UNESP – UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS
NÍVEL DOUTORADO

ANTROPOLOGIA E DIREITO: A JUSTIÇA COMO POSSIBILIDADE ANTROPOLÓGICA

GUILHERME TAVARES MARQUES RODRIGUES

Orientadora Prof. Dra. Christina de Rezende Rubim

Marília – SP
2010

GUILHERME TAVARES MARQUES RODRIGUES

ANTROPOLOGIA E DIREITO:
A JUSTIÇA COMO POSSIBILIDADE ANTROPOLÓGICA

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista – UNESP, sob a orientação da Professora Doutora Christina de Rezende Rubim

Marília – SP

2010

Agradecimentos

A Deus, pelo mistério da vida e do amor.

A meus pais, César Augusto Marques Rodrigues e Maria das Graças Tavares Rodrigues, com amor e gratidão de filho.

A meus avós, Jorge Tavares e Antonieta Romão Tavares, com amor, carinho e admiração.

A meus irmãos, Alexandre e Maria Flora, com amor e amizade.

In memorian, a Arlindo Augusto Rodrigues e Haydeé César Marques Rodrigues

Agradecimentos Especiais

À professora e amiga Christina de Rezende Rubim, com admiração e honra, pela paixão cultivada ao conhecimento, e, principalmente, por ter me apresentado o caminho da antropologia.

Aos professores, colegas, e funcionários do Departamento de Pós-Graduação da Unesp – Campus de Marília.

Aos colegas, demais professores, alunos, e funcionários da Faculdade de Direito da FAEF – Campus de Garça, SP, em especial, à professora e amiga Maria Lúcia Gonçalves da Silva.

Aos familiares, amigos e parentes, muito em especial a Alexandre Bordim e Lílian, Normandes Fregolente e Elaine, Marcelo Alves e Cindia, Cláudio Rubira e Helen, Luis Eduardo Netto de Souza e Adilma, João Biffe Júnior e Bárbara, Nadir de Campos Júnior e Gláucia, Renato César Nabão, Adriana Franco Coelho, Francisco Kleber Canola, Fabiano Girotto, Juliano Botelho, Karen Irma Doretto, Cláudio Marcos Kyrillos, os quais sempre se mostraram solidários e grandes incentivadores deste estudo.

Aos professores doutores Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, José Geraldo Poker, Érika Mendes de Carvalho, Jayme Wanderley Gasparoto, que possibilitaram, através de seus valiosos comentários e sugestões, novas perspectivas para a pesquisa.

Ao professor Gilberto Giacóia, pela admirável simpatia e paixão pelo conhecimento.

Dedicatória

Com amor

A meus filhos Stephanie e Christian

A minha esposa Elizabeth

Resumo

Nos últimos anos tem sido notado no campo do direito um significativo aumento do interesse pelo referencial teórico e metodológico fornecido pela antropologia. No entanto, e apesar de algumas relevantes contribuições direcionadas a uma aproximação entre a antropologia e o direito, o fato é que a antropologia jurídica, ao menos no cenário acadêmico nacional, ainda ressente de uma maior reflexão sobre o seu espaço epistemológico e possibilidades práticas. Nesse âmbito de análise, e partindo do pressuposto de que o conhecimento reivindicado de forma autônoma pelo direito e pela antropologia representam, sobretudo, domínios de saber que se expressam como discursos históricos, o presente estudo apresenta duas finalidades: primeiramente, identificar os fundamentos e as possibilidades de análise do discurso jurídico-antropológico através de uma leitura dos seus principais referenciais epistemológicos; e, num segundo momento, desenvolver uma etnografia do discurso jurídico no campo cultural da execução penal sob a proposta de uma antropologia do conhecimento.

Palavras-chave: antropologia do conhecimento, teoria antropológica, teoria do direito, antropologia jurídica, etnografia do discurso, filosofia da ciência, epistemologia, linguagem, hermenêutica, retórica.

Abstract

In recent years it has been noticed in the field of law a significant increase in interest in the theoretical and methodological framework provided by anthropology. However, despite some outstanding contributions aimed at a rapprochement between anthropology and law, the fact is that anthropology of law, at least in the national academic scene, still lacks a major reflection on your epistemological space and practical possibilities. Within this framework of analysis, and assuming that the knowledge claimed autonomously by law and anthropology especially represent areas of knowledge that are expressed as historical discourses, this study has two purposes: first, identify the reasons and possibilities of discourse analysis, legal and anthropological frames; and, second, to develop an ethnography of legal discourse in the cultural field of criminal enforcement under the proposal for an anthropology of knowledge.

Keywords: anthropology of knowledge, anthropological theory, Jurisprudence, legal anthropology, ethnography of discourse, philosophy of science, epistemology, language, hermeneutics, rhetoric.

Sumário

Agradecimentos.....3
Agradecimentos Especiais.....4
Dedicatória.....5
Resumo.....6
Abstract.....7
Apresentação.....11
Introdução.....15

PRIMEIRA PARTE
FUNDAMENTOS PARA UMA ANÁLISE DO DISCURSO

CAPÍTULO 1
A justiça enquanto cultura e a ciência como discurso.....26
A construção do sentido de justiça: um significado inato ou cultural?.....26
A justiça enquanto discurso racional.....34
A justiça enquanto discurso cultural.....41
A aspiração à justiça enquanto dado antropológico fundamental.....45
Teoria, construção do sentido e textualidade.....48
Literatura e discurso.....54
Os gêneros do discurso.....61
Prática científica e estilística.....64
A oposição entre ciências sociais e literatura.....68
A semelhança entre direito e literatura.....74
Por uma ciência das obras no campo jurídico.....80

SEGUNDA PARTE
FUNDAMENTOS DE UM DISCURSO JURÍDICO-ANTROPOLÓGICO

CAPÍTULO 2
Uma breve genealogia dos fundamentos do discurso jurídico.....87
A fundação clássica do direito e as origens de uma antropologia filosófica sobre a justiça.....87
A emergência de um pensamento jurídico-antropológico.....89
As fórmulas do "homem-medida" e do "discurso forte" como fundamentos antropológicos da noção do justo.....95
A antropologização do direito.....98
O jusnaturalismo moderno e suas ambivalências.....104
O juspositivismo e os primórdios de uma ciência do direito.....121

Os positivismos e a ciência do direito.....132
O positivismo filosófico.....**134**
O positivismo lógico do Círculo de Viena.....**138**
O positivismo jurídico.....**143**

CAPÍTULO 3
***Uma breve genealogia dos fundamentos do discurso antropológico*.....154**
Os precursores do pensamento antropológico.....154
Problemas terminológicos.....162
A "ciência do homem" e seus ideólogos.....164
Os paradigmas de origem da antropologia.....167
A pré-história da humanidade.....**167**
A antropologia física.....**167**
O estudo das sociedades exóticas e a reflexão sobre o homem social.....**169**
Principais teorias e escolas antropológicas.....170
O evolucionismo cultural.....**171**
O difusionismo.....**173**
As tendências analistas morfologistas.....**175**
O psicologismo, a etnolinguística, e o culturalismo.....**176**
O funcionalismo.....**180**
O estruturalismo.....**182**

CAPÍTULO 4
***Uma breve genealogia dos fundamentos do discurso jurídico-antropológico*.....186**
As teorias "clássicas" precursoras da antropologia jurídica.....186
Henry S. Maine: A evolução do direito.....**188**
Karl Marx: O direito como instrumento de dominação e alienação social.....**192**
Émile Durkheim: O direito e as formas de solidariedade social.....**197**
Max Weber: descrição, valoração e racionalidade.....**205**
Primeiras configurações da antropologia jurídica.....209
Malinowski e Radcliffe-Brown – A ordem social entre funções e formas.....**215**
Paul Bohannan e Max Gluckman – A razoabilidade nos julgamentos, a comparabilidade dos direitos, e a lei como expressão de uma cultura única.....**223**
Laura Nader e Peter H. Gulliver – Uma nova perspectiva para as análises jurídico-antropológicas.....**232**
Simon Roberts e John Comaroff – A sistematização paradigmática a partir das análises normativa e processual.....**238**
História e Poder nas Sociedades Complexas: a necessária reconfiguração disciplinar.....**241**
O Pluralismo Jurídico.....**246**

Clifford Geertz e Lawrence Rosen – A perspectiva pós-moderna**.....255**

TERCEIRA PARTE
ANTROPOLOGIA DO CONHECIMENTO E ETNOGRAFIA DO DISCURSO

CAPÍTULO 5
***Por uma etnografia do discurso jurídico*.....263**

As divisões disciplinares e a reflexão epistemológica.....263

O referencial hermenêutico como instrumento de aproximação entre os conhecimentos jurídico e antropológico…….....270

A sociologia do conhecimento: uma reflexão sobre a influência das condições sociais na produção do conhecimento científico.....279
A "nova" sociologia do conhecimento ou a configuração de uma antropologia do conhecimento?.....288
A antropologia do conhecimento frente à "ciência em ação".....292
Da objetividade científica para a objetividade jurídica.....300
Da "ciência em ação" para o "direito em ação"…….....304

CAPÍTULO 6
***O direito em ação: uma etnografia do discurso no sistema de justiça penal*.....313**
Sistema prisional e etnografia.....313
O campo cultural da execução penal.....318
O "direito normal" enquanto *habitus*, paradigma ou "discurso forte".....328
Observando o "direito em ação" através do discurso.....332
Limites e possibilidades práticas de um discurso transformador do campo cultural da execução penal**.....332**
Limites e possibilidades práticas da autonomia e independência dos sujeitos inovadore no campo cultural da execução penal**.....365**
Retomando o "habitus" conservador e rotinizador do campo cultural da execução penal**.....384**
Considerações Finais.....395

Bibliografia Consultada.....398

Apresentação

A idéia de desenvolver um estudo direcionado a promover uma aproximação entre a antropologia e o direito me pareceu, desde o início, uma tendência natural desde que ingressei no programa de pós-graduação em Ciências Sociais da Unesp – Universidade Estadual Paulista. Afinal, o fato de ser proveniente do campo do direito parece por si só suficiente para ensejar alguma forma de composição entre os referenciais de minha formação originária com aquele relacionado ao programa do curso de pós-graduação. No entanto, o modo como essa aproximação poderia ser feita na prática nunca se mostrou muito clara para mim.

Mas, curiosamente, foi somente ao longo do desenvolvimento das pesquisas que resultaram em minha dissertação de mestrado[1] que vislumbrei um possível viés capaz de abordar, numa mesma hipótese de pesquisa, os conhecimentos jurídico e antropológico. Tomando por base metodológica, principalmente, a vertente antropológica proposta por Bruno Latour e Victor Crapanzano, o objetivo específico daquele estudo consistia em identificar as estratégias retóricas utilizadas pelo antropólogo para conferir validade e cientificidade aos seus enunciados básicos no desenvolvimento do processo de pesquisa e elaboração do texto etnográfico.

Ocorre que ao longo da pesquisa passei a notar uma curiosa constatação: quanto mais me aprofundava no estudo do referencial teórico sobre a epistemologia e prática da ciência, percebia uma sintomática similitude do processo de produção de um enunciado científico com o processo de produção de uma sentença judicial. Isto porque, no extremo, para ambos os processos, a obtenção de um consenso provisório na aceitação ou rejeição de um enunciado, a possibilidade ou não da aplicação de uma hipótese aos fatos observados, o argumento de autoridade e outras estratégias retóricas, a intelegibilidade lógica do sentido do processo de pesquisa ou do processo de conhecimento judicial, a busca por objetividade, assim como tantos outros paralelismos imprescindíveis para conferir "validade" e "força" aos enunciados básicos ou sentenças.

Porém, como essas semelhanças entre a prática científica e a prática jurídica fugiam aos restritos objetivos daquele estudo, essa interessante hipótese não pode

[1] Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Ciência Sociais da Unesp – Universidade Estadual Paulista, sob o título "As estratégias retóricas da construção etnográfica: uma perspectiva metalinguística do discurso antropológico".

ser experimentada, apesar de já contar com os valiosíssimos avais das ilustres professoras doutoras Christina de Rezende Rubim, minha orientadora e amiga, e Cornélia Eckert, da Universidade Federal de Santa Catarina, por ocasião da avaliação da dissertação de mestrado. De fato, mostrava-se bastante sedutora a hipótese de tentar aplicar aos juristas as mesmas hipóteses que a antropologia da ciência aplica aos cientistas, utilizando nesse empreendimento, principalmente, a proposta etnográfica de Bruno Latour. Em outros termos, tratava-se da possibilidade de utilizar o método etnográfico de Bruno Latour não para observar o processo de "construção da ciência", mas tentar adaptá-lo para descrever o processo de "construção do direito". Fazendo um trocadilho com a expressão do próprio Latour, seria uma espécie de correlação entre a retórica identificada na "ciência em ação" (*science in action*), com o que poderia ser chamado de "direito em ação", ou mesmo "justiça em ação" (*law in action*).

E ainda em relação a essa passagem de uma antropologia da ciência para uma antropologia jurídica, é interessante consignar que somente quando já estava próximo do fechamento deste estudo é que tomei conhecimento de que o próprio Bruno Latour havia realizado um recente estudo sobre o "direito em construção", cujos resultados foram publicados em sua obra "*The making of law: an ethnography of the Conseil d'État*".[2] O fato do próprio Bruno Latour ter desenvolvido uma pesquisa jurídico-antropológica em que, através do método etnográfico próprio da antropologia da ciência, realiza um estudo comparativo entre os processos de construção da ciência e do direito, foi uma imensa e grata surpresa. Isto porque além da enorme contribuição que esse estudo trouxe para a antropologia jurídica, também de uma certa forma acabou justificando e servindo de fundamento para as propostas jurídico-antropológicas sugeridas de forma totalmente despretensiosa e com muita simplicidade neste texto.

Mas além de defender uma investigação sobre a prática jurídica à semelhança dos métodos utilizados pela antropologia para a análise da prática científica, este estudo de um modo geral procura situar sua hipótese epistemológica fundamental na análise do discurso proposta e desenvolvida principalmente por Michel Foucault e Pierre Bourdieu. Desse modo, partindo do pressuposto de que o

[2] Essa obra foi publicada em sua versão original em francês no ano de 2002 com o título *"La fabrique du droit"*, sendo traduzida e publicada em sua versão em inglês no ano de 2010. Ainda não há previsão de sua tradução e publicação em português.

discurso jurídico constitui uma “linguagem histórica” que serve como um sistema de referências, conceitos, orientações, e coordenadas necessárias para que os sujeitos inseridos no campo jurídico possam participar do jogo, chamado por Pierre Bourdieu de “espaço de possíveis” e por Michel Foucault de “campo de possibilidades estratégicas”, este estudo também procura articular essa “linguagem” ou “discurso” através de uma observação da prática judiciária enquanto um jogo estratégico e polêmico.

Por tais razões, e considerando que não só no que diz respeito especificamente à antropologia jurídica, mas mesmo a antropologia e o direito ainda recentem muito de estudos situados especificamente nas fronteiras epistemológicas entre esses dois campos do conhecimento, esta pesquisa tem por objetivo contribuir, mesmo que minimamente, para tentar suprir essa injustificável lacuna. Afinal, é bastante lamentável o fato de que no início desta pesquisa tivessem sido apenas quatro ou cinco livros publicados sobre antropologia jurídica. E não obstante a relevância das contribuições trazidas nesses estudos, não havia nessas obras, propriamente, um esforço direcionado a delinear as sucessivas configurações teóricas e metodológicas dessa tão importante subdisciplina. Em vista disso, para conseguir cumprir ainda que deficitariamente com os objetivos deste estudo, os quais passam, necessariamente, por uma revisão bibliográfica sobre as principais contribuições clássicas e paradigmáticas que compõem o referencial teórico e metodológico da antropologia jurídica, não tive outra alternativa senão recorrer a livros ainda não publicados no Brasil e, conseqüentemente, não traduzidos para o português.

Outrossim, quero aproveitar para deixar consignado que a presente pesquisa não contou com o apoio de nenhuma instituição de fomento e incentivo à pesquisa, e devido às já conhecidas dificuldades que resultam disso, infelizmente não tive as condições que gostaria para poder me apronfundar numa temática tão interessante e ainda muito pouco abordada. Pelo fato de ter feito toda a pesquisa em um pouco mais de seis meses, certamente há alguns pontos onde o desenvolvimento dos tópicos relacionados poderia ter sido mais satisfatório. Há, de fato, ainda muito a ser acrescentado neste estudo para que o mesmo possa chegar mais perto dos seus objetivos. Mas essas escusas certamente não me eximem das deficiências encontradas ao longo do texto, as quais resultam em grande parte das minhas próprias limitações. Confesso que tenho a consciência de que o trabalho, de

um modo geral, ficou aquém das possibilidades. No entanto, tendo em vista os sacrifícios e renúncias que envolveram sua realização, e independentemente dos resultados alcançados, este texto constitui, particularmente, motivo de orgulho pessoal e representa um marco importante na minha formação acadêmica.

Por fim, ficarei imensamente satisfeito se de alguma forma os resultados deste estudo servirem ao menos virtualmente como um possível esquadramento teórico para que novos estudos jurídico-antropológicos sejam desenvolvidos no cenário acadêmico nacional.

G. T. M. R.

Introdução

Nos últimos anos têm-se notado, especialmente no campo acadêmico nacional do direito, um significativo aumento no interesse pelo referencial teórico e metodológico trazido pela antropologia. Muito embora as relações interdisciplinares entre o direito e as ciências sociais sejam já há algum tempo convergentes em relação a várias temáticas, principalmente no âmbito da sociologia do direito, é certo que no tocante à antropologia as interfaces com o campo jurídico têm se mostrado extremamente pobres.[3] Mostra clara disso é que até pouco tempo havia pouquíssimos estudos e pesquisas publicados no Brasil circunscritos aos domínios da antropologia jurídica. Tanto que em rápida consulta bibliográfica em sites especializados em livros jurídicos é possível encontrar apenas uma ou outra obra relacionada ao assunto, apesar da relevante contribuição que esses estudos trouxeram para o desenvolvimento da subdisciplina.[4] Esse fato já havia sido constatado por Dalmo de Abreu Dalari na apresentação da obra "Antropologia jurídica", de Robert Weaver Shirley, publicada em 1987, quando esse jurista chamou a atenção ao fato de que "um livro de antropologia do direito escrito e publicado no Brasil é um fato raro, que merece atenção especial".[5]

Uma das possíveis explicações para essa escassez na produção doutrinária, ou mesmo acadêmica, no campo da antropologia jurídica é geralmente atribuída ao fato de que para os antropólogos o estudo do direito parece exigir uma preparação especial, principalmente no que diz respeito à linguagem e técnica jurídica. Por outro lado, para os juristas a aproximação com o referencial teórico da antropologia parece mais fácil, considerando que nesta disciplina a linguagem utilizada se mostra mais acessível. Talvez por isso o movimento que a princípio se identifica é que, ao

---

[3] Essa paucidade não ocorre apenas no cenário acadêmico nacional. Conforme constata Armando Marques Guedes, "não é só no que diz respeito ao levantamento das interfaces que historicamente se têm vindo a constituir entre Antropologia e Direito que muito há ainda a fazer. Em relação a virtualmente todos os domínios da transdisciplinariedade entre as Ciências Jurídicas e as Ciências Sociais se verifica um claro déficit de investigação. Não deixa de ser verdade que o caso da Antropologia é particularmente pobre a respeito dessas ligações interdisciplinares, sobre as quais tem havido pouquíssimos estudos.", *in*, MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 18.

[4] http://www.livrariasaraiva.com.br/pesquisaweb/pesquisaweb.dll/pesquisa?ESTRUTN1=0301&FILTRON1=X&ORDEMN2=E&PALAVRASN1=%22antropologia+jur%EDdica%22&image2.x=15&image2.y=12, disponível em 24/10/2009.

[5] SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1987, p. IX.

menos atualmente, a aproximação entre as disciplinas tem se dado do direito para a antropologia.

Também é interessante notar que estas poucas obras bibliográficas hoje disponibilizadas aos interessados no estudo da antropologia jurídica foram publicadas, em sua grande maioria, somente a partir de 2007, o que demonstra uma relação direta na elaboração dessas obras à deliberação do Conselho Nacional de Educação e Câmara de Educação Superior que tornou obrigatório o conteúdo de antropologia nos projetos pedagógicos dos cursos de graduação em direito.[6] Ainda nessa perspectiva, a tendência é que haja uma aproximação ainda maior entre as disciplinas considerando que, recentemente, também foram adotadas novas normas e diretrizes para a avaliação dos candidatos bacharéis em direito aos exames de ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil e concursos públicos para Magistratura e Ministério Público. No que diz respeito à advocacia, a Comissão de Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Provimento 136 de 2009, alterou a estrutura da prova para incluir a antropologia dentro do novo conteúdo programático, dentre outras disciplinas do eixo fundamental de formação previstas na Resolução 9/2004 do Ministério da Educação e Cultura. A justificativa para inclusão da antropologia e de outras disciplinas consideradas propedêuticas no exame de ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil, conforme entrevista do coordenador nacional do exame de ordem unificado, Dílson José Oliveira Lima, consiste no fato de que "essas matérias ajudam a pessoa a ter facilidade e agilidade na interpretação".[7]

Essas novas diretrizes pedagógicas e avaliativas têm como resultado imediato a necessidade de um maior conhecimento sobre o que vem a ser a antropologia jurídica e, principalmente, o que ela reivindica em seus próprios domínios disciplinares e epistemológicos. Afinal, qual tem sido a trajetória histórica da antropologia jurídica? Qual espaço epistemológico ela reivindica com autonomia? Há alguns pontos de intersecção entre antropologia e direito que justifiquem um programa jurídico-antropológico? Quais são os possíveis critérios de circunscrição de um território epistemológico próprio capaz de conferir uma autonomia disciplinar à antropologia jurídica? Ou, de um modo geral, quais são os limites e as

[6] O inciso I, do artigo 5º, da Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004, do Conselho Nacional de Educação e Câmara de Educação Superior, que institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito e dá outras providências, tornou obrigatório no seu projeto pedagógico e organização curricular, o ensino de conteúdo essencial sobre Antropologia e suas relações com o Direito.

[7] Entrevista publicada no site da revista Consultor Jurídico, www.conjur.com.br, em 30 de janeiro de 2010.

possibilidades teóricas, metodológicas, discursivas, e práticas passíveis de serem desenvolvidas no âmbito da antropologia jurídica? Todas estas questões ainda parecem suscitar uma reflexão mais acurada por parte dos interessados no estudo da antropologia jurídica, justificando os esforços teórico-metodológicos realizados ao longo deste texto numa despretensiosa tentativa de contribuir para o desenvolvimento desta ainda pouco valorizada subdisciplina.

Nesse âmbito de análise, parece possível afirmar desde logo que a antropologia jurídica procura convergir em sua base fundacional dois campos absolutamente distintos do conhecimento humano, empregando, para tanto, a formulação de generalizações comparativas e empiricamente fundamentadas próprias da antropologia, na análise das diferentes formas, instituições, e representações que o "jurídico" assume e se revela nas sociedades humanas, cujo estudo é geralmente reservado ao domínio do direito. Caberia, assim, à antropologia jurídica, conforme propõe Armando Marques Guedes, um duplo objetivo que, de certo modo, também define e localiza essa subdisciplina: "a de analisar de uma perspectiva antropológica, e em princípio segundo metodologias tradicionais da disciplina, os domínios das práticas e representações jurídicas".[8]

De fato, como se poderá verificar ao longo do texto, a trajetória da antropologia jurídica tem sido composta, de um lado, por estudos realizados por antropólogos, onde a principal característica é a elaboração de generalizações comparativas inerentes a um projeto científico que pode ser identificado como "universalista", e de outro lado, pelas formulações essencialmente "lógicas" e "normativas" feitas por juristas, presos aos próprios horizontes conceituais, os quais nem sempre mostram-se adequados ou compatíveis com a análise antropológica. Essas contraposições no desenvolvimento da antropologia jurídica parecem resultar em parte de uma indefinição conceitual e metodológica provocada por uma espécie de conflitos "territoriais" entre antropologia e direito enquanto disciplinas científicas.

[8] Para Armando Marques Guedes, professor titular da cadeira de antropologia jurídica da Universidade Nova de Lisboa, a tensão fundacional encontrada na matriz subdisciplinar da Antropologia Jurídica seria composta, "por um lado, um projecto indutivo, que tenta por intermédio de sucessivas generalizações baseadas em extrapolações gizadas com base em exemplos etnográficos identificar um domínio 'jurídico' pensável enquanto uma entidade a ir determinando de forma progressiva; e, por outro lado, a circunstância de se ter incessantemente de contrabalançar a tentação de adoptar de maneira acrítica noções oriundas de outros horizontes, presumindo quantas vezes a imanência de um campo jurídico cristalizado, um domínio em larga medida apríoristicamente deduzido a partir das exigências normativos do Direito, e da experiência social directa, ou das agendas sócio-políticas, de analistas provenientes sobretudo de meios jurídico-académicos 'modernos' e ocidentais.", *in*, MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 14.

Esses conflitos não ocorreriam somente no plano abstrato e conceitual, ou seja, nas "fronteiras epistemológicas" dessas disciplinas, mas também num plano concreto revelado por "cenários acadêmicos" ou "determinismos institucionais" que foram "conformando" a antropologia jurídica ao longo da história, que em certos momentos possuía uma configuração mais próxima ao antropológico, e em outras etapas ostentava uma identificação mais correlata à abordagem jurídica.

Mas o que chama a atenção logo de início nesta tentativa de contribuir para a demarcação do campo epistemológico da antropologia jurídica é a interessante constatação, por parte de alguns antropólogos juristas do porte de Simon Roberts, Francis Snyder, Sally Falk-Moore e Lawrence Rosen, de que o desenvolvimento dessa subdisciplina tem revelado muitos paralelismos com o próprio desenvolvimento da filosofia e da ciência do direito. O resultado dessas ressonâncias entre esses distintos campos disciplinares pode ser compreendido pela estruturação do que Armando Marques Guedes chamou de "espaço transdisciplinar",[9] caracterizado pelas similitudes nas progressões disciplinares experimentadas pela antropologia jurídica e pela própria dogmática jurídica.

No entanto, não deixa de ser, de certo modo, evidente que esse compartilhamento de horizontes entre a antropologia jurídica e o direito tenha ocorrido no plano da filosofia do direito e da dogmática jurídica. Até mesmo porque é exatamente nesse espaço epistemológico mais "aberto"[10] que se torna possível a ocorrência de convergências sobre temas de interesse comum entre essas disciplinas científicas, e que se verificam, principalmente, no âmbito das *"legal theories"* e da *"jurisprudence"* britânicas e norte-americanas.[11] Inegável, porém, que

---

[9] Armando Marques Guedes nota que "tanto uma como a outra das progressões disciplinares em causa (a jurídico-antropológica e a jurídica genérica) tem sido encenada por via de regra em instituições universitárias e de investigação afins; por norma, as inovações ocorridas nas disciplinas durante um longo intervalo de tempo emergiram nos mesmo países e nos mesmo momentos conjunturais histórico-sociológicos; e têm sido levadas a cabo, quantas vezes, pelas mesmíssimas pessoas, académicos com uma dupla formação, jurídica e antropológica.", *in*, MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 18-19.

[10] Sobre a importância da filosofia como espaço epistemológico mais amplo para abrigar não apenas os conflitos internos de cada disciplina científica, mas as próprias disputas por territórios epistemológicos, Thomas S. Kuhn escreve que "é sobretudo nos períodos de crises reconhecidas que os cientistas se voltam para a análise filosófica como um meio para resolver as charadas de sua área de estudos. Em geral os cientistas não precisaram ou msmo desejaram ser filósofos. Na verdade, a ciência normal usualmente mantém a filosofia criadora ao alcance da mão e provavelmente faz isso por boas razões.", *in*, KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990, p. 119.

[11] A escassez de produções jurídico-antropológicas ou mesmo jusfilosóficas no Brasil também pode ser relacionada à influência do pensamento jurídico europeu continental em nossa cultura jurídica, que confere pouca atenção à especulação teórica sobre a realidade empírica das práticas jurídicas. Já no campo do direito anglo-saxão, a especulação teórica sobre o direito cotuma ser desenvolvida sob duas linhas distintas: de um lado,

tal constatação sugere a existência de um campo epistemológico compartilhado entre essas disciplinas, não obstante a especificidade de seus respectivos objetivos, fato que justifica ao menos uma tentativa, que se procurará desenvolver neste estudo, de tornar um pouco mais claro os "*topói*"[12] em que se tem operado essa comunhão de esforços.

Mas, além desses paralelismos entre o desenvolvimento da antropologia jurídica com a filosofia do direito e a própria ciência do direito, há também uma outra intrigante similitude que não vem sendo analisada, ao menos no âmbito da antropologia jurídica, e que consiste nas correlações estruturais entre o direito e a prática científica. Com efeito, essa apontada similitude do processo de produção de um enunciado científico com o processo de produção de uma sentença judicial pode ser evidenciada no fato de que, para ambos os processos, a obtenção de um consenso provisório na aceitação ou rejeição de um enunciado, a possibilidade ou não da aplicação de uma hipótese legal científica ou jurídica aos fatos observados, o argumento de autoridade, a intelegibilidade lógica do sentido do processo de pesquisa ou do processo de conhecimento judicial, assim como tantos outros paralelismos já apontados por Vico, Popper, Habemas, Foucault, Latour, dentre outros, mostram-se imprescindíveis para conferir validade aos enunciados básicos científicos ou sentenças judiciais. Sobre essa sintomática similitude, Boaventura de Sousa Santos[13] escreve que a "leitura retórica do processo científico permite descobrir ligações insuspeitas entre a argumentação científica e a argumentação jurídica". De modo que pode-se afirmar que, de um modo geral, que são as similaridades reveladas tanto pela prática científica como pela prática jurídica, na incessante busca pela objetividade do conhecimento incorporado aos seus

---

o estudo da *"Philosophy of Law"* (filosofia do direito) é direcionado à fornecer um panorama mais geral e abstrato dos conceitos, princípios e métodos básicos do sistema de direito positivo; por outro lado, no âmbito das *"legal theories"* ou *"Jurisprudence"* (ciência do direito, ou teoria jurídica), é desenvolvido uma análise teórica em estreita conexão com a prática jurídica. Desse modo, assim como a palavra alemã *"Jurisprudenz"* equivale à ciência do direito, também a expressão *"Jurisprudence"* anglo-saxão não pode ser confundida unicamente com as decisões dos tribunais, muito embora essas também estejam compreendidas nessa configuração teórica construída em estreita conexão com a realidade social.

[12] Segundo Luis Alberto Warat, "os novos retóricos, como Perelman, certos trabalhos de Barthes, Viehweg etc., regressaram a Aristóteles, para recuperar a noção de *"tópica"*. Os *"topói"* são lugares em nome dos quais se fala, como elementos calibradores dos processos argumentativos, de forma tal que se força a aceitação de determinadas teses conclusivas dos discursos, a partir de fórmulas integradoras e estereotipadas. Assim, tais fórmulas, vinculando conclusões às representações sociais culturalmente impostas, forçam, em um processo de identificação ideológica, o consenso sobre as mensagens comunicadas.", *in*, WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 16-17.

[13] SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 106.

respectivos referenciais teóricos, metodológicos, e mesmo práticos, que não vem sendo tomado como objeto de análise jurídico-antropológica.

Mas poder-se-ia indagar, contudo, sobre o que eventuais ligações entre a prática científica e a prática jurídica interessariam à antropologia jurídica. E quanto a isso, parece que a resposta a essa pergunta depende essencialmente do que se entende consistir a própria análise antropológica. Isto porque se a antropologia jurídica nada mais é do que o estudo sobre as práticas e representações jurídicas a partir de uma perspectiva antropológica, ou, em outros termos, o estudo antropológico da "cultura" jurídica, é fundamental considerar, numa perspectiva epistemológica, o significado ou conotação que se deve atribuir ao termo "cultura", que consiste no objeto de análise e reflexão antropológica por excelência. E, nesse sentido, parte-se de uma perspectiva essencialmente "semiótica" do conceito de cultura, na forma proposta inicialmente por Clifford Geertz, em "A interpretação das culturas".

Nesse âmbito de análise, tomando como referência os pressupostos e diretrizes epistemológicas de uma "antropologia interpretativa" ou "antropologia pós-moderna", parece que a antropologia jurídica também pode direcionar sua abordagem aos aspectos discursivos inerentes às práticas e representações jurídicas. Isto porque o discurso pode ser considerado como "campo de produção cultural" passível de ser abordado etnograficamente, uma vez que nele são representadas relações simbólicas e de poder referentes ao contexto social em que são produzidos. A relação entre discurso e contexto compreende, efetivamente, através da própria intertextualidade que a compõe, um conhecimento que revela determinados critérios de verdade e objetividade adotados na empiria das práticas jurídicas que parecem passíveis de serem analisados pelo olhar jurídico-antropológico.

Dessa maneira, e na mesma linha seguida por Gilles-Gaston Granger, toma-se como verdadeiro pressuposto analítico o fato de que "a ciência é um discurso; quem silencia esta condição arrisca a não mais encontrá-la".[14] E se a ciência é um discurso, parece, portanto, que um estudo que tenha por objetivo realizar uma aproximação entre o direito e a antropologia precisa, logicamente, proceder essa análise a partir da perspectiva da "linguagem" dessas duas disciplinas científicas.

[14] GRANGER, Guilles Gaston. Filosofia do estilo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

Afinal, na significativa síntese de Ludwig Wittgenstein,[15] "toda a filosofia é 'crítica da linguagem'".

E para tentar contribuir para a demarcação de um campo epistemológico próprio da antropologia jurídica, o primeiro capítulo deste texto procura localizar a antropologia e direito como espécies de discursos que, através da busca constante por objetividade, foram sendo "construídos" principalmente em oposição a outras formas de conhecimento, como o senso comum ou conhecimento vulgar, a religião, a experiência prática, sendo que, mais especificamente, no caso da antropologia, num confronto mais direto com a literatura (Lepenies, 1996), enquanto o direito, numa oposição à noção metafísica de justiça (Kelsen, 2001). A justificativa para essa abordagem inicial consiste no pressuposto de que a proposta de uma epistemologia volta-se, em princípio, a uma nítida demarcação entre a construção teórica da ciência e as outras instâncias do conhecimento (Popper, 2003). Até mesmo porque a teoria, e a própria noção de justiça, não são perenes e imutáveis, mas representam formas "situadas" de conhecimento, e resultam de uma "construção" relacional entre elementos e dinâmicas contingentes, antagônicas e diferenciadas, de modo que o conhecimento produzido por esse processo de teorização é, em sua própria essência, necessariamente atrelado à perspectiva do contexto "cultural" específico de produção, não podendo ser compreendido de forma separada dessa negociação. Daí a apresentação suscinta de como as manifestações de juridicidade podem ser essencialmente diferentes dependendo do contexto cultural em que ocorrem. Em razão disso, e partindo de uma perspectiva semiótica, o primeiro capítulo procura ainda abordar o paralelismo entre a antropologia e o direito revelado por uma "hesitação entre uma orientação cientificista, pronta a imitar as ciências naturais, e uma atitude hermenêutica, que aproxima a disciplina da literatura".[16] Efetivamente, tanto o direito como a antropologia, em seus respectivos empreendimentos históricos, teóricos, e metodológicos direcionados a garantir suas respectivas autonomias enquanto disciplinas científicas através de uma "imitação" das ciências naturais, encontram-se envolvidos em um processo complexo de proximidade e concorrência com a literatura e a filosofia.

---

[15] WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico filosófico/Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 53, verísculo 4.0031.

[16] LEPENIES, Wolf. As três culturas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 11.

Ainda tomando como pressuposto o caráter essencialmente “discursivo” dos fundamentos teóricos do direito e da antropologia, e que até o século XIX ainda encontravam-se intricados na filosofia, o segundo e o terceiro capítulos tem por objetivo fazer uma breve genealogia dos discursos jurídico e antropológico. Essa revisão teórica dos fundamentos epistemológicos do direito e da antropologia tem por finalidade esboçar um “pano de fundo” que permita identificar na trajetória histórica de cada uma dessas disciplinas o que se poderia denominar como “matrizes epistemológicas comuns”, as quais estariam subjacentes no pensamento filosófico clássico. Até mesmo porque, somente com a progressiva busca por uma objetividade capaz de conferir “cientificidade” aos seus enunciados, num empreendimento epistemológico cujas bases remontam ao “positivismo” de Auguste Comte, é que direito e antropologia tornaram-se disciplinas autônomas. E nesse âmbito de consideração, é possível sugerir que uma aproximação entre antropologia e direito (ou mesmo quaisquer outras disciplinas acadêmicas), deva ser realizada, em princípio, no âmbito da “linguagem” reivindicada com autonomia por cada uma dessas disciplinas.

Apresentada a genealogia dos discursos jurídico e antropológico, no quarto capítulo procura-se delinear uma contextualização cronológica das teorias que vêm compondo o discurso específico da antropologia jurídica. Trata-se, em síntese, de tentar apresentar as sucessivas configurações e reconfigurações do projeto jurídico-antropológico desde suas origens a partir da obra de Bronislaw Malinowski, passando pelas controvérsias fundacionais entre Paul Bohannan e Max Gluckman, até finalmente, após rever sumariamente as produções teóricas e metodológicas mais significativas, identificar as bases pós-modernas que Clifford Geertz conferiu à antropologia jurídica, as quais foram adotadas como verdadeiro paradigma para este estudo.

Partindo desses fundamentos epistemológicos, e depois de delinear uma aproximação entre os referenciais teóricos e metodológicos que compõem os fundamentos disciplinares do direito, da antropologia, e da antropologia jurídica, o quinto capítulo procura vislumbrar os limites e as possibilidades de desenvovimento de um projeto jurídico-antropológico voltado a uma “etnografia do discurso jurídico”. Essa vocação disciplinar apresentada atualmente à antropologia, consistente em investigar etnograficamente como se opera a construção, representação, e transmissão do conhecimento nos complexos espaços sociais que compõem a

sociedade contemporânea, parece se enquadrar nos escopos da antropologia da ciência (Latour, 2000), ou da antropologia do conhecimento, como preferem outros (Morin, 2004; Burke, 2003),[17] Isto porque, para essa perspectiva antropológica pós-moderna, a ciência e o conhecimento (assim como o próprio direito) são analisadas principalmente por seus aspectos relacionais, como resultado de uma construção humana vinculada e condicionada por formas simbólicas e de poder específicas do seu local de produção. Nessa perspectiva, o campo do direito apresenta-se como um "campo social" passível de ser analisado sob o "olhar" antropológico, principalmente, conforme sugerido aqui, através da análise etnográfica de suas práticas discursivas e textuais. E o desenvolvimento desse empreendimento, onde o antropólogo passa a desenvolver um trabalho essencialmente interpretativo, retratado por Geertz como uma espécie de "novo filólogo", parece bastante razoável afirmar que o referencial hermenêutico passa a se apresentar como o principal instrumento de aproximação entre o jurídico e antropológico.

E, finalmente, no sexto e último capítulo, é desenvolvida uma etnografia experimental sobre o discurso jurídico representado no texto. Nessa etnografia, além de empreender um trabalho interpretativo dos textos judiciais produzidos no âmbito de uma vara de execuções criminais, principalmente os relacionados à superlotação das celas e aos procedimentos para punir usuários de droga no interior do presídio, também é adotada a metodologia de Bruno Latour para "seguir" o percurso de uma "lei" ou "norma jurídica" desde quando ela se encontra em estado latente na frieza dos códigos, até o fim do processo em eu se objetiva sua efetiva aplicação prática. Trata-se, em outros termos, de trabalhar etnograficamente, e a partir do discurso textual, a clássica distinção entre "*law-in-books*" e "*law-in-action*", utilizada para representar a discrepância constatada empiricamente entre o que a lei dispõe nos códigos e as práticas concretas de justiça. E para tentar alcançar esse objetivo de observar o que "entra" no sistema de justiça e o que "sai" dele, analisando as estratégias retóricas desenvolvidas pelos atores na construção do direito, e as possíveis correlações estruturais com o processo de construção da ciência, foi

[17] Peter Burke procura definir a antropologia do conhecimento comparando-a a uma espécie de taxonomia do próprio conhecimento, afirmando que "os antropólogos desenvolveram uma tradição de levar a sério as categorias ou classificações das outras pessoas, investigando seus contextos sociais", tomando como um verdadeiro pressuposto analítico considerar "a arbitrariedade manifesta de qualquer sistema de categorias quando visto de fora", *in*, BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 79.

adotado, apenas como parâmetro de pesquisa, o método etnográfico utilizado por Bruno Latour em "Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedades afora", e em *"The making of law: an ethnography of Conseil d'État"*.

Tem-se, portanto, que, de um modo geral, o presente estudo tem por objetivo não só buscar uma aproximação teórica entre direito e antropologia visando delimitar um espaço epistemológico próprio reivindicado pela antropologia jurídica, mas também desenvolver uma etnografia do discurso jurídico representado na empiria da textualidade de um processo judicial. Trata-se, como se vê, de um trabalho essencialmente teórico, direcionado, de um lado, a promover uma reflexão epistemológica sobre os domínios reivindicados pelo campo disciplinar da antropologia jurídica, e, sob um outro aspecto, de um projeto prático voltado à elaboração de uma etnografia experimental sobre o discurso jurídico no âmbito do sistema de justiça penal.

Por fim, é importante afirmar ainda que este estudo procura inserir sua hipótese epistemológica fundamental na problemática levantada por Michel Foucault,[18] também compartilhada por Pierre Bourdieu e Bruno Latour, quando esse autor, ao se referir sobre a análise do discurso de Wittgenstein, Austin, Strawson, e Searle, questiona "se não poderíamos estudar a estratégia do discurso num contexto histórico mais real ou no interior de práticas que são de um tipo diferente das conversas de salão". E, propondo uma pesquisa que parece se enquadrar no campo da antropologia jurídica, Foucault sugere em seguida que, "por exemplo, na história das práticas judiciárias me parece que se pode reencontrar, pode-se aplicar a hipótese, pode-se projetar uma análise estratégica do discurso no interior de processos históricos reais e importantes". Assim, tomando como uma de suas referências essa proposta sugerida por Foucault, este estudo além de abordar os discursos jurídico e antropológico como uma "linguagem histórica", também procura articular essa "linguagem" ou "discurso" através de uma observação da prática judiciária enquanto um jogo estratégico e polêmico. Até mesmo porque, parte-se do pressuposto analítico que, "o discurso é esse conjunto regular de fatos lingüísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro".[19]

---

[18] FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 139.
[19] *Ibid*, p. 9.

Primeira parte
FUNDAMENTOS PARA UMA ANÁLISE DO DISCURSO

Em algum ponto perdido deste universo, cujo clarão se estende a inúmeros sistemas solares, houve, uma vez, um astro sobre o qual animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o instante da maior mentira e da suprema arrogância da história universal.

Friedrich Nietzsche

É obviamente importante que nossa noção de ciência seja uma noção de ciência como coisa viva e não uma mera definição abstrata. Não nos esqueçamos de que a ciência é uma busca realizada por homens vivos e sua característica mais marcante é que quando ela é genuína está permanentemente em um estado de metabolismo e crescimento.

Charles Sanders Peirce

As práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objeto, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história.

Michel Foucault

A ciência é um discurso; quem silencia esta condição arrisca a não mais encontrá-la.

Gilles-Gaston Granger

CAPÍTULO 1

A JUSTIÇA ENQUANTO CULTURA E A CIÊNCIA COMO DISCURSO

A CONSTRUÇÃO DO SENTIDO DE JUSTIÇA: UM SIGNIFICADO INATO OU CULTURAL?

Apesar de ainda não possuirmos respostas detalhadas e definitivas sobre a origem e desenvolvimento do homem, parece certo, no entanto, que nossa espécie evoluiu de uma forma inferior, ou, melhor dizendo, subumana de vida. As descobertas e conclusões estabelecidas a partir de material fóssil e pesquisas genéticas que apontam para uma lenta e gradual ascendência humana são indiscutíveis.[20] Desse modo, como escreve Ralph Linton,[21] "a não ser que a ciência toda esteja errada, não somos anjos decaídos, mas animais aperfeiçoados".

Afinal, numa perspectiva anatômica e fisiológica, o homem é apenas um mamífero vertebrado, membro da espécie de primata bípede, e pertencente ao gênero Homo, da família "*Hominidae"* (taxonomicamente "*Homo sapiens"*, do latim: "homem sábio"), cuja composição genética não difere muito em questão de gênero das outras espécies, mas somente em poucos aspectos qualitativos. Ainda em termos biológicos e fisiológicos, o que difere o homem em relação aos outros animais é, principalmente, a capacidade mental propiciada pelo fato dos membros

---

[20] "O estudo científico da evolução humana engloba o desenvolvimento do gênero *Homo*, mas geralmente envolve o estudo de outros *hominídeos* e *homininaes*, tais como o *Australopithecus*. O "homem moderno" é definido como membro da espécie *Homo sapiens*, sendo a única subespécie sobrevivente (*Homo sapiens sapiens*). O *Homo sapiens idaltu* e o *Homo neanderthalensis*, além de outras subespécies conhecidas, foram extintos há milhares de anos. O *homo neanderthalensis*, que se tornou extinto há 30.000 anos atrás, tem sido ocasionalmente classificado como uma subespécie classificada como *"Homo sapiens neanderthalensis"*, mas estudos genéticos sugerem uma divergência entre as espécies *Neanderthal* e *Homo sapiens* que ocorreu há cerca de 500.000 anos atrás. Da mesma forma, os poucos espécimes de *Homo rhodesiensis* são também classificados como uma subespécie de *Homo sapiens*, embora isso não seja amplamente aceito. Os humanos anatomicamente modernos têm seu primeiro registro fóssil na África, há cerca de 195.000 anos atrás, e os estudos de biologia molecular dão provas de que o tempo aproximado da divergência ancestral comum de todas as populações humanas modernas é de 200.000 anos atrás", *in* http://pt.wikipedia.org/wiki/Homo_sapiens, em 29/12/2009.

[21] LINTON, Ralph. O homem: uma introdução à antropologia. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

da espécie humana possuírem um cérebro altamente desenvolvido, permitindo inúmeras capacidades como o raciocínio abstrato, a linguagem, a introspecção e a resolução de problemas. Além disso, assim como a maioria dos primatas superiores, os seres humanos também são sociais por natureza, com habilidade de utilizar sistemas de comunicação que favorecem a sua interação e o desenvolvimento de complexas estruturas sociais. Essas interações sociais entre os seres humanos propiciou ainda a criação de uma ampla gama de tradições, rituais, normas sociais, éticas, e estéticas, bem como leis e valores que, verdadeiramente, formam a base da sociedade humana. De modo que todo esse conhecimento e tecnologia adquiridos pela espécie humana ao longo do seu percurso histórico são transmitidos para as gerações futuras, o que demonstra na dependência do homem à cultura.[22]

Essa herança social formada pela acumulação e transmissão de idéias, significados, e costumes pelos nossos ancestrais, chamada de cultura, consiste, efetivamente, em um dos principais diferenciais entre a espécie humana e os outros animais. E neste aspecto, um dos principais fatores para o progresso da cultura até o estado atual é, sem sombra de dúvidas, o uso da linguagem.[23]

Na condição de instrumento de comunicação por excelência, a linguagem, seja ela escrita ou falada, é o meio pelo qual o ser humano construiu sua herança social mediante a simbolização de idéias através da agregação de sons e signos. É a materialização de idéias, através da simbolização da linguagem, que confere "sentido" às práticas sociais.[24] Conforme aponta Ludwig Wittgenstein[25] no prólogo do seu "Tratado lógico-filosófico", a própria fronteira do pensamento humano, ou melhor

---

[22] http://pt.wikipedia.org/wiki/Homo_sapiens, em 29/12/2009.

[23] Ralph Linton aponta que "não temos conhecimento da existência de nenhuma língua anterior a mais ou menos 4000 a.C., época em que a escrita foi inventada", enquanto Claude Lévi-Strauss (1975, p. 73) refere que "as séries linguísticas indo-européia, semítica e sino-tibetana, são da ordem de 4 ou 5.000 anos.", *in*, LINTON, Ralph. O homem: uma introdução à antropologia. São Paulo: Martins Fontes, 1981, p. 88.

[24] Conforme escreve Maria das Graças Tavares Rodrigues, "a linguagem como processo semiótico, cujas raízes aprofundam-se em nível das significações sensório motoras, constitui-se em um sistema transmissor comunicativo de amplo espectro. Este constitui-se veiculado por um sistema mais amplo, coordenador no tempo fisiológico para uma quantidade muito grande de informações oriundas das atividades perceptivas e das adaptações cognitivas e outras dimensões orgânicas respeitando contudo tais limitações da natureza. As condutas sensório-motrizes a ele se ligam, complexamente, como processos prefiguradores da função semiótica nos quais os significantes estão indiferenciados dos significados. (...) A linguagem, como dimensão aspectual da função semiótica, tanto como o jogo simbólico, a imitação diferenciada e a imagem mental, constitui-se em um sistema amplamente capacitdo à transmissão de informações enquanto também são assumidos estados em níveis integrativos de conservação e transformação, importantes como planos vinculados a processos de codificação e decodificação em nível simbólico e de sinais em domínios cognitivos verbais e não verbais, ou seja, aos esquemas de assimilação.", *in*, TAVARES RODRIGUES, Maria das Graças. A visão do mundo através de um texto: a coerência como atividade epistêmica. Marília, SP: UNESP, 1996, p. 103-104.

[25] WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico filosófico/Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 28.

da expressão do comportamento humano, "só pode ser desenhada na linguagem e o que jaz para lá da fronteira será simplesmente não-sentido".

A cultura compreende, dessa maneira, muito mais do que meros elementos materiais produzidos pelo homem para a satisfação de suas necessidades, abrangendo também todo um universo de "signos". O ser humano nasce, assim, em um mundo onde sua existência é dotada de um significado prévio, uma noção de mundo já presente, e à medida que progressivamente apreende os sentidos compartilhados pelos demais seres humanos pertencentes ao grupo social no qual se encontra inserido é que vai se constituindo enquanto sujeito (do latim *sub-jectum*: lançado embaixo). O sentido é, assim, construído intersubjetivamente através da linguagem, e, por sua vez, nos "signos" que a compõe a palavra, o significante e o significado manifestam um vínculo quase que natural. Para ilustrar essa evocação espontânea entre significante e significado, pode-se perceber, como nota Jean-Paulo Resweber,[26] que "a balança simboliza a justiça, pois mantém com este último conceito uma cumplicidade de signifcação inegável". Até mesmo porque, "ninguém teria a idéia de recorrer, para evocar a idéia de justiça, à imagem da mesa, do carro ou do animal..., por exemplo". Também se referindo a essa simbologia, Luis Antonio Warat[27] nota que, considerando a necessidade dos juristas em "tornar equilibradas as suas decisões, pode-se estabelecer um vínculo psicológico de semelhança entre as referidas expectativas jurídicas e o equilíbrio evocado pela figura da balança".

Também defendendo um conceito semiótico[28] de cultura, e seguindo a linha proposta por Max Weber onde o homem é um animal preso às teais de significado que ele mesmo teceu, Clifford Geertz[29] faz sua representação da cultura como

---

[26] RESWEBER, Jean-Paul. A filosofia da linguagem. São Paulo: Editora Cultrix, 1982, p. 26.

[27] WARAT, Luis Antonio. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 29.

[28] O emprego moderno do termo "semiótica" foi introduzido por Charles Sanders Peirce, e consiste, segundo esse autor, de elaborar uma doutrina formal das condições que um discurso deve possuir para que tenha um sentido. Peirce entendia por "semiose" uma "ação ou influência, que consiste em, ou envolve, a cooperação de *três* sujeitos, o signo, o objeto e o interpretante, influência tri-relativa essa que não pode de forma alguma ser resolvida em ações entre pares. *Semeiosis* no período grego ou romano, à época de Cícero já, se bem me recordo. Significava a ação de praticamente qualquer espécie de signos; e a minha definição confere a tudo o que assim se comportar a denomiação de 'signo'". E, especificamente com relação à fundação da semiótica enquanto disciplina científica, Peirce confessa que "quando digo que os signos que têm um interpretante lógico são ou gerais ou intimamente ligados a gerais, tal afirmação não constitui um resultado científico, mas apenas uma forte impressão devida a uma vida inteira dedicada ao estudo dos signos. A minha desculpa para não responder cientificamente à questão é que, tanto quanto sei, sou um pioneiro, ou antes um homem da fronteira, na obra de abrir a clareira e desbravar aquilo que chamo *semiótica*, ou seja, a doutrina da natureza essencial e das variedades fundamentais de possível semiose; acho o campo demasiado vasto, grande demais o trabalho para um recém-chegado. Assim, acho-me obrigado a limitarme às questões mais importantes.", *in*, PEIRCE, Charles Sanders. Escritos coligidos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 134-135. (Os pensadores)

[29] GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989, p. 4.

sendo “essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado”. E essa busca pelos significados culturais, compostos por estruturas psicológicas por meio das quais os indivíduos orientam seu comportamento, consiste num trabalho eminentemente antropológico. A definição clássica que orientou toda essa perspectiva semiótica da cultura é atribuída por Geertz[30] à Ward Goodenough, para quem “a cultura de uma sociedade consiste no que quer que seja que alguém tem que saber ou acreditar a fim de agir de uma forma aceita pelos seus membros”.

Mas como se dá esse processo de percepção e aprendizado não apenas do sentido, mas do próprio conhecimento em si? Essa indagação tem sido objeto de estudo e especulação pela filosofia há séculos, formando-se duas principais correntes de pensamento sobre esse assunto: o racionalismo clássico, que confere importância aos processos e princípios mentais de organização das idéias e de aprendizagem, e o empirismo, que acentua o papel da experiência e do meio na aquisição das idéias.

Na perspectiva clássica adotada pelos empiristas, as imagens sensoriais são transmitidas ao cérebro na forma de impressões, onde subsistem como idéias, que são associadas de diversas maneiras dependendo do caráter fortuito da experiência. Nessa visão, o conhecimento de uma linguagem, ou mesmo o conhecimento em geral pode ser representado, conforme formula Williard Quine,[31] como “um enredado de sentenças associadas umas às outras e a estímulos não verbais de maneiras diversas pelo mecanismo do reflexo condicionado”. Desse modo, a aquisição do conhecimento seria decorrência da construção gradual dessa rede de idéias.

Diferentemente, a visão racionalista clássica parte da premissa de que a mente contém um sistema inato que permite a aquisição e organização do conhecimento. Esses princípios inatos, segundo Leibniz,[32] “estão presentes nos nossos pensamentos, dos quais constituem a forma e as conexos... embora nós neles não pensemos”. Ou, na perspectiva de Frege,[33] a linguagem “deve ter tornado

---

[30] *Ibid*, p. 8.
[31] QUINE, Williard. a*pud* CHOMSKI, Noam. JAKOBSON, Roman. e outros. Novas perspectivas lingüísticas. Petrópolis: Editora Vozes, 1971, p. 29.
[32]CHOMSKI, Noam. JAKOBSON, Roman. e outros. Novas perspectivas lingüísticas. Petrópolis: Editora Vozes, 1971, p. 29.
[33] FREGE, Johann Gottlob. Sobre a justificação científica de uma conceitografia/Os fundamentos da aritmética. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 193. (Os pensadores).

possível o desenvolvimento da razão; mas como pôde o homem sem razão criar a linguagem?".

No que diz respeito à linguagem, a visão racionalista encontrou expressão nas investigações de Wilhelm Von Humboldt (1767-1835), que em sua teoria da percepção identificou na linguagem humana um sistema de regras que determinam a produção da fala e sua interpretação. Para Humboldt, todas as línguas seriam muito semelhantes na suas formas gramaticais, não na superfície, mas nas estruturas internas mais profundas.

Algum tempo depois a lingüística obteve notável desenvolvimento com a obra de Ferdinand de Saussure (1857-1913), que em seu "*Cours de Linguistique Générale"*, efetivamente lançou suas bases teóricas e metodológicas. Ao enfatizar uma análise sincrônica das estruturas da linguagem como um sistema em funcionamento num determinado momento histórico, sua teoria lingüística serviria mais tarde de verdadeira base para o estruturalismo. Também é a partir dos estudos de Saussure que a linguagem passou a ser tratada como um fenômeno social. Isto porque para ele a língua se apresentava essencialmente como uma convenção social, uma vez que somente quando "uma pessoa aceita submeter-se às regras da linguagem, poderá tal pessoa integrar-se a uma comunidade lingüística e, portanto, a uma comunidade social".[34] Além disso, Saussure também notou que, além de possuir suas próprias regras e consistir em uma convenção social, a língua também é historicamente determinada. E, sobre essas noções fundamentais, Saussure previu ainda uma nova ciência cujo objeto seria o estudo de todos os sistemas de signos da vida social, à qual chamou de semiologia. Quase que simultaneamente, e de forma independente, Charles Sanders Peirce também propunha, nos Estados Unidos, a construção de uma ciência dos sistemas sígnicos, que, diferentemente, foi denominada por esse autor de semiótica.

Desde então, e não obstante a diversidade de denominações, o fato é que semiologia, a semiótica, ou a lingüística, vem ocupando lugar privilegiado enquanto ciência, sendo uma das disciplinas que tem realizado os maiores progressos no campo das ciências sociais. Conforme já escrevia Marcel Mauss,[35] "a sociologia estaria, certamente, muito mais avançada se tivesse procedido, em todas as

[34] CARONTINI, Enrico. O projeto semiótico: elementos de semiótica geral. São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1979, p. 3.
[35] LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975, p. 315-316.

situações, à maneira dos lingüistas...". O diálogo entre a antropologia e a lingüística vendo sendo feito, principalmente, a partir das demonstrações de Franz Boas sobre a impressionante variedade de sistemas fonológicos, gramaticais e semânticos das línguas no mundo, e também dos estudos de Claude Lévi-Strauss,[36] influenciada pela proposta de uma lingüística estrutural de Roman Jakobson (1896-1982). As investigações de Jakobson demonstraram que, apesar da grande diversidade das línguas humanas, é possível notar a presença de fonemas e outros elementos sintáticos e semânticos que aparecem de maneira constante e universal. Desse modo, tanto a antropologia quanto a lingüística compartilham de um mesmo campo de investigação, cujos esforços analíticos buscam identificar "até que ponto as características mentais humanas são inatas e até que ponto são adquiridas".[37]

Sobre a imporância da perspectiva semiológica no estudo das interações humanas, e que serve de fundamento básico para a "edificação de uma teoria geral das estruturas concretas", Jean Piaget[38] refere a importância da antropologia estrutural de Claude Lévi-Strauss:

> O primeiro resultado notável das análises de Lévy-Strauss é a interdependência entre os sinais lingüísticos e o sistema mais geral dos sinais sociais, descobertos graças ao estudo etnográfico. Essa convergência é da mais alta importância para a constituição de uma semiologia geral, disciplina vislumbrada por F. de Saussure e para o qual se orientam os trabalhos mais recentes do estruralismo lingüístico contemporâneo

Já no campo do direito, Luis Antonio Warat[39] nota similitudes no pensamento de Saussure e Hans Kelsen, uma vez que "os dois encontram-se obsecados pela construção de um objeto teórico autônomo e sistemático". Trata-se de um proposta essencialmente epistemológica, onde tanto Saussure quanto Kelsen pretendem determinar "princípios metodológicos aptos a demarcar o horizonte problemático e as condições de possibilidade de seus respectivos objetos de conhecimento".

---

[36] Ao tratar das relações entre linguagem e cultura, Lévi-Strauss traz a seguinte definição: "(...) certas correlações são provavelmente reveláveis, entre certos aspectos e em certos níveis, e trata-se, para nós, de encontrar quais são estes aspectos e onde estão estes níveis. Antropólogos e lingüistas podem colaborar nesta tarefa. Mas a principal beneficiária de nossas descobertas eventuais não seria nem a antropologia, nem a lingüística, tal como as concebemos atualmente: estas descobertas seriam aproveitáveis para uma ciência ao mesmo tempo muito antiga e muito nova, uma *antropologia* entendida em sentido mais lato, ou seja, um conhecimento do homem que associe diversos métodos e diversas disciplinas, e que nos revelará um dia as molas secretas que movem este hóspede, presente sem ser convidado aos nossos debates: o espírito humano.", *in* LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975, p. 98-99.

[37] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 78.

[38] PIAGET, Jean. Psicologia e epistemologia. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.137.

[39] WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 20.

Com efeito, ao analisar a questão da aquisição do conhecimento e da capacidade lingüística a partir de pesquisas nos campos da psicologia e neurofisiologia, que apontam para a existência de processos fundamentais na percepção, especificamente de controle do funcionamento dos neurônios sensoriais pelo sistema reticular do tronco encefálico, Noam Chomsky[40] conclui o seguinte:

> Estes e outros estudos fazem supor ser razoável indagar sobre a possibilidade de que complexas estruturas intelectuais sejam estreitamente determinadas por organização mental inata. O que se percebe pode ser determinado por processos mentais de considerável profundeza. No que concerne à aprendizagem lingüística, creio ter argumentos convincentes em defesa do ponto de vista de que a mente possui princípios intrínsecos proporcionadores de estruturas invariantes que são pré-requisitos da experiência lingüística.
> (...) Uma língua, então, envolve um conjunto de percepções semântico-fonéticas, de correlações som-sentido, sendo as correlações determinadas pelo tipo de estrutura sintática interveniente já ilustrada. A língua inglesa correlaciona som e sentido de um modo, o japonês de outro e assim por diante. Mas as propriedades gerais da unidade de percepção, suas formas e mecanismos, são notavelmente semelhantes em todas as línguas para as quais já há estudos cuidadosos"

Nessa perspectiva, constata-se a presença de universais lingüísticos que resultam de processos mentais inatos que predeterminam a linguagem humana. Desse modo, é bastante factível supor a existência de certos dados lingüísticos totalmente independentes da influência cultural, e que forneceriam a todos seres humanos um sistema de significações comum e inato. A aquisição do conhecimento é determinada através de um processo específico de propriedades intrínsecas de organização mental, e que não dependem, dessa maneira, da experiência. Segundo Ludwig Wittgenstein,[41] "a 'experiência' de que precisamos para compreender a Lógica não é a de que algo se passa desta ou daquela maneira, mas a de que algo *é*: mas isto *não* é uma experiência". E conclui que "a Lógica está *antes* de qualquer experiência de que algo é *assim*. Está antes do como, não antes do que".

Somente a título de ilustração, convém compilar aqui um trecho de um interessantíssimo artigo entitulado "Direito e Literatura", de Denis Borges Barbosa e Arícia Fernandes Correia,[42] onde estes autores também desenvolvem uma

---

[40] CHOMSKI, Noam. JAKOBSON, Roman. e outros. Novas perspectivas lingüísticas. Petrópolis: Editora Vozes, 1971, p. 31 e 35.
[41] WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico filosófico/Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 112.
[42] BARBOSA, Denis Borges; CORREIA, Arícia Fernandes. "Direito e Literatura", *in* http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/25441/public/25441-25443-1-PB.pdf, em 3/01/2010.

aproximação entre os universais lingüísticos no âmbito de uma antropologia jurídica. O fato narrado, onde o personagem principal é o sertanista Orlando Villasboas, parece situar bem a noção dos universais lingüísticos como elemento pré-cultural:

> Na canoa, longe da margem, dois índios, o sertanista e meu pai. O Villasboas, useiro em aproximações e nem por isso menos tenso, estava em pé, mal equilibrado, só para ficar bem claro que era inofensivo e franco. Se meu pai tivesse um mínimo de juízo, não estaria naquele igarapé sem nome conhecido, num pedaço do Brasil em que branco nenhum entrara, ou pelo menos, de que nenhum saíra. O primeiro contato com uma tribo isolada e intacta é sensibilíssimo, nesse tipo de festa teve gente que já sumiu sem deixar nem sombra. Para tempo de férias, era o mais lídimo programa de índio.
> O Villasboas já está parado no meio do rio faz tempo, olhando a massa escura do povo índio na margem. Muita gente. As mulheres bem longe, criançada no mato, só homem em idade de briga na praia, esperando o que ia acontecer. Borduna, flecha, pedra, todos quietos e armados. Silêncio total, que nem os índios da canoa, nem Villasboas, muito menos meu pai, sabiam nada do idioma remoto e obscuro da tribo nova.
>
> Pois é então que o Villasboas começa a berrar: 'mãmaa... mãmaa... mãmaa'. No silêncio geral, não podia haver coisa mais inusitada. Mas lá pelo décimo berro, alguém responde igual da margem, tímido. E o balido de um lado e de outro vai continuando, enquanto a canoa se aproxima lentissimamente da margem. Villasboas sempre em pé, exposto e completamente indefeso. Quem explicou tudo sobre os berros foi o amigo comum dele, e do sertanista: o também médico Noel Nutels, autor das férias anuais do meu pai no Xingu. Villasboas aprendera que em todas as línguas da terra existe pelo menos uma palavra comum: o grito primal pela mãe, sempre como o primeiro som articulado, pelo labial 'm' e a consoante básica. A palavra universal, básica, que todas as tribos conhecidas e a se conhecer dividem, para revelar que, uns na margem, outros no meio do rio, somos todos homens do mesmo jeito. Universais lingüísticos... Estaria Villasboas certo, ou sua manifestação tântrica seria meramente um encantamento que, afortunadamente, vinha dando certo?

O relato acima parece confirmar a tese de Noam Chomsky a respeito das estruturas mentais inatas no que concerne à aprendizagem lingüística. De fato, a existência de significados inatos, como o retratado no caso acima, parece apontar de forma contundente que a aquisição do conhecimento está afeta a determinadas propriedades mentais comuns a todos os seres humanos. Mas se o ser humano é biologicamente dotado de características naturais que predeterminam sua atividade cognitiva a partir de estruturas intelectuais inatas, o que implica necessariamente numa noção de universalidade compreendida a partir da noção de "natureza humana", como conceber que esse mesmo conhecimento e as representações simbólicas do mundo sejam tão fortemente atreladas a fatores culturais que, por sua

vez, sugerem uma total determinação do homem às contingências do meio social no qual está inserido?

Essa perspectiva proposta pela lingüística lança luz sobre antigos problemas da teoria do conhecimento, inclusive no campo do direito.[43] Isto porque tomando como fundamento a presença de significados universais inatos, mostra-se totalmente pertinente especular sobre a possibilidade de haver ou não uma noção inata e inconsciente de justiça? Um significado prévio e universal do justo e do injusto? Uma ordem *a priori*, racional ou mesmo cosmoteológica, que dotasse naturalmente o homem de um julgamento valorativo sobre a justiça ou injustiça das ações humanas?

A justiça enquanto discurso racional

Sob um outro aspecto, a justiça também poderia ser compreendida através de um "julgamento de racionalidade". Ou seja, o ser humano seria dotado de um "conhecimento racional" que permite distinguir o justo do injusto. O justo estaria, assim, relacionado "reto", ao "simétrico", ou, em suma, ao "racional" (a própria etmologia da palavra "direito" parece sinalizar nesse sentido), enquanto que por sua vez o injusto estaria, assim, ligado à "curva", ao "assimétrico", e, de um modo geral, ao "irracional".

Nessa perspectiva, as pessoas capazes de analisar um determinado fenômeno utilizando um "conhecimento racional" seriam capazes de identificar de forma lógica e livre de preconceitos a realidade ou a verdade do fenômeno em si. Partindo do pressuposto de que há uma linha divisória entre as crenças e o conhecimento, os fenômenos poderiam ser analisados racionalmente da forma como eles realmente são enquanto fenômenos, e não como as pessoas pensam ou descrevem como eles são. De modo que as pessoas capazes de analisar os

[43] O referencial teórico e metodológico da lingüística vem sendo utilizado para a determinação dos objetos jurídicos no direito penal por George Fletcher, na proposta de uma "Gramática Universal do Direito Penal, onde este autor desenvolve a estruturação de princípios e conceitos de valia universal em matéria penal. Seu objetivo pode ser descrito, em síntese, nesta passagem (p. 20): *"Refining and elaborating the shared grammar and transnational principles of criminal law will be the challenge of the twenty-first century. As the nineteenth-century writers addressed the definition of particular offenses and twentieth-century scholars refined local principles governing the general part, the task of theorists in the current century is to elaborate the general principles of criminal law that should be recognized not only in the International Criminal Courts, but in all civilized nations", in* blogsinedie.blogspot.com/.../uma-gramtica-do-direito-penal.html, em 3/1/2009.

fenômenos de modo racional estariam, portanto, mais habilitadas a proceder de forma livre de preconceitos, crenças, ou qualquer outro determinismo cultural que de alguma forma comprometeria uma perfeita representação da realidade.

Mas se para obter um conhecimento perfeito da realidade enquanto tal é necessário apenas analisar os fenômenos seguindo um método racional, livrando a mente de qualquer preconceito, fazendo com que o conhecimento opere seguindo uma "linha reta", qual seria então o motivo pelo qual tantas pessoas agem de forma tão ilógica, seguindo o caminho sinuoso das crenças? Seria devido aos vários fatores sociais, culturais, raciais, e psicológicos que de algum modo condicionam e limitam seus pensamentos a esses preconceitos? E se essas pessoas aprendessem a pensar seguindo o método racional, conseguiriam enfim se ver livres de tantas crenças e preconceitos que as impedem de ver a realidade como ela realmente é? Parece, portanto, que somente "iluminando" o conhecimento através da razão e "libertando" o homem de todas as crenças e preconceitos impostos por fatores sociais e culturais é que seria possível um perfeito entendimento dos fenômenos, inclusive dos problemas da moral e da justiça. Através do uso da linha reta da razão, seria possível identificar, assim, a linha reta da justiça e da moral universal e extirpar toda prática social e cultural que representasse um incômodo desvio a essa tão desejada simetria.

Tanto que para Descartes, todas as vezes que houvesse um desacordo em relação a um determinado assunto, como por exemplo, se um determinado acusado de homicídio é ou não culpado, de que forma deve ser interpretado um texto de lei, ou qual política deverá ser adotada em circunstâncias específicas, um dos discordantes, estando errado, careceria de racionalidade. É essa tese racionalista que Descartes[44] propõe em suas *Regulae*:

> Todas as vezes que dois homens emitem sobre a mesma coisa um juízo contrário, é certo que um dos dois está enganado. Há mais, nenhum deles possui a verdade; pois, se dela tivesse uma visão clara e nítida, ele poderia expo-la a seu adversário de tal modo que ela acabaria por forçar-lhe a convicção.

Mas sob um outro aspecto, e até mesmo em atenção ao método racionalista, não se pode qualificar como irracional uma determinada prática social ou cultural, inclusive as práticas e critérios de justiça, antes de "olhar por dentro" o que se passa

[44] DESCARTES, René. Apud PERELMAN, Chaïn. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 352.

nesses grupos onde a irracionalidade supostamente predomina, analisando suas práticas não apenas por um "olhar de fora", mas também segundo seus próprios critérios. Além disso, da mesma maneira que o método racionalista é utilizado para concluir pela irracionalidade das práticas desses grupos sociais, esses mesmos critérios também podem ser comparativamente utilizados por esses grupos para analisar quem "olha de fora". Afinal, para que seja possível um conhecimento racional sobre essas práticas aparentemente guiadas por crenças, preconceitos, ou outros determinismos culturais, é necessário que antes também se realize um exercício por meio do qual "quem olha" também não corra o risco de formular sua análise de forma preconceituosa e sem que, por sua vez, esses mesmos critérios adotados não sirvam para analisar seu próprio pensamento e comportamento. Em outros termos, a análise das práticas sociais e culturais também deve proceder de maneira "simétrica", utilizando comparativamente os mesmos critérios. Segundo Bruno Latour,[45] "uma das maneiras de evitar a assimetria é considerar que 'uma crença irracional' ou um 'comportamento irracional' é sempre resultado de uma *acusação"*.

E para ilustrar uma determinada situação onde essas acusações de irracionalidade são julgadas simetricamente, Bruno Latour[46] sugere o cenário de um tribunal onde ocorre o que seria esse "julgamento da irracionalidade" através de um júri formado pelo público esclarecido do mundo ocidental, onde promotores formulam suas acusações das leis da racionalidade (linha reta do conhecimento). E, apresentado o primeiro caso, extraído de uma obra clássica de Evans-Pritchard, *"Wichcraft, Oracles and Magic Among the Azande"*, e utilizado como um dos tópicos básicos na antropologia da ciência,[47] a condenação parece certa diante das alegações de acusação:

> *Caso 1*. Há uma norma de hereditariedade na sociedade azande segundo a qual uma bruxa ou um bruxo sempre transmite essa característica à sua descendência. Com isso, poderiam sempre ocorrer novas acusações que atingiram famílias inteiras e poderiam levar a julgamentos não só o primeiro bruxo, mas também seus filhos, netos, pais, e assim por diante. Nada disso, notou espantado o antropólogo Evans-Pritchard. Em vez de chegarem a essa conclusão lógica, os azandes simplesmente acham que há bruxos "frios" no clã – que são inocentes, não passíveis de acusação – e que os perigosos

[45] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 303.
[46] *Ibid*, p. 304.
[47] Principalmente na obra de David Bloor, intitulada *"Knowledge and Social Imagery"*, publicada originalmente em 1976.

> bruxos “quentes” podem ser isolados do restante do clã. Portanto, diante do júri é posta uma clara infração às leis da racionalidade. Os azandes aplicam duas regras opostas ao mesmo tempo: regra 1: a bruxaria é hereditária; regra 2: se um membro da família é acusado de bruxaria, isso não significa que o restante do clã seja constituído por bruxos. Em vez de enxergar essa contradição e combatê-la, os azandes simplesmente *nem ligam*. Essa indiferença é suficientemente chocante para justificar a acusação de irracionalidade feita por Evans-Pritchard aos azandes. Porém, juntamente com a ação penal, ele também postula o reconhecimento de circunstâncias atenuantes: se “os azandes considerassem bruxos todos os membros do clã de um bruxo, o clã desapareceria, o que ameaçaria toda a sociedade. Portanto, *para proteger a sua sociedade*, eles preferem abster-se de interferências racionais. Isso é ilógico, diz o promotor, mas *compreensível*: uma força social preponderou sobre a razão. A pena não deve ser severa demais, porque os azandes não são como nós, pois preferem proteger a estabilidade da sociedade em que vivem a comportar-se racionalmente.

Há ainda um segundo caso extraído da obra *“Culture and Inference”*, de Edwin Hutchins, onde a acusação de irracionalidade também parece irrefutável:

> *Caso 2*: A promotoria não é tão benevolente com os habitantes das ilhas Trobriand. Essas tribos não só têm um sistema incrivelmente complexo de posse da terra, mas também os litígios em torno da terra, que às vezes os leva à justiça, apresenta constantes falhas até mesmo dos mais básicos princípios da lógica. A linguagem deles é tão inarticulada que até mesmo lhes faltam palavras específicas para interligar orações. São incapazes de dizer coisas como “se... e se... então...”. Não entendem a causalidade. Não têm sequer uma idéia do que vem antes e do que vem depois de determinada oração. Não são apenas ilógicos; nem sequer pré-lógicos; são simplesmente alógicos. O tribunal capta a discussão deles como um caótico divagar feito de afirmações desconexas, temperadas aqui e ali com expressões como “por isso” “porque” e “portanto”, e misturadas a palavras sem sentido em tiradas desconexas como esta: “Por isso eu vim morar em Teyava e vi minha irmã numa varanda diferente. Eu tinha trabalhado duro com eles, pela nossa mãe. Mas como minha irmã não tinha ninguém, disse para mim mesmo: ‘Oh, isso não é bom. Vou fazer um pouco de kaivatam, é claro’. Povo de Tukwaukwa, eu como vosso excremento; em comparação com as vossas chácaras, as que eu plantei para ela eram tão pequenas. Fiz o que ela precisava, por assim dizer. Tive Wawawa. Tive Kapwalelamauna, onde eu hoje planto os inhames pequenos de Bodawiya. Tive Bwesakau. Tive Kuluboku. (Hutchins, 1980, p. 69)
> Descobrir circunstâncias atenuantes para os ilhéus de Trobriand é tarefa impossível, tanto quanto a procura de forças sociais eu possam explicar um estado mental tão desorganizado. Deve ser severa a pena para essas pessoas, que deveriam ser extirpadas do restante da humanidade racional e aprisionadas para o resto da vida em suas ilhas, a menos que reneguem inteiramente seus erros e comecem a aprender a sério como pensar e comportar-se.

De fato, a irracionalidade parece ser evidente em algumas situações quando chega ao conhecimento um pensamento desconexo ou um comportamento bizarro de um membro de uma determinada tribo primitiva, ou mesmo algumas crenças populares geralmente encontradas nas classes sociais mais desfavorecidas, no

pensamento das crianças, ou mesmo de como agiam e pensavam nossos antepassados, e tantas outras situações que nos parecem totalmente desprovidas de sentido ou lógica. A conclusão da irracionalidade frente a essas situações parece ser inevitável.

Mas Bruno Latour,[48] ainda utilizando a hipótese do "julgamento da irracionalidade", traz agora as alegações de defesa contra as acusações acima:

> *Alegações da defesa, caso 1*: Nas sociedades modernas, há uma lei que proíbe terminantemente o assassinato. Quem infringe essa lei é chamado de "assassino". Também existe uma prática, nem tão infrequente, que consiste em despejar bombas, de aviões, sobre pessoas que são chamadas de inimigas. Os pilotos dessas aeronaves deveriam, portanto, ser considerados "assassinos" e levados a julgamento. Nada disso – observa com certo espanto um antropólogo azande enviado à Inglaterra. Em vez de chegar a essa conclusão lógica, os ingleses simplesmente acham que esses pilotos "matam no cumprimento do dever" – são inocentes e não são levados a julgamento –, e que os outros assassinos, os "intencionais", são perigosos e devem ser julgados e presos. Portanto, diante do mesmo júri que precisