 121, § 1º e 2º e 122 e 123 – homicídio simples e qualificado, assim como induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e infanticídio. Posteriormente, no ano de 1948, a Lei n. 263 de 1948, que alterou o Código de Processo Penal de 1941, inseriu outros crimes na sua "competência", incluindo aqueles previstos no artigo 124, 125, 126 e 127 do Código Penal – aborto provocado pela gestante ou por terceiro, nas formas qualificadas ou tentadas.

Foi na década de 40, portanto, que a lei listou, infraconstitucionalmente, os crimes que poderiam ser considerados "dolosos contra a vida" embora a Constituição Federal de 1946, vigente naquele momento, já previsse esta qualidade como decisiva para os crimes serem julgados pelo Tribunal do Júri¹⁹. A divergência residia na distinção entre quais crimes poderiam ser classificados como

¹⁹Nem a Constituição Federal de 1967, sequer a Emenda de 1969 retirar a competência do Júri para os crimes "dolosos contra a vida", sendo o mesmo texto mantido na Constituição Federal de 1988, no art. 50, XXXVII.

tal e, sobretudo, em relação ao dolo. No debate que foi travado entre os juristas que elaboraram a Lei 263, de 1948, sobre a inclusão ou não do latrocínio entre os crimes de competência do Tribunal do Júri é possível ver a contradição apontada por um deles. O projeto de tal lei rendeu acalorados debates na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, como pude ver nos livros de Olavo Oliveira (1949) e Ary Azevedo Franco (1950). Naquele momento, os então Senadores decidiam sobre a classificação do latrocínio, do sequestro terminado em morte, assim como do estupro com a posterior morte da vítima, dentre os “crimes dolosos contra a vida”.

Como se vê na transcrição da referida sessão do Senado, Olavo Oliveira aponta a contradição existente na exclusão do latrocínio do rol de crimes considerados “dolosos contra a vida”. O seu argumento demonstra que se trata de um crime de dolo indireto, ou eventual, e portanto, doloso contra a vida pelo seu resultado, uma vez que, independentemente da intenção do agente, se mata. Segundo ele, trata-se de crime em que “o conteúdo de relação social de direito não é a vida, mas que dão origem, em suas consequências, a atentados contra a existência humana, ou à morte de alguém” (Oliveira 1949: 19) e, por isso deve ser considerado “doloso contra a vida”. Por fim, mesmo diante de tais argumentos, o projeto foi aprovado com a redação que se mantém vi-

gente até hoje e excluiu alguns crimes, que tem como resultado a morte, do rol de delitos que devem ser processados e julgados pelo Tribunal do Júri.

O estreitamento da competência demonstra a diferente classificação (e consequente hierarquização) que recebem crimes que, embora apresentam o mesmo resultado, isto é, a morte, são julgados de maneira distinta. Assim, não é a “morte” o fator determinante para que um crime seja processado e julgado pelo júri – ao contrário do que apontam os textos doutrinários – é a intenção do acusado que de fato conta para que um crime seja julgado pelo Júri – daí a necessidade do uso da categoria nativa “dolo”, uma ficção determinante para excluir certos crimes da competência do Júri.

O crime de homicídio doloso, próprio do júri, é descrito nos textos doutrinários como o crime inerente à “condição humana”. Isto é, segundo os “juristas” alguns crimes podem ser considerados mais ou menos suscetíveis de serem praticados por seres humanos. Em oposição lógica à categoria humanos existem, para esses mesmos juristas, aqueles crimes cometidos por “não humanos”, uma vez que a oposição entre humanos e não humanos é o que está presente no cerne dessa classificação (Fonseca e Cardarello 1999).

Existe nesse discurso uma classificação e hierarquização (Dumont, 1997) entre os tipos penais que podem ser considerados “inerentes à condição huma-

na" como é o caso do "homicídio" e que, por sua vez, não abarca o "latrocínio". O processo de criminalização, anterior à incriminação e à sujeição criminal (Misse 2010: 21) já separa os crimes que podem ser cometidos por "bandidos" daqueles que podem ser cometidos por "qualquer pessoa". Ocorre que essa separação dá e eles tratamentos processuais distintos: aos primeiros o procedimento comum e, aos segundos, o procedimento especial. Afeta, portanto, a forma como esses crimes serão julgados, causando uma desigualdade processual e prevendo diferentes formas de julgamento, para eventos que tem o mesmo resultado (Kant de Lima 2004: 52).

Essa classificação do homicídio como o crime "inerente à condição humana" perpassa as "gerações" de autores. Pude ver isso, por exemplo, no texto abaixo, que contrasta os locais em que pode o homicídio ser cometido: favelas, mansões, quintais. Nesse caso, o não dito, sobre as diferenças entre esses lugares, é tão significativo quanto o dito.

É preciso que se compreenda: de regra, um homicida, somente pelo fato de sê-lo, não é a bête humaine, como o timbram alguns. [...] O crime, quantas vezes, transfigura-se em um capítulo da condição humana que a constante ironia do destino nos desautoriza a maldizer, destratar, ou exagerar em nosso

julgamento pelo mal praticado. (Bonfim 2000: 11).

[...] o crime hoje, sobretudo o de homicídio em suas variadas formas, ganhou praças e quintais. Invadiu escolas e igrejas. Homens de cabelos brancos, mulheres de cabelos pretos, crianças, adolescentes infratores – nem todo lobinho é escoteiro – cometem-no, sem desculpa e sem perdão. E uns e outros querendo, todos, a desculpa e o perdão. Passa pela favela, entre na classe média, procriando também o monstro do desamor em gabinetes e mansões. (Bonfim 2000: 15).

Esta oposição, que tem como pano de fundo a distinção entre crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa (os humanos) e aqueles cometidos por "bandidos" ou "criminosos" (não-humanos) é reforçada, inclusive atualmente, pelos agentes do campo. Foi nesse sentido a declaração que o desembargador Marcus Fáver deu ao jornal O Globo, no ano de 2013, explicando a diferenciação entre "crimes" que tem o resultado morte. O juiz fez uma distinção entre os casos que têm o que ele chamou de "componente emocional" e aqueles que não têm, ao mencionar a necessidade de excluir do júri os crimes que não trazem o citado componente: "Você vê que não está jul-

gando um criminoso, mas alguém que cometeu um crime²⁰” (Menezes 2013). Nessa entrevista o juiz, que comentava uma possível reforma a ser feita no funcionamento do Tribunal do Júri, disse que ela “afastaria do júri crimes sem componente emocional ou sentimental, em que a morte é um negócio”.

Não é diferente a visão dos agentes do sistema de justiça. Como esclareceu o Defensor Público titular de uma das Varas do Tribunal do Júri do Rio de Janeiro onde fiz pesquisa de campo, quando perguntei sobre os crimes que lá são julgados, respondeu-me de forma muito clara sobre os “crimes passionais”, disse-me: “não passional no sentido do marido que matou a amante, mas emocionais, no sentido de que aconteceu porque tinha que acontecer, nesse sentido contemporaneamente chamamos de emocionais, que vem de emoção, de cachaça – que o autor nem lembra o motivo, briga de trânsito, briga de vizinho no subúrbio, ou seja, não tem motivo pré-determinado”. Os crimes que se espera ver no júri são menos aqueles que têm alguma relação com o “mundo do crime” e mais aqueles que poderiam ser cometidos por “qualquer um de nós”. Marcando uma diferença entre nós e eles.

Essa diferença entre “nós” e “eles” está profundamente arraigada no “pensamento jurídico brasileiro” isto é, nos textos dos “juristas”, dito “doutrinado-

²⁰Trecho de fala do Desembargador Marcus Fáver, ao mencionar proposta de retirar do Tribunal do Júri homicídios ligados às organizações criminosas, publicado em matéria de jornal sobre o tribunal do júri (Menezes 2013: 34).

res” do campo do direito. Os “criminólogos” brasileiros – tais como João Vieira de Araújo, Viveiros de Castro, Antonio Moniz Sodré de Aragão, Clóvis Beviláqua, entre outros (Moraes 2009) – apropriaram-se seletivamente dos discursos positivistas, da escola positivista italiana, especialmente dos discurso de Lombroso, e influenciaram gerações de juristas

Ocorre que, na importação à brasileira dessas teorias, as distinções entre as escolas não eram devidamente feitas, seja porque não interessavam, seja porque não lhes parecia relevante as mencionar. Os “juristas” misturavam as diferentes expressões como “antropologia”, “criminal”, “Escola Antropológica”, “sociologia criminal”, “Escola Positiva de Direito Criminal”, variando entre a ênfase dada aos fatores biológicos ou socioculturais. De todo modo, converge entre esses autores, a ideia de que o que deve ser objeto do direito criminal (e por isso nome, criminal e não penal) é o criminoso, considerado por todos com um indivíduo anormal (Alvarez 2014).

Alcântara Machado, por exemplo, que redigiu o projeto de Código Criminal que viria a culminar com no Código Penal de 1940. Embora o texto original tenha sido transformado por uma comissão de juristas coordenados por Nelson Hungria, a convite de Francisco Campos, então Ministro da Justiça de Getúlio Vargas (Moraes 2009), o sentido da responsabilização do criminoso não foi deixado de lado. Termos presentes no texto, como “reincidente”,

demonstram a influência das ideias positivistas sobre a origem do crime associada aos criminosos e não à sociedade.

O afastamento do crime de latrocínio da competência do Tribunal do Júri, portanto, também é resultado do foco na punição do criminoso, baseada na suposta possibilidade de prever a intenção daquele que comete o delito, a "vontade subjetiva" do réu, associada à ficção do "dolo". Além disso, o tratamento desigual dado a quem comete estes dois crimes foi reforçado pelas teorias positivistas, quando da proclamação da república. Esta relação se explica ao analisar as teorias vigentes à época, sobre a "nação" que se formava, com uma população negra recém liberta. No projeto de construção da República era necessário afirmar a diferença entre "pessoas" por meio do uso de um discurso científico, que deu origem a essa distinção, ou seja, diante da necessidade da consolidação de uma justiça penal que reforçasse a hierarquia no caso brasileiro (Kant de Lima, 2004) utilizaram o discurso cientificista da escola positivista italiana para reconhecer os "criminosos" e dar a eles um tratamento penal diferenciado. Este discurso foi adaptado posteriormente, e transformado na identificação da intenção do agente, hoje traduzido pela distinção entre os crimes "dolosos contra a vida" e os crimes "sem a intenção de matar". O discurso de João Vieira de Araújo sobre o júri, um dos primeiros "juristas" a tratar de "criminologia" no Brasil, afirma que neste procedimento não cabe o julgamento de assassinos, la-

drões, esturpadores e falsários – aqueles cometidos por "criminosos" dotados de uma "natureza real do delinquente" (Araújo 1889), mas sim o julgamento os crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa, tomadas pela "emoção".

Com a análise de tais discursos percebe-se o quanto a competência do Júri mudou ao longo da sua existência no Brasil. A competência inicial do "tribunal popular" era para os "crimes de imprensa" cometidos contra o Imperador. Posteriormente, em um momento de influência política inglesa sobre o país, surge o "Júri" com a competência ampla para processar julgar todos os crimes. Competência esta que foi restringida, afastando do Júri os crimes "sem componente emocional" cometidos por "criminosos" tendo como critério definidor desta competência o "dolo", isto é, uma ficção jurídica sobre a "intenção" do acusado – a partir da interpretação do promotor de justiça – sobre o que pensava e sentia no momento em que cometeu o delito.

CONCLUSÃO

No "fazer judicial" (Eilbaum 2012) articulam-se representações e práticas, em um sistema de interpretação (Geertz, 2007) e, dessa forma, ambas reforçam-se constantemente e dão sentido aos processos judiciais e sociais. Não à toa, portanto, os próprios agentes do campo internalizam tais representações e as colocam em prática, como o Defensor Público do Júri prontamente me explicou

sobre a separação entre latrocínio e homicídio. Segundo ele, esta dicotomia faz todo o sentido pois, embora tenham ambos os crimes o resultado morte, os diferentes processamentos são formas justas de separar quem mata de quem rouba, uma vez que do “homicida qualquer um tem medo, do ladrão não e os homicidas são mais respeitados na cadeia” por que os homicidas não são simples “bandidos”.

Como sustentei no presente artigo, latrocínio e homicídio receberam ritos processuais diferentes porque quem mata, em ambos os casos, são pessoas consideradas pelo Direito Penal e Processual Penal (e, conseqüentemente, por nossa sociedade) como “seres” distintos. O ladrão mata por que quer roubar, tem em si a “natureza real do delinquente” (Araújo 1889). O homicida, por sua vez, pode agir a partir da emoção – emoção essa a qual todos os “seres humanos” estão sujeitos. Também cabe no Júri, por oposição lógica, o julgamento de perversos “homicidas”, sujeitos assustadores, absolutamente “não humanos”, exceção da sociedade, loucos, que causam medo em todos que dele se aproximam, até mesmo os “bandidos”, por que materializam o horror.

Assim, a construção dessa separação está relacionada com o discurso cientifista da punição do “criminoso”, surgido no Brasil ainda no final do Século XIX. Posteriormente, a mesma separação ganhou um discurso juridicizado, que também se pretende científico, mas que separa ficcionalmente “dolo” de “preterdolo”.

O Júri, portanto, não é o rito processual adequado para julgar quaisquer criminosos, somente aqueles “humanos” que por violenta emoção vieram a cometer um “crime”, ou os “monstros”, “serial killers” que causam medo até mesmo nos bandidos. Os criminosos, os bandidos, os não humanos, não devem ter lugar no Júri, um “tribunal” e um “rito especial”. É possível afirmar, portanto, que não se trata de criminalizar condutas (tirar a vida de alguém, levando-a a morte) mas de criminalizar pessoas. E, obviamente, essa criminalização que antes se travestia do discurso científico da escola positivista, hoje se disfarça no discurso que se pretende científico dentro do direito, a partir da ficção do “dolo”. Segue havendo, de qualquer forma, uma dupla entrada no sistema de justiça, uns pelo júri, outros pelo procedimento penal comum, dando as pessoas que cometem os crimes, tratamentos processuais diferentes e desiguais.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O processo criminal brasileiro. v. 1, 3a ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. Dados, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, 2002.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. Dados, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>.

php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582002000400005&lng=en&nrm=i so>. Acesso em 05, ago, 2014.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupe-tti. Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008.

BERMAN, Harold Joseph. Law and revolution: the formation of the western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983

BOURDIEU, Pierre. A Economia das Trocas Simbólicas. 6ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

CLASTRES, Pierre. Arqueologia da violência. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

DUMONT, Louis. Homo Hierar-quicus: o sistema de castas e suas impli-cações. São Paulo: EDUSP, 1997.

EILBAUM, Lucia. "O bairro fala": conflitos, moralidades e justiça no co-nurbano bonaerense. São Paulo: Edito-ra Hucitec, 2012.

FLORY, Thomas. Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871: social con-trol and political stability in a new state. London: University of Texas, 1981.

FONSECA, Claudia; CARDARELLO, Andrea. Direitos dos mais e menos humanos. Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, v.5, n.10, p.83-121, maio, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71831999000100083&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10, fev., 2016.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as

formas jurídicas. 3a ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

_____. (2007) O saber local: novos ensaios sobre antropologia interpretati-va. 9a. ed., Petrópolis: Vozes, 2007.

KANT DE LIMA, Roberto. Da In-quirição ao Júri, do Trial by Jury à Plea Bargaining: Modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil/Estados Unidos. Tese apresentada ao concurso de professor titular de Antropologia. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1995.

_____. A Antropologia da Acade-mia: quando os índios somos nós. Ni-terói: EdUFF, 1997.

_____. (2004) Direitos Cíveis e Di-reitos Humanos: uma tradição jurídica pré-republicana? São Paulo em Pers-pectiva, 18, vol. 1, 2004, p. 49-59.

_____. (2010). Sensibilidades jurí-dicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. Anuário Antropológico. 2009, v 2, 2010: 25-51.

LEVI-STRAUSS, Claude. Antropologia Estrutural. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

LYRA, Roberto. O Ministério Pú-blico e o Jury. Rio de Janeiro: Coelho Branco editor, 1933.

MERRYMAN, John Henry. The Ci-vil Law Tradition: an introduction to the legal systems of western Europe and latin America. 2nd ed., Stanford Uni-versity Press: Stanford, 1985.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. *Lua Nova*, v. 79, p. 15-38, 2010.

MORAES, Mariana Silveira. Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, v. 12, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/viewFile/24/23>>. Acesso em: 05, ago, 2014.

NÓBREGA JR, José Maria. Desigualdade Jurídica no Brasil: o latrocínio e o seqüestro seguido de morte da vítima como tipos de crimes “especiais”. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 89, out., 2008. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/089/89nobre-gajr.pdf>>. Acesso em 05, ago., 2014.

NUÑEZ, Izabel Saenger. Dogmas e Doutrinas: verdades consagradas e interpretações sobre o tribunal do júri. 2012. 176 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Direito). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói: 2012.

OLIVEIRA, Patricia de. O Latrocínio na Legislação Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 25, n. 1, p. 37/56, out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12022/7973>>. Acesso em: 13 Ago. 2014.

TYLOR, Edward Burnett. Primitive culture: Researches into the development of mythology, philosophy,

religion, language, art and custom. London: H. Holt, 1883.

FONTES CONSULTADAS

ARAÚJO, João Vieira de. O Direito e o Processo Criminal Positivo. *O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*. Ano XVII, vol. 48, pp. 321-330, 1889.

AZEVEDO FRANCO, Ary. O Júri e a Constituição Federal de 1946. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

BONFIM, Edilson Mougenot. No tribunal do Júri: a arte e o ofício da Tribuna. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAGARINOS TORRES, Antonio Eugênio. *Processo Penal do Jury no Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939.

MENEZES, Maiá. Sete cadeiras e um destino. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 abr., 2013. *Revista O Globo*, p. 34

MARQUES, José Frederico. O Júri é sua nova regulamentação legal. São Paulo: Saraiva, 1948.

OLIVEIRA, Olavo. O Júri na Terceira República. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

Izabel Saenger Nuñez

Doutoranda em Antropologia pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do Instituto Nacional em Administração Institucional de Conflitos – INCT/InEAC

A TRAGÉDIA DA IMITAÇÃO

O vazio e o extremo no sentido da política e da violência moderna

Luiz Carlos Ramiro Junior

Doutorando em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ.

E-mail: lqramiro@iesp.uerj.br

RESUMO

A tragédia da imitação tem como origem a teoria mimética e uma crítica à política moderna. Mimese significa imitação, e de acordo com o antropólogo René Girard é o que caracteriza a natureza humana na vida social, sendo ilusório achar que a vontade humana é autônoma. Defrontados com modelos, padrões, desejos, ilusões, eventos extraordinários, narrativas trágicas, obras sagradas, etc., os indivíduos passam a agir mimeticamente, de modo que mesmo a possibilidade de escolha torna-se limitada. O lado trágico dessa discussão na era moderna se deve à falência em dar completude, sentido, à vida humana e social. As buscas individuais, materiais e coletivas se tornaram incessantes e frustrantes. Se não bastasse, o lugar da violência na sociedade moderna acompanha caminhos dramáticos, mantidos enquanto objetos de imitação, como a política e o direito, ambos impotentes, quando não absorvidos pelos dilemas da modernidade.

Palavras-chave: Teoria política; Secularização; Violência.

ABSTRACT

The tragedy of the imitation belongs from the mimetic theory and a critique of modern politics. Mimesis means imitation, and in according with René Girard it characterizes human nature in the social life. By the way is quite illusory to think that the human will is completely autonomous. Faced with models, patterns, desires, illusions, extraordinary events, tragic stories, sacred works, etc., people begin to act mimetically, and even possibility of choice becomes limited. In the modern times the tragic side of this discussion is due to the failure to give fullness, meaningless, to the private and social life. The individual searches, materials and collectives became incessant and frustrating. And more than that, the place of violence in the modern society follows dramatic ways, all kept as imitation objects such as politics and the law, both powerless, if they are not absorbed by the modernity's dilemmas.

Keywords: Political Theory; Secularization; Violence.

INTRODUÇÃO

“É tão impossível reconstruir a história sem a guerra como imaginar a literatura sem o amor.” (Raymond Aron em *Paz e Guerra entre as Nações*).

Apesar da epígrafe, uma das buscas incessantes da humanidade é a superação da violência, da guerra, da rebelião, do conflito. Por outro lado, a sociologia já demonstrou o quanto o conflito é presente e inerente à condição humana e social¹. Há uma dívida que o presente paga aos homens do passado pelo que foi conquistado, desafiado, lutado, separado, imolado, em meio a contendas. Mas nem todos os cemitérios equivalem à resposta do porquê de tudo isso. Aliás, a eterna pergunta sobre aquilo que nos move para além de nós mesmos é também uma luta: não há religião que não apresente o rumo da transcendência como um combate, assim é o dilema de Arjuna no Bhagavad Gita, o porquê da *Jirad* muçulmana, ou ainda a ordenação dos afetos pelas meditações de Santo Inácio – cada uma a seu modo e com seu intuito, mas em todas, uma batalha.

Não foram até hoje as ciências jurídicas ou políticas capazes de dar vazão

à violência que dilacera vidas humanas. De um lado a noção de que o conflito é permanente e inescapável promove uma condição de aceitação de certo grau de violência e uma busca pela diminuição de seus danos através de uma mediação dos conflitos. Por outro, causa angústia a incompetência humana essa inerente condição catastrófica do lugar da violência entre os homens, e a busca para eliminar a desinteligência entre os homens prossegue. Para ambos os casos há algo que se antecipa à execução da violência, seja o tipo que for, e que é justamente o seu porquê. No limite, cabe-nos procurar pelo conhecimento do sentido desses tantos sacrifícios.

Dessas pretensiosas indagações ontológicas sobre o lugar da violência arrisca-se fornecer duas sugestões. A primeira é que sem sabermos propriamente o lugar de chegada da história, um sentido possível e tangível de tantos sacrifícios está na própria dinâmica em si de cada conflito, sendo impossível fornecer uma ligação completa entre todos. A partir da compreensão de cada guerra, batalha, rebelião, ou evento violento que o valha, é possível encontrar seus propósitos, considerando o quê de imediato movia os atores, tanto entre buscas transcendentais quanto circunstanciais ou como uma mistura-se a outra. É com essa capacidade de análise que a sociologia habitualmente trabalha, avaliando as ações e relações sociais dentro de uma disputa, tendo em vista a

¹Para Georg Simmel (1858-1918) o conflito é uma forma de “sociação” [sociation], tanto como uma busca por reparação, serve para resolver divergências e dualismos que fazem parte da construção da sociedade, e por isso uma forma encontrada pelos homens para poder chegar a um tipo de unidade. Daí a relevância do estudo sociológico do conflito, que revela não apenas o antagonismo entre os atores sociais, mas também o significado das disputas e diferenças para a unidade e interação social (Simmel, 1966:13-54).

contingência humana, dos atores quanto dos autores, e do analista.

Uma segunda forma de arguir sobre o sacrifício é vendo nesse fenômeno uma tentativa de escape, de vazão para a própria condição conflituosa das sociedades. É dessa maneira que o antropólogo René Girard trabalha a relação entre a violência e o sagrado, sendo este último o motivo pelo qual o ato violento se justificaria em direção a algo transcendente. Fundado em uma busca maior, na motivação do sacrifício, a violência encontra um propósito.

Além dessa abordagem, há três conceitos fundamentais de René Girard que são relevantes no desenvolvimento do presente texto: (i) a *crise sacrificial*, (ii) o *ser mimético*, e (iii) o *bode expiatório*.

(i) A crise sacrificial refere-se à substituição do propósito do sacrifício a partir do advento do cristianismo. Para Girard, Jesus Cristo concedeu uma alternativa à perpetuidade da violência entre os homens, e que fora de sua mensagem a fúria já não encontraria qualquer sentido além dos desejos que envolvem a relação entre os próprios homens. Ou seja, uma opção reside na imitação do *Logos* divino feito homem, e a outra na reiterada imitação daquilo que é meramente humano.

(ii) A teoria mimética concebe que não apenas na narrativa cristã, mas em todos os quadros sociais estudados por Girard, a condição humana pauta-se na imitação, inescapável a qualquer pes-

soa – e que na modernidade torna-se quase exclusivamente de duplo vínculo, entranhada entre desejos de indivíduos diante de outros indivíduos (Girard, 2011a:15). O mimetismo traduz-se na busca do outro, em toda a história apresenta a atitude das pessoas quanto àquilo que é capaz de dar um sentido à vida social e coletiva. Imitamos o que é mais importante, aquilo que é chamativo, representante de um determinado ideal. O que é e qual o significado desse *outro* é o âmago da discussão na teoria mimética.

(iii) Por último, o conceito de *bode expiatório* sintetiza tanto a violência sacrificial como a teoria mimética, pois é a tentativa de culpar e eliminar algo ou outrem que justifica os problemas, e que seu sacrifício mostra-se necessário à manutenção de um sentido imitativo. O bode expiatório, como no maior exemplo identificado por Girard, da Paixão de Cristo, é capaz de redimir o sacrificador de sua condição insatisfatória, e ao mesmo tempo transfere a carga dos dilemas ao objeto da imolação.

Inicialmente o texto deita-se ao desafio de mostrar por que a política moderna é trágica. Percebe-se um paradoxo entre a permanência natural da religião entre os indivíduos e o sentido da secularização. Processo este que se pautou no ideal de autonomia do homem, e que perpassa a construção da noção moderna de liberdade, consequentemente do Estado e do direito moderno, e que para tal o mote es-

tava em superar o imperativo da religião cristã e seu papel estruturador da sociedade. O ponto contraditório nessa leitura é que mesmo lançando vetores para organizar e dar sentido à vida individual e coletiva enquanto substitutivos da religião - como no caso da religião civil estatal, do direito, da história e da própria política moderna - a modernidade parece incapaz de se desvencilhar das raízes religiosas, que inclusive acabam reaparecendo justamente nesses vetores mencionados.

Há três características possíveis sobre as consequências da construção da política, em especial do Estado moderno, e que serão trabalhadas. Primeiro, a substituição da legitimidade da autoridade pela legitimidade através da violência. Segundo, e correspondendo à segunda parte do texto, refere-se à impotência da política e do direito modernos em lidar com o problema da violência. Terceiro, como essa proliferação da violência leva a destinos extremos, entre a negação completa das instituições, do progresso, da tecnologia, dos frutos da modernidade, e a exacerbação das guerras, dos regimes totalitários, da violência urbana.

O PROJETO POLÍTICO MODERNO

A preocupação com o sentido da imitação surge de uma alternativa terrível deixada por Cristo à humanidade: *“ou ela continua a não querer enxergar que o duelo rege sub-repticiamente todas as atividades humanas, ou escapa dessa lógica oculta em nome de outra, a lógica*

do amor, da reciprocidade positiva” (Girard, 2011b:119). De um lado a perpetuação apocalíptica descendente, de outro a imagem do sentido transcendente da vida. Esse é o único espaço de escolha, em que reside a autonomia humana, e o que se segue é legado à imitação².

Pelo menos até o advento do cristianismo o sentido da violência era amplamente identificado no sacrifício religioso. A partir de holocaustos eram resolvidas as crises, cessava-se os ciclos violentos, modelos ritualísticos difundiam-se na cultura local, as pessoas podiam espiar suas culpas e cultuarem sua(s) divindade(s). Nesse sentido é que a Paixão de Cristo significou o ápice e o fim de um tipo de atitude sacrificial. A partir dali, conforme a citação veiculada anteriormente, cada pessoa estava provocada a decidir sobre seu destino. Se a narrativa antiga, o Velho Testamento, servia à salvação do povo de Israel; o Evangelho, o Novo Testamento,

²A Paixão de Cristo libertou os homens, deu-lhes liberdade, retirando-lhes o encargo dos constrangimentos sacrificiais, e assim o espírito humano inventou a ciência, as técnicas, tudo de melhor e de pior que há na cultura, não é por outro motivo que essa [civilização oriunda da narrativa cristã] é a mais criadora e poderosa que já existiu, assim como a mais frágil, pois se destituiu da proteção da religião arcaica. Girard demonstra que Cristo, ao aceitar a crucificação “faz vir à luz aquilo que permanecera ‘oculto desde a fundação do mundo’, ou, em outras palavras, a própria fundação, o assassinato unânime que apareceu à plena luz do dia pela primeira vez na Cruz. O funcionamento das religiões arcaicas exige a ocultação de seu assassinato fundador, que se repetia indefinidamente nos sacrifícios rituais, e que assim protegia as sociedades humanas de sua própria violência. Ao revelar o assassinato fundador, o cristianismo destruiu a ignorância e a superstição indispensáveis a essas religiões, permitindo, assim, o desenvolvimento de um saber antes inimaginável” (Girard, 2011b:27).

volta-se à salvação individual, de cada um, no seu propósito de imitar a Cristo.

Durante a sobrevida de quase mil anos da cristandade, pelo predomínio cultural da Igreja católica, essa alternativa dramática entre a inevitável violência humana e o amor ágape³ permanece envolvida na unidade da religião. É na modernidade que ela desabrocha de modo limite. Mas ainda no medievo uma discussão no seio das universidades europeias dava início ao dissenso, trata-se da *Querela dos Universais* – que dividia a filosofia cristã em duas correntes, para uma delas haveria verdades universais nos objetos, a outra quer demonstrar que as coisas são apenas nomes, daí surge o nominalismo, uma das fontes da filosofia moderna⁴.

³Na magnífica obra “O Amor e o Ocidente”, Denis de Rougemont (1988) trata do amor ágape e do cristianismo, em contraponto ao amor erótico. Segundo ele, a partir do cristianismo o mote da salvação torna-se a relação do indivíduo com o imago dei, e a morte a condição primeira, do seguinte modo: é possível morrer para esta vida mundana, aqui mesmo, na terra, antes mesmo da morte carnal: “O que o Evangelho chama de ‘morte para si mesmo’ é o começo de uma vida nova, já no mundo terreno. Não é a fuga do espírito para fora do mundo, mas o seu pleno regresso ao seio do mundo! Uma recriação imediata. Uma reafirmação da vida, certamente não da vida antiga nem da vida ideal, mas da vida presente que o Espírito recupera” (Rougemont, 1988:56).

⁴A *Querela dos Universais* remonta na verdade ao próprio Sócrates, que apontava para a existência de conhecimentos universais. Os universalistas concordavam que o verdadeiro objeto do conhecimento existe de comum em todos os indivíduos e coisas, portanto haveria conhecimentos imutáveis. A posição contrária apontava que o conhecimento seria efêmero e relativo, não possibilitando nenhuma certeza. Com Aristóteles a questão colocava-se da seguinte maneira: os universais possuem verdadeira existência na realidade? Exemplo: existe a animalidade em geral ou existe este ou aquele animal particular? Na Idade Média a primeira posição ficou conhecida como realista e teve como representantes iniciais, Santo Anselmo e Guilherme de Champeaux. A segunda, nominalista, teve como extremado defensor Roscelino. Os realistas admitiam a

O processo de separação entre o mundo organizado pelos homens e a estruturação da religião amplia-se com o Renascimento e o Humanismo entre os séculos XIV e XVI, bem como a partir da Reforma protestante desde 1517 – quando Martinho Lutero pregou as 95 teses contra as doutrinas católicas em Wittenberg. Dá-se início à aceleração “saída da religião” (Gauchet, 1985; 2007)⁵, a começar pelos domínios político e jurídico. Desde então um outro fenômeno é marcante, a noção de que o tempo se acelera, de uma filosofia do progresso histórico determinando um mundo de novidades, liberdades e direitos a ser cumprido (Koselleck, 2003)⁶. Desse modo, essa duplicidade

existência dos universais, e que constituíam a mais autêntica realidade, inserindo-se dentro das coordenadas do platonismo. O nominalismo, por outro lado, esboça a tese de que a realidade é constituída pelos entes individuais, não sendo o universal mais do que uma simples emissão de voz (flatus vocis), meros nomes (dá a expressão, nominalismo). (Reale; Antiseri, 2003).

⁵A tese de Marcel Gauchet não prega o fim da religião, ou sua condenação como elemento alienante, presente na análise marxista, apenas apresenta o deslocamento do lugar do religioso na vida social (Gauchet, 1985), em que o “processo de saída da religião é um processo de materialização da autonomia que passa pela refundição do conjunto de engrenagens organizadoras das comunidades humanas” (Gauchet, 2007). Significa que a sociedade se reestruturou de tal modo a partir da ideia de autonomia, que o religioso é imanentizado na perspectiva individual, sem ser o fundamental do público.

⁶Segundo Reinhart Koselleck (2003), a tese da aceleração adquire, a partir da Revolução Francesa, uma dimensão relevante para a teoria da história, possível de ser vista empiricamente. O próprio processo da Revolução Francesa foi quase o resumo da história humana em um curto espaço de tempo. É o conteúdo histórico se repetindo de forma acelerada. “Se novamente explanamos a questão da secularização, podemos afirmar com razão que a série de fatores da aceleração que acabamos de evocar denota certamente processos imanentes ao mundo que, sem embargo, não são dedutíveis das expectativas cristãs de salvação” (Koselleck, 2003:68).

de caminhos para a vida, individual e coletiva, se torna evidente e radical. A estrutura social marcada pela religião, inclusive a respeito da noção de autoridade, é posta em dúvida⁷. Essa é a grande originalidade do Ocidente, a capacidade de fazer da política um elemento emancipado do religioso.

O que se perde no advento da era moderna é a noção de limite do poder, e que há fatores locais e descentralizados de autoridade - como o direito local, e formas de ordenar a sociedade que não passam pelo mando, mas pela consciência de um compromisso sagrado. Nos círculos políticos da sociedade moderna surge uma vasta cumplicidade em favor da extensão do poder, tanto nas vertentes monárquicas quanto republicanas. Trata-se do esforço feito por governantes para obter do clero - de uma parte, dos senhores e comunidades - de outra, um retraimento da autori-

⁷Autoridade vem do latim *auctor*; *auctoritas* é aquilo pelo qual alguém é autor, e a natureza desse termo condiz com a sabedoria especulativa e prática que se diferencia do termo poder, de potestas. A autoridade supõe uma desigualdade determinada pelo saber (CAMARGO, 2015:104), e o poder a expressão da vontade daquele que possui condições para mandar acima de qualquer outra ordem. Para Bertrand de Jouvenel (1977:29) o poder é a capacidade de dirigir completamente as atividades nacionais, é dele a causa da expansão da guerra.

A autoridade requer um respeito mútuo, dentro das condições e obrigações de cada um, seja mandar ou obedecer. Segundo o filósofo chinês Mêncio, a autoridade é apenas reconhecida, mas não escolhida. Hannah Arendt (1970) lembra que autoridade não é de modo algum sinônimo de tirania, ditadura ou totalitarismo, e que a confusão entre esses conceitos é um equívoco na ciência política. Para a autora, a autoridade é aquilo que corresponde a ordens previamente reconhecidas, e reconhecidas, mas não arbitrárias, ilógicas, indevidas, ilegítimas ou abusivas.

dade tradicional daqueles entes e a concentração da ordem no governo central.

A relação entre a construção da modernidade e a deterioração do domínio da tradição cristã é inevitável. Porque o cristianismo é a religião da “saída da religião” (Gauchet, 1985), é dela que surge a alternativa para que os homens criem um mundo a imagem e semelhança dos próprios homens, ou, um mundo de acordo com os ensinamentos de Cristo. O surgimento da era moderna é o ocaso do predomínio cultural da religião católica, e a sobreposição da primeira alternativa. Desde a queda do Império Romano, por volta do século V d. C., até o Renascimento e o início das grandes navegações, nos séculos XIV e XV, a noção de sagrado foi capaz de fornecer um sentido à vida social⁸, que posteriormente passa a ser camuflado, substituído, adaptado.

No mundo medieval o poder político, tal como entendido hodiernamente, era desconcentrado. O centro da legitimidade para a ordenação social europeia residia na autoridade sobre as fontes da revelação divina, a parte essencial da vida humana que apontava para o objetivo comum, sobrenatural⁹. Nesse ambiente

⁸Segundo o Dicionário Houaiss, 2009, o significado de Igreja é oriundo do grego *ekklesia* - assembleia por convocação, assembleia dos fiéis, o que fornece uma conotação de unidade a um mesmo objetivo, da vida após a morte, do transcendente, do além.

⁹O historiador Christopher Dawson (1889-1970) aponta que apenas uma vez na história da Europa Ocidental viu-se uma tentativa de criar uma unidade entre a ordem sacra e a mundana, comparável à cultura bizantina ou do mundo oriental. Esse foi o período do Império Carolíngio, que foi concebido como uma sociedade em que toda o povo cristão estava sob controle de uma monarquia teocrática, e procurava regular todos os detalhes da vida até imposição de métodos eclesiás-

mergulhado na religião o poder se constituiu e foi mantido sob a inspiração do prestígio sobrenatural e da violência espiritual que se opunha à violência física dos bárbaros. O temor da ira de Deus e da vingança dos santos era o único freio capaz de intimidar os facínoras fora da lei, comuns no período de transição entre o mundo bárbaro e o cristão europeu (Dawson, 1991:33). Não foi com armas que padres superaram a sociedade bárbara, mas inculcando o temor e a obediência para amansar o coração alheio.

Com a lógica de organização moderna, a política entra em cena contra a religião, e requer uma alteração, ou liberação, no objeto da legitimidade para a instituição da ordem, não sendo mais a autoridade sobre a religião, e sim a legitimidade da violência legítima¹⁰. Nessa nova dinâmica a violência escapa da couraça sagrada para servir de instrumento a qualquer propósito, em especial no Estado moderno como meio de tomada do poder, eliminação de concorrentes, e sobreposição à autoridade tradicional da Igreja.

Esse arrefecimento da autoridade religiosa e a ampliação do poder político

foram fenômenos que envolveram o próprio papado. Num ambiente de concorrência política, do período de formação dos Estados nacionais, a Igreja politiza-se “modernamente”. Não quer dizer que ela já foi apolítica, mas que enquanto no período medieval não havia a figura do Estado moderno concentrando a política em seu âmbito esse fenômeno, que com Maquiavel torna o Estado e a própria política absolutos, invade a própria Igreja. A razão de Estado maquiaveliana tem concorrentes a altura no século XVI, como em Giovanni Botero ou entre tomistas ibéricos da Contrarreforma (Fernando Alvia de Castro, Pedro Barbosa Homem, Gabriel Pereira de Castro, Francisco Suárez, etc.). O chefe da Igreja romana torna-se um opositor aos governos não católicos, a ponto de o grande embate material ter sido a defesa dos Estados papais no século XIX com Pio IX resistindo à unificação italiana dos liberais¹¹.

A afirmação política dos príncipes ao longo da era moderna depende de uma *Razão de Estado*¹², para justificar a sua soberania politicamente - acima de tudo, e não

tics nos cantos e regras monásticas através de decretos legislativos e inspeção governamental (Dawson, 1991:21).

¹⁰Max Weber compreende que o Estado não se define sociologicamente por seus fins, senão por seus meios, e o meio específico que lhe é peculiar, da forma como é a todo agrupamento político é o uso da coação física. “Nos dias de hoje devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território - a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado - reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física” (Weber, 2003:60).

¹¹A tese é do historiador italiano Paolo Prodi (1992). E essa posição da Igreja, tão evidente no século XIX fica marcada com a publicação do Syllabus dos erros da modernidade em 1864, e o dogma da Infalibilidade Papal em 1870, no Concílio Vaticano I que terminou naquele mesmo ano (ver Ramiro Junior, 2014).

¹²Curiosamente a noção de Razão de Estado, que já aparecia de algum modo em Maquiavel, é teorizada pela primeira vez por um autor católico - Giovanni Botero (1544-1617). Em *Da Razão de Estado*. Coimbra : INIC, [1589] 1992, Botero, embora respondendo e combatendo a obra de Maquiavel, sem em momento algum citá-lo, termina por conceder ao príncipe o mesmo sentido do poder que o rival herético: a concentração do poder. Mesmo para este autor a autoridade cede lugar à vontade de poder.

mais religiosamente - antes de qualquer coisa. O poder torna-se livre da religião.

Um dos pensadores mais importantes a essa altura, inaugurador da ciência política moderna, é Nicolau Maquiavel (1469-1527). Em suas obras¹³ ele dedica-se a dar uma orientação apartada da moral cristã para a condução política, e tem como propósito orientar o governante e a unidade italiana, ou melhor, a fundação de uma nova Roma. Esse ideal político romano reaparece fora da Igreja na Renascença, quando a vontade de poder se prolifera entre os estados nacionais em formação. Embora a pretensão sempre estivesse presente na Igreja, não era equivalente ao tipo de domínio político gerado pelo Estado moderno. A nave da Igreja não tinha como compromisso dirigir os homens a um mundo melhor imanente, e sim guiar as almas para um outro mundo.

Entre os eventos marcantes dessa virada, da religião para a política, estão os tratados de paz de Osmabrück e Vestfália em 1648, uma tentativa de pôr uma pedra sobre as guerras de religião. Ainda que não tenha sido capaz O evento marcou uma nova ordem política, do Estado soberano, que toma a decisão sobre os conflitos, substituindo teólogos e padres. A redução da teologia e a elevação da política foi um requisito para a autono-

¹³ Refiro-me a duas obras de Maquiavel bastante conhecidas da teoria política: Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio, escrita por volta de 1517 e publicada em 1531; e, O Príncipe, escrito em 1513, e a primeira edição publicada postumamente, em 1532.

mização da razão política no século XVI (Christin, 2014:139). É por isso que as chamadas Guerras de Religião do século XVI, na verdade, devem ser tratadas como guerras de formação do moderno Estado europeu (Cavanaugh, 2014:490). Ao contrário do que se costuma generalizar sobre aqueles conflitos, Olivier Christin (2014:152) explica como protestantes e católicos chegaram a manter uma coexistência no seio de um mesmo concerto jurídico em *idades mistas*, que já existiam no século XVI na França e na Alemanha, mas que ainda assim o interesse político estatal insistia em concentrar para si o conjunto da expressão dos interesses da coletividade. Os pactos mútuos entre representantes de credos diferentes, como os de “amizade entre vizinhos”, de comércio, de convivência cidadã, etc., que eram locais, foram sobrepostos pela afirmação da ordem política.

Dentro do quadro sinteticamente apresentado sobre o significado da política moderna, em especial do Estado moderno, concentrador da ordenação política, o centro da discussão gira em torno da ordem legítima que é em última instância fornecida através da violência. Teorias, guerras, propagandas, vidas inteiras, serão gastas para justificar a correspondência entre violência e poder estatal.

CLAUSEWITZ INTERMINÁVEL

A “fórmula” de Carl Von Clausewitz (1780-1831), expressa no capítulo 24 do livro I *Da Guerra* (publicado postuma-

mente em 1832), resume-se na seguinte frase: “a guerra é a continuação da política por outros meios”. Tal conclusão marcou o estrategista alemão no que se refere à relação entre violência e teoria política. Ao lidar com a natureza da guerra, desde sua definição, aos elementos que a compõe, e suas consequências, Clausewitz deixa claro que ela é a máxima exaltação de força, e é capaz de revelar de modo cru o caráter da política. “A guerra é um ato de força para compelir nosso inimigo a fazer nossa vontade” (1984:184).

O que está contido na fórmula de Clausewitz é que a expressão da guerra, ou seja, o emprego da força sobre o inimigo para a obtenção de poder (exercer a vontade sobre outrem) é a própria condição interminável da violência. Clausewitz está convicto de que não há limite para a manifestação da violência, pois a ação em vista da vitória sobre o oponente é recíproca e só termina nos extremos (Clausewitz, 1984:102)¹⁴. Destarte, todo o trabalho da inteligência deve estar a serviço da força

segundo duas premissas. Primeiro, Clausewitz vive em uma época que a “guerra de cavalheiros”, a guerra do século XVIII, havia acabado. Segundo, ele compreende que a primazia da estratégia indireta (das manobras, não das batalhas), é uma admissão de fraqueza, sendo um equívoco acreditar na bondade da alma¹⁵.

Para René Girard (2011b) o trabalho de Clausewitz vai além do estrategista, beira o do profeta, daquele capaz de ler o presente e indicar o futuro. Pois ao discorrer sobre a impossibilidade de se estabelecer um limite para o exercício do poder, tampouco da guerra e da violência, resumiu o destino interminável do projeto moderno, sobretudo pela política ao identificar uma referência da tendência à “guerra absoluta”, no ideal de subsumir toda a espécie de conflito, dos mais bélicos aos mais políticos (Girard, 2011b:42). A compreensão do autor alemão foi apontar para essa “escalada aos

¹⁴ Precisamente o trecho é este: “Aquele lado irá forçar o outro a segui-lo; cada um irá levar seu oponente em direção aos extremos, e os únicos fatores limitantes são os contrapesos inerentes à guerra” (Clausewitz, 1984:102). O autor também salienta que a extensão da guerra independe do nível de civilização, mas sim do quão importante são os interesses envolvidos no conflito e o quanto eles perduram. E se não há mais violência entre os países civilizados é apenas porque a inteligência fez sua parte para não pôr homens em risco de vida e devastar cidades e países. Para Clausewitz o método da guerra pode contribuir para torná-la menos letal, mas o seu sentido extremo perdura. “A tese, então, deve ser repetida: a guerra é um ato de força, e não há limite lógico para a sua aplicação. Cada lado, desde então, compele o oponente a seguir a contenda; a ação recíproca é iniciada e deve levar, na teoria, ao extremo.” (Clausewitz, 1984:104).

¹⁵ A estratégia chinesa deve ser ignorada, pois é aquela que busca vencer a batalha antes mesmo dela ter começado. Como Alexandre talvez tenha errado ao acreditar que Napoleão não utilizaria o menor mal-entendido para avançar sobre o território russo em 1812. Em carta de Alexandre a Napoleão, reproduzida em Guerra e Paz de Tolstói, Alexandre lança-se a todo desejo humano para compadecer Napoleão a recuar de seu desejo de guerra, ao mesmo tempo que apresenta exatamente aquilo que Clausewitz aponta, a reciprocidade da guerra: “Se Vossa Majestade não está disposta a derramar o sangue dos nossos povos por um mal-entendido deste gênero e consentir em retirar as suas tropas do território russo, considerarei o que se passar como se não se tivesse dado e será possível um acordo entre nós. Caso contrário, Majestade, ver-me-ei obrigado a repelir um ataque que nada provocou de minha parte. Depende ainda de Vossa Majestade evitar à humanidade as calamidades de uma guerra. Sou, etc. [Czar Alexandre a Napoleão] (Tolstói, Guerra e Paz – Volume III).

extremos”, que ainda não tinha chances de ser plenamente aplicada no século XIX, como nos séculos XX e XXI.

Clausewitz teve a capacidade de apresentar o embrião da “guerra total” dos regimes totalitários do século XX, e a militarização da vida civil. Do mesmo modo antecipou a noção de terrorismo do século XXI, como sendo o significado de uma “guerra popular”, sem identificações, em que o motivo da sua eficácia é o primado da defesa sobre o ataque, justificando-se como uma resposta a uma agressão anterior, fundando-se assim na reciprocidade (Girard, 2011b:49). Essa “guerra popular” era algo que Schmitt percebera como uma novidade e uma ameaça para o direito da guerra, conforme exposto em sua conferência sobre o *partisan* em 1962 (Schmitt, 2004)¹⁶.

¹⁶Nesse comentário acerca da teoria do *partisan* Carl Schmitt vai até os origens do conceito. O ponto de partida são as reflexões a respeito do *partisan* na guerra na Espanha entre 1808 e 1813 contra o conquistador estrangeiro. Nesse sentido, *Partisan* é um membro de uma tropa irregular formada para se opor à ocupação e ao controle estrangeiro de uma determinada área. O contexto de formação do *partisan* é a Guerra de Independência Espanhola, entre 1808-1814, em que a Espanha duela contra o Primeiro Império Francês, que invade o país ibérico. Schmitt procura analisar esse fenômeno do *partisan* a partir da obra de Clausewitz, cujo mote de que a “guerra é a continuação da política”, e retrata a teoria do *partisan* em uma casca de noz, de modo que as características do *partisan* - de defesa da pátria diante da burguesia e aristocracia local que se deixaram vencer pelo invasor (como ocorrera com a Espanha na ocupação bonapartista), chegariam até as estratégias de guerrilha de Lênin ou Mao para as revoluções russa e chinesa. Apesar de o *partisan* ter sido uma figura marginal, em face da regularidade clássica, não apenas passou a figurar em toda a Grande Guerra (1914-1918), como seus traços se mostraram presentes em demais guerras do século XX, como a Revolução Cubana de 1959.

A guerra é interminável porque seu resultado é sempre relativo, portanto, as buscas para superar os conflitos também o serão. Não significa que a política esteja submetida à guerra, mas que ela é incapaz de cumprir com aquilo que prometeu, isto é, aplacar a violência. Seu malogro se dá precisamente porque a violência é condição necessária para a política, é parte inerente dela.

O “espírito do mundo”, a modernidade, que Hegel viu pela janela andando a cavalo, na figura de Napoleão e seu exército, representava o quanto a guerra chamava a guerra, mesmo no ideal da paz. Girard demonstra que “*Napoleão buscava desesperadamente [a paz], mobilizando a cada momento um pouco mais o seu país, levando a cada vez um pouco mais de soldados*” (Girard, 2011b:48). Paradoxalmente, a modernidade que pretendia propalar o racionalismo, a prova fundada na experiência cartesiana ou espalhar a evidência do experimento de acordo com Francis Bacon, terminou nos intentos apaixonados das guerras revolucionárias e napoleônicas. As tentativas de reduzir os perigos bélicos em eventos como o Congresso de Viena, Versalhes, Potsdam, ou organismos internacionais como a ONU, são limitados diante da irascível predisposição ao conflito.

É sintomático discorrer sobre o significado de Napoleão para a teorização de Clausewitz. O general francês representa a ambivalência po-

lítica que o autor alemão rejeitava¹⁷. Napoleão queria dominar todas as situações, assim como arditamente buscava a vitória, procurava evitar parecer um tirano. Em *Guerra e Paz*, León Tolstói apresentou muito bem como Napoleão era mais do que temido, era admirado na Europa. Com efeito, foi um *modelo*, um “deus da guerra”¹⁸. Para Girard (2011b:56) há uma intuição primeira em Clausewitz de que essas “guerras reais”, como as abertas por Napoleão, mascaravam a “guerra absoluta”. A partir do paradoxo: *quem conquista quer a paz, quem defende quer a guerra*, Clausewitz entende a falácia napoleônica, como alguém que diz querer a paz, pois lida com conquistas, e ao mesmo tempo não cessa com a guerra.

Os homens estão portanto
sempre simultaneamente na

¹⁷ Clausewitz, de origem humilde, ingressou cedo nas forças armadas, aproveitando uma reforma que permitiu aos não-nobres a entrada nos serviços militares. Lutou pela Prússia contra as tropas de Napoleão, mas quando seu país aceitou que a França utilizasse seu território para invadir a Rússia, demitiu-se do cargo que ocupava em 1811 e foi servir o estado russo no ano seguinte, onde participou da derrota das forças de Napoleão como coronel do exército russo.

¹⁸ Tolstói descreve o quanto soldados lançavam-se cegamente às ordens do general francês. Em um trecho de *Guerra e Paz* ele relata que a vontade de apresentar bravura a Napoleão fez com que um agrupamento tentasse atravessar um rio em um período invernal. No meio do caminho vários iam precipitando-se nas águas geladas e acima estava Napoleão, soberano; e o que cada soldado mais acreditava era o quanto podiam ser importantes seus esforços para o líder, ainda estivessem à beira da morte. “Não era a primeira vez que podia convencer-se de que bastava a sua presença, em qualquer parte do mundo, da África às estepes da Moscóvia, para despertar nos homens como que a loucura do sacrifício.” (Tolstói, Leon. *Guerra e Paz* – Volume III).

ordem e na desordem, na guerra e na paz. Fica cada vez mais difícil distinguir essas duas realidades que, até a Revolução Francesa, estavam codificadas e ritualizadas. Hoje não existe mais diferença. A ação recíproca foi amplificada pela globalização, essa reciprocidade planetária em que o menor acontecimento pode ter repercussões do outro lado do planeta, que a violência está sempre um passo adiante. A política está sempre atrás da violência, do mesmo modo que, como mostrou Heidegger, a técnica fugiu ao nosso controle. Assim, temos de examinar as modalidades dessa escalada para os extremos, de Napoleão a Bin Laden: o ataque e a defesa promovidos a único motor da história. É por isso que Clausewitz é fascinante, porque atrai e repele ao mesmo tempo, porque assusta. A vitória não pode mais ser relativa: ela só pode ser total (Girard, 2011b:61).

Para Girard, ao demonstrar que a guerra somente pode ser total, Clausewitz antecipa a noção de “guerra de extermínio”. Para ele, a “paz perpétua” é apenas a dos cemitérios. E esse justamente é o drama contemporâneo, pois dois modelos totalitários, parcialmente

triumfantes do início do século XX e que ainda geram repercussões, o fascismo e o comunismo, comungam dessa mesma concepção finalista. O diálogo entre François Furet e Ernst Nolte (1999) revela claramente a resposta mimética existente entre nazismo e bolchevismo, em como ambos assemelhavam-se em uma série de premissas, sobretudo na concepção extrema da guerra¹⁹.

Com o desencantamento da violência, que deixou de ser sacrificial desde o legado cristão, envolvido pelo projeto iluminista de expansão da modernidade, a violência não encontra um porquê. Dentro da estrutura do poder ela é inescapável e irrestrita. Tomemos o exemplo dos genocídios. Apesar de existirem na história antiga, civilizações inteiras dilaceradas, como nas Guerras Púnicas (264 a.C.-146 a.C.) em que os romanos desapareceram com o povo cartaginense, enfim, mesmo nessas ocasiões havia uma espécie de eterno retorno religioso, uma força de renovação inesgotável (Girard, 2011b:63). Hoje, por outro lado, o genocídio é estéreo, não leva a lugar algum, além do próprio poder em si, encontra-se destituído de propósito. A violência de modo geral não tem mais mito para justificar-se, e como está liberada

do compromisso sacro ela é resgatada pelos desígnios da ciência e da política. Tanto que a eugenia e o racismo são expressões científicas da supressão de alguém que é tido como “outro”, inimigo destituído de igualdade recíproca.

A potência da percepção clausewitziana sobre a violência fornece indicações suficientes para concluir que a política e o direito, foram e são incapazes de evitar a violência. O motor propulsor do Estado é a guerra, e a tentativa correspondente a regularizar o poder é o direito. Raymond Aron em uma das obras centrais das relações internacionais retrata que “*enquanto existirem Estados e a história seguir seu curso, essa ‘sociedade de povos’ só terá um tribunal supremo: o das armas*” e que “*sem a guerra, não há Estado*” (Aron, 2002:713). Nesse mesmo livro, o sociólogo francês explica que não se pode declarar a completa injustiça da força, Estado e o direito são igualmente incapacitados de prover a extinção daquilo que propriamente os fez e os mantém.

Proudhon baseia-se num argumento muito simples. Todos os juristas internacionais opõem o direito à força, afirmando que esta não pode criar o direito. Contudo, o direito que resulta dos acordos entre os Estados tem como origem a força, uma vez que sem ela os Estados não teriam chegado a existir. Proclamar a injustiça intrínseca da for-

¹⁹O dissidente nazista Hermann Rauschning (1887–1982) em seu livro *Gespräche mit Hitler* (Conversações com Hitler) revelava que para Hitler não havia mais do que duas saídas: ou a vitória total da Alemanha, ou a derrota total. Entre os comunistas, Lênin e Stalin tentaram conciliar Hegel e Clausewitz: predomínio do Estado sobre a sociedade com militarização (Girard, 2011b:89).

ça é, portanto, decretar a injustiça original de todas as normas jurídicas, que são inconcebíveis fora dos Estados. Ou há um direito da força, ou toda a história é uma trama de injustiças. (...) Se o emprego da força é culpado, de modo absoluto, todos os Estados estão marcados por uma espécie de pecado original (Aron, 2002:731).

Deve-se dar atenção especial à parte final do trecho acima. Essa espécie de “pecado original” é o que define o Estado, como o “pecado original” do *Gênesis* define a sociedade em sua dimensão religiosa. A resposta a esse padrão de princípio se dá na aceitação ou na recusa da violência mimética – “*em que cada um imita o outro e se torna seu rival a fim de adquirir objetos cada vez mais simbólicos*” (Girard, 2011b:67). A modernidade insiste em recusá-la, recorrendo circularmente às mais diversas vertentes políticas e jurídicas, já que se construiu sobreposta ao cristianismo que liberou o homem da violência sacrificial. O risco permanente é o da incapacidade humana em lidar com o livre-arbítrio, de a sociedade ocidental despir-se completamente da religião, o que a destruirá (Girard, 2011b:66). Pois as forças geradas para controlá-la são mais temíveis do que qualquer poder superior, “*os deuses que nós nos demos são autogerados no sentido de depende-*

rem totalmente de nosso desejo mimético. Reinventamos assim senhores mais ferozes que Deus do cristianismo mais jansenista” (Girard, 2011a:52)²⁰.

A seguir pretende-se expor como politólogos e juristas procuraram, no bojo da secularização, fazer da política e do direito instrumentos para driblar a violência mimética e a crise sacrificial.

Ações modernas para superar a violência

A qualidade da abordagem de Clausewitz está na clareza e na capacidade de resumir uma tendência. A partir daí, pensadores no século XX desenvolveram uma série de reflexões acerca das relações entre violência e teoria política. Não são poucos os encaminhamentos que tentam superar a fatídica mensagem de Clausewitz, tratarei brevemente do comércio (i), da transferência da política do Estado para a sociedade (ii), e, sobretudo, das tentativas do direito (iii) e da política (iv) em dominarem completamente a violência.

²⁰Ou é o que chamo de paradoxo de Chesterton sobre o ateísmo: o escritor inglês Gilbert K. Chesterton mencionou em sua obra *Ortodoxia* (1908) - um dos livros mais poderosos do século XX, que influenciou homens como Hemingway, José Luis Borges, García Márquez, Eliot, Michael Collins, Mahatma Gandhi e Martin Luther King - que “quando se deixa de acreditar em Deus, passa-se a acreditar em qualquer coisa”, e o paradoxo é que o ceticismo quanto a Deus acaba sendo muito maior do que a crença que surge como substituta. É de se destacar também como ironicamente Girard descreveu o caráter do pensamento moderno, no sentido da descrença na Bíblia e nas mitologias: «Nós somos classicistas primeiro, romancistas em segundo, e primitivos quando necessário, modernistas com uma fúria, neoprimítivos quando estamos indignados com o modernismo, gnósticos sempre, mas bíblicos nunca” (Girard, 1989:105).

(i) O comércio, depois a indústria e o capitalismo como um todo foram as apostas dos liberais para superar o mundo da guerra. Montesquieu considerava que o comércio permitia evitar os conflitos armados, assim como na mesma corrente Benjamin Constant considerou que as grandes disputas mundiais seriam feitas em torno dessa atividade. Apesar da teorização francesa, foram os ingleses os mais bem sucedidos em fazer do comércio uma guerra temível, ainda que deixe menos mortos (Girard, 2011b:111).

O comércio não deixa de ser uma guerra contínua, mas de intensidade fraca. As características do comércio são bastante semelhantes às da guerra. E vemos que nele também a violência torna-se no mais das vezes aparente, ou aquilo que foge do domínio político e jurídico. De uma competição econômica mal resolvida um conflito pode surgir, assim como os artifícios comerciais para vencer o concorrente podem ser tão redutíveis às mais baixas violências, que o pior cenário de guerra.

Em resumo, é difícil acreditar na esperança de que o comércio é o eterno substituto da guerra. Pois gera uma reciprocidade contínua que não encontra equilíbrio, representa um jogo de vantagens e desvantagens em que uns perdem mais do que outros ganham, e continuamente procura-se resistir às perdas.

(ii) A transferência da política do ambiente estatal para a sociedade é o

resultado da inversão que Michel Foucault promove da fórmula clausewitziana. Em seus colóquios no *College de France* o filósofo francês discorre sobre as pesquisas que desenvolve para saber das implicações do poder, o que significa, como surge, para onde pretende levar os homens, etc.. E dentro dessas reflexões inverte a máxima clausewitziana dizendo que “*a política é a guerra continuada por outros meios*” (Foucault, 1990:22), como sendo a política o ambiente que reduziu as relações de violência aos seus esquemas de poder, e aos seus mecanismos repressivos. Ocorre que a política acaba restringindo-se às ações do Estado perante a sociedade, e o propósito de Foucault, nos colóquios era justamente o de desenvolver um pensamento filosófico político em “defesa da sociedade”, transferindo a carga de disputas que ocorrem na política para além do modelo do Leviatã, de um homem artificial em que os cidadãos são envolvidos por uma soberania. Desse modo o centro da discussão se daria sobre como se desenvolvem as técnicas e táticas de dominação na sociedade, e como antes se estudava as estratégias da guerra. Da leitura dos *Colóquios* compreende-se que Foucault não elimina a tese de Clausewitz da guerra interminável, mas busca reposicioná-la e ao fazê-lo aplacar os efeitos violentos dentro da transparência democrática, do diálogo, e de novos mecanismos de poder.

(iii) O direito procura coibir o uso da violência, substituindo-a por suas formas contratuais. Ou a violência é contraposta à ordem jurídica, ou é absorvida por ela. O exemplo do direito à greve é emblemático, pois significa que a concessão desse direito serviu para evitar uma violência dos trabalhadores contra os empregadores, as fábricas e o Estado (Benjamin, 2012:63). Na medida em que logra restringir a violência, teoricamente o direito é capaz de restringir o poder, pois concentra dentro de si as possibilidades de confronto. Portanto, a discussão reside no plano do legítimo ou do ilegítimo, que foge ao âmbito do direito. Para tratar do sentido da violência considerada legítima é preciso lidar com a função do valor da violência (Benjamin, 2012:61). Originalmente tal valor é um sentido que se encontra entre o mítico e o divino. O mítico, primeiramente, é um arquétipo ligado aos deuses ou a um todo-poderoso, pode se tornar uma referência secularizada, sendo essa tônica da desmistificação do direito. Paralelamente, o divino, fonte última de sentido sagrado permanece como exceção: aquele que tem o poder de absorver, aniquilar, e também pode ser transmitido a uma ordem secular, como o poder político estatal, voz última sobre o direito.

Essa dupla hélice moderna, o direito e a política apenas são completos na medida em que a secularização é completa. E a violência é justamente

o elemento evidente que escapa tanto a uma como a outra dimensão de regulação. A violência é o centro da relação contratual, religiosamente entre os homens e Deus, como secularmente entre os cidadãos e o Estado. O que vale a pena ser diagnosticado é acerca das incapacidades dos sistemas jurídicos aplacarem a violência mimética descrita por Girard, o reiterado e recíproco circuito conflitivo que surge entre os homens. É o mesmo que concluir pela incompletude da secularização.

Carl Schmitt é um caso exemplar de jurista que pretende resistir ao curso dos acontecimentos através do direito de guerra. Schmitt percebeu a tônica de Clausewitz quando tratou da “teologização” da guerra, em que o inimigo se torna um Mal a ser erradicado, e propôs uma espécie de humanização do opositor como sinônimo de progresso (Girard, 2011b:122). Ele ressalta os riscos do pacifismo, que significaria colocar a guerra na ilegalidade, e como isso seria um erro dado que o duelo irradia-se, como aconteceu na Espanha com os guerrilheiros contra a invasão francesa.

Apesar do voluntarismo jurídico de Schmitt, segundo Girard, esse intento tornou-se vão

porque após a Segunda Guerra viu-se que a escalada para os extremos seguia seu curso. A causa tinha sido perdida. Ademais, esse vo-

luntarismo era contraditório com o compromisso de Schmitt com o nazismo, constituindo, portanto, uma luta perdida (Girard, 2011b:122).

Ademais, Schmitt não teria compreendido as condições da guerra moderna, pois depois de 1945 o mundo da violência funcionou

mais na base de acordos entre máfias do que na base do direito. Isso é, nada foi legalizado, nada passou pela ONU (...) Schmitt viu o grande problema do fim das guerras, e tentou resolvê-lo como jurista, exatamente como um médico que crê demais na medicina (Girard, 2011b:124).

Com ironia Girard apresenta o caso do direito público e da ciência política em resolver o problema da violência porque acreditam na “decisão soberana”, quando na verdade ela escapa desses mecanismos de controle. Clausewitz havia percebido que a guerra adquirira uma autonomia que a política dificilmente alcançará. *“As guerras tornaram-se ‘ideológicas’ ou ‘totais’, e agora conhecem seu crepúsculo. Como retornar? Temo que a ciência política não possa ajudar em nada”* (Girard, 2011b:127).

(iv) O exemplo na teoria política de tentativa de resolver a perpetuidade da

violência pela dinâmica política pode ser observado em Hannah Arendt, especialmente em uma obra: *On Violence* (1970) [Da Violência].

Para a autora alemã o lado político da violência é a sua condição de ser tratada como uma justificação da limitação política. A teoria da guerra ou a teoria da revolução podem trabalhar com a justificação da violência porque essa justificação constitui uma limitação política (1990:19). A explicação é a de que o homem, conforme explicou Aristóteles, é um ser marcado pela fala, pela comunicação, portanto, a violência é a não-comunicação, a negação da negociação, o limite da possibilidade do tratamento político. Enfim, trata-se de uma inversão da proposta de Clausewitz. Para Arendt a violência retrata um estágio antipolítico (Arendt, 1990:19), como uma regressão. A sua perspectiva é de crença na racionalidade da natureza humana, no diálogo, na democracia liberal.

Arendt procura demonstrar que há sutilezas maiores em torno do poder do que a interrupta aplicação da violência. Para ela nenhum poder até hoje se sustentou apenas através da força, nem mesmo o mais despótico dos regimes:

No government exclusively based on the means of violence has ever existed. Even the totalitarian ruler, whose chief instrument of rule is torture, needs a power basis—the secret

police and its net of informers. Only the development of robot soldiers, which, as previously mentioned, would eliminate the human factor completely and, conceivably, permit one man with a push button to destroy whomever he pleased, could change this fundamental ascendancy of power over violence (Arendt, 1970:50).

Considera ainda que o poder é a essência de qualquer governo, mas não a violência, esta é por natureza instrumental, e que continuamente precisa de justificativas, prerrogativas, porquês. A relação de violência e não violência, e a capacidade para cada uma das formas de instrumentalização da força humana para fazer política, depende da disposição dos atores envolvidos. Daí que a sua esperança democrática correspondia a mais sutil compreensão da natureza sociológica, calcada em relações bilaterais. Em *On Violence* Hannah Arendt comenta que se Gandhi e sua tática de não-violência lidasse com a Rússia de Stalin, a Alemanha de Hitler ou mesmo o Império japonês, antes da II Guerra Mundial, ao invés de ter lidado com o Império Britânico, certamente o resultado teria sido violência e submissão. O que passa é que a França na Argélia, e a Inglaterra na Índia não poderiam simplesmente adotar a tática da confrontação pela violência, justamente porque o

seu uso já é o sinal e a prova da deterioração do poder. Nessa chave o uso da violência significa fraqueza.

É nesse ponto que a autora procura chamar a atenção dos movimentos democráticos, dos direitos civis nos Estados Unidos da década de 1960, para o uso da violência, que a ela representaria um erro. Uma das críticas é dirigida primordialmente ao processo político que leva à violência, entre eles o da centralização política. A violência é um efeito político, e a busca por concentração de poder eleva os níveis de tensão em uma região. E o sentido da democratização é justamente centrífugo, de difusão do poder.

O maior desafio nessa dinâmica é um governo encontrar um equilíbrio, a partir dessa difusão de demandas. Arendt considerava que os Estados Unidos podem ser considerados como um dos poucos países, ex-colônia europeia, que logrou de certo modo algum equilíbrio democrático liberal.

Mesmo que bastante esclarecedoras e corajosas as colocações de Arendt sobre a violência, o que parece mais relevante de sua obra é o tratamento sobre as origens do totalitarismo, obra de 1966 (Arendt, 1989). Pois a proliferação da violência contemporânea justamente nos leva a descrever na esperança da autora alemã em vencer a violência pela evolução democrática da política.

O totalitarismo significa a evidência da banalização do mal, que foi capaz de sobrepor toda a evolução do humani-

tarismo, dos direitos humanos internacionais, e chegar a estágios extremos de violência. Essa banalização da crueldade, e que pode residir nos seres humanos e não apenas em animais irracionais, faz do totalitarismo um sistema assustadoramente consciente, capaz de funcionar independente da experiência, em que no horizonte procura-se escapar do circuito da violência: “*O impiedoso processo no qual o totalitarismo engolfa e organiza as massas parece uma fuga suicida dessa realidade*” (Arendt, 1989:530).

A chave do problema está em encontrar uma saída para a fórmula de Clausewitz, da guerra ao extremo. O comércio, a transferência do dilema do poder para a sociedade, o direito e a política, que surgem na modernidade como tentativas de superar a violência que sacrifica vidas humanas, devem ser as apostas para solucionar esse dilema? Será possível uma “administração da justiça” que logre um equilíbrio que exima o homem do reiterado ciclo da violência? Ou estamos fadados a aceitar a premissa de que não há mais lugar para que o sacrifício cesse esse ciclo?

A violência e o sagrado sempre estiveram interligados, contudo, no sistema judiciário moderno procura-se expelir a violência, por sua falta de sentido. Jogam-se todas as fichas na crença do sistema judiciário, para que funcione e logre superar as relações violentas que marcavam a sociedade primitiva (Girard, 1972:50).

O sacrifício reúne o conjunto da vida moral e religiosa no termo de um desvio extraordinário. Mas, no sistema judiciário e na sociedade secular o que vigora é a racionalização da vingança. A discussão gira em torno da perda do caráter da violência como purificadora, o que provoca a chamada *crise sacrificial* (Girard, 1989:64). Trata-se da perda do sacrifício, da diferença entre violência impura e violência purificadora. No momento em que ela é perdida, não há mais purificação possível e a violência impura, contagiosa, quer dizer, recíproca, se propaga pela comunidade. A modernidade já não conta mais com a violência sacrificial, por outro lado é impotente frente a impura, que mimeticamente se reproduz entre os sujeitos.

Girard propõe que a ciência da cultura seja capaz de ler as tragédias e colocar esse aspecto da literatura como um instrumento equivalente de estudo. Para o antropólogo é fundamental que possamos reconhecer a nossa condição mimética e o lugar que a violência ocupa na dinâmica social. Um dos mecanismos fundamentais para essa apreensão figura na literatura, que apresenta um cabedal de exemplos, desde as mitologias gregas às obras de religião, passando por textos consagrados de clássicos como Dostoiévsky e Willian Shakespeare. Ainda segundo Girard, a tragédia grega, assim como os relatos primitivos, trata de configurações não modernas entre a violência e o sagrado, e como o pensa-

mento moderno não consegue pensar o indiferente como violência, e vice versa. É justo neste sentido que a tragédia pode contribuir para o pensamento moderno, na medida em que aceitamos lê-la de modo radical, ou seja, encarando a realidade da violência e não procurando ser indiferente com relação a ela e seus designios. “*A tragédia trata de um tema quente entre todos, de um tema que não é jamais colocado em questão, e por causa disso, no seio das estruturas significantes e diferenciais, e onde consta a dissolução de suas mesmas estruturas na violência recíproca.*” (Girard, 1989:86).

Na medida em que se avança na crise sacrificial, a violência é cada vez mais manifesta, sem que o valor intrínseco do objeto seja o estopim do conflito, excitando rivalidades, é a violência por si mesma que valoriza os objetos, que inventa pretextos para melhor se desencadear.

O arcabouço da violência sacrificial permanece, mas de forma vazia. Como no caso do *bode expiatório*, em que a sociedade moderna segue a criá-los, entretanto, mais uma vez, sem o conteúdo sacro. O caso exemplar de bode expiatório foi Jesus – o homem-Deus inocente, imolado e amplamente julgado como culpado, que no momento seguinte torna-se o centro da adoração e da nova religião.

Bode expiatório é um termo que sintetiza o que Girard tentou expor a respeito de perseguições coletivas. Pelo caráter usual do termo, poucos se preocuparam em determinar seu significado

exato, de modo que são múltiplas as concepções equivocadas. Decididamente, a noção do bode expiatório é a perseguição da vítima, retratando uma noção de sociedade em que há lugar apenas para uma única causa, e o triunfo é absoluto, absorvendo todas as causalidades. Não há nada que acontece com o perseguidor que não esteja imediatamente ligado ao bode expiatório, e a reconciliação é um benefício à vítima. Quando reconciliado, o bode expiatório passa de causa do mal para causa do bem, se antes era responsável absoluto por tudo que era mal, no momento seguinte, com a reconciliação, torna-se responsável pela cura. De fato é uma relação paradoxal, a partir de uma visão dualista atribuída à vítima, entre “bem” e “mal”.

Considerações finais - a proliferação da violência e os destinos extremos

Neste trabalho sobre a tragédia da imitação, viu-se que a violência moderna perde o seu sentido sacrificial, mas ganha enquanto instrumento último do poder. Com a crise da noção de autoridade, torna-se imprescindível ao poder a violência para se legitimar, sendo esse o âmago da justificação do Estado moderno. O sacrifício, antes legado tão somente à religião ou àquilo ligado ao religioso, a partir de então se volta à figura do chefe político. O projeto político moderno é concentrador, destinado à organização dos Estados nacionais, de acordo com a consolidação de um território, cultivo de uma simbologia

que integre patrioticamente o povo aos anseios nacionais, fundação de exércitos nacionais, arrecadação tributária centralizada, direção da economia, controle da circulação de bens, serviços e pessoas.

O lugar do político, acima da religião, passa a ser tratado como o centro da vida coletiva, algo inédito na história ocidental. Do mesmo modo, a noção de decisão que estava entre aquilo que era mais decisivo na vida de cada um, entre a violência cíclica dos homens e a alienação do amor cristão, é encerrada na arena política, entre formas de governo, graus de legitimidade, realismos ou idealismos. Por isso a forte crença na capacidade que os regimes políticos teriam em dar conta do ciclo da violência.

O século XX foi o século dos genocídios em nome do poder político coletivo. Nunca se falou tanto em povo, em governo do povo, e nunca matou tanto “em nome do povo”. O professor R. J. Rummel (2009) caracteriza esse quadro através do conceito de *democídio* - que significa a morte de qualquer pessoa ou povo pelo governo, incluindo genocídio, politicídio e mortes em massa, sob a justificativa de defesa de governo popular, democrático, a partir de um governo centralizado, com alta concentração de poder. A equação é assim: quanto maior o poder de um governo, e concentrado, maiores são as chances de haver violência, internamente e exteriormente. Por outro lado, quanto maior a difusão, os controles e os balanços do poder, menos

um governo será agressivo e cometerá o chamado *democídio* (Rummel, 2009:2). Não se trata de uma apologia pacifista de governos liberais, mas de desfazer uma ilusão sobre o depósito de confiança sobre algo tão contingente quanto a política, e de que o caráter popular de governos não os eximiria de suas idiossincráticas relações com a violência.

O impasse está deflagrado, como uma angústia irresoluta, e o descompasso da violência apresenta dois rumos à modernidade: por um lado o vazio, o niilismo, o suicídio; e, por outro, a adesão total a ideologias totalitárias, a processos revolucionários intermináveis, a genocídios, a terrorismos, a políticas de extermínio. Nessas duas sendas a violência tem lugar, e a política parece impotente. Aliás, a política moderna é mais um capítulo da novela moderna sem final feliz.

BIBLIOGRAFIA

ARENDDT, Hannah. 1989. *As origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. São Paulo : Companhia das Letras.

_____. 1990 [1963]. *On Revolution*. London : Penguin Books.

_____. 1970. *On Violence*. New York : A Harvest/HBJ Book.

ARON, Raymond. 2002 [1962]. *Paz e guerra entre as nações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília : UnB.

BENJAMIN, Walter. 2012. “Sobre a crítica do poder como violência”. In: *O anjo da história*. Belo Horizonte : Autêntica.

BOTERO, Giovanni (1544-1617). 1992 [1589]. *Da Razão de Estado*. Coimbra : INIC.

CAMARGO, Luis Cláudio – FSSPX. 2015. *Vae Soli – A corrupção da noção de autoridade*. In: *Revista Permanência*, ano: MMXV, n. 277, pp. 89-125. Niterói : Permanência.

CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas-Boas. 2011. *Secularização inacabada: Política e Direito em Carl Schmitt*. Curitiba : Appris.

CAVANAUGH, William T.. 2014. “Religious Violence as Modern Myth”. In: *Political Theology*, Vol. 15 No. 6, November, 2014, 486–502. W. S. Maney & Son Ltd.

CHRISTIN, Olivier. 2014. *O desfecho das guerras de religião: a autonomização da razão política na metade do século XVI*. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº14. Brasília, maio - agosto de 2014, pp. 139-165.

CLAUSEWITZ, Carl von. 1989. *On War*. Ed. and transl. Michael Eliot Howard and Peter Paret. Princeton : Princeton University Press.

DAWSON, Christopher. 191 [1950]. *Religion and the Rise of Western Culture. The Classic Study of Medieval Civilization*. New York : Image Books Doubleday.

FOUCAULT, Michel. 1990. “Aula de 14 de janeiro de 1976”. In: *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.

_____. 1990. “Aula de 7 de janeiro de 1976”. In: *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.

FURET, François; NOLTE, Ernst. 1999. *Fascismo y comunismo*. Trad. Esther Benítez y Arturo Parada. Madrid : Alianza Editorial.

GAUCHET, Marcel. 1985. *Le désenchantement du monde – une histoire politique de la religion*. Paris : Gallimard.

_____. 2007. *L'Avènement de la démocratie (I). La Révolution Moderne*. Paris : Édition Gallimard.

GIRARD, René. 2011a. *Anorexia e desejo mimético*. Trad. Carlos Noughé. São Paulo : É Realizações.

_____. 1972. *La violence et le sacré*. Paris : Bernard Grasset.

_____. 2011b. *Rematar Clausewitz: além da Guerra*. Diálogos com Benoît Chantre. Trad. Pedro Sette-Câmara. São Paulo : É Realizações.

_____. 1989. *The Scapegoat*. Trans. Yvonne Freccero. Baltimore : The Johns Hopkins.

JOUVENEL, Bertrand de. 1977 [1972]. *Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*. Paris : Hachette.

KOSELLECK, Reinhart. 2003. *Aceleración, prognosis y secularización*. Valencia : Pre-Textos.

MILBANK, John. 1995 [1990] *Teologia e teoria social – para além da razão secular*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo : Loyola.

PRODI, Paolo. 1982. *Il sovrano pontefice*. Bologna : Società editrice il Mulino.

RAMIRO JUNIOR, Luiz Carlos. 2014. *Entre o Syllabus e a Constituição*

moderna: debates políticos em torno da Questão Religiosa (1872-1875) no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – IESP/UERJ.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. 2003. História da Filosofia. 2 - Patrística e Escolástica. São Paulo : Paulus.

ROUGEMONT, Denis de.1988. O amor e o Ocidente. Trad. Paulo Brandi e Ethel Brandi Cachapuz. Rio de Janeiro : Ed. Guanabara.

RUMMEL, R. J.. 2009 [1994]. Death by Government. New Brunswick : Transaction Publishers.

SANTOS, Mário Ferreira dos. 1961. Convite à Filosofia e à História da Filosofia. São Paulo : Logos.

SIMMEL, Georg. 1966. Conflict. The web of group-affiliations. Trans. Kurt H. Wolff and Reinhard Bendix. New York : The Free Press.

SCHMITT, Carl. 1993. Conceito do político. Rio de Janeiro: Vozes.

_____. 2014. O Nomos da Terra. Rio de Janeiro : Contraponto.

_____. 2004 [1962] The Theory of the Partisan. A Commentary/ Remark on the Concept of the Political. Transl. A. C. Goodson. Michigan : Michigan State University.

WEBER, Marx. 2003. Ciência e Política – duas vocações. São Paulo : Martin Claret.

Luiz Carlos Ramiro Junior

Mestre e Doutorando em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ (IESP/UERJ).



Universidade
Federal
Fluminense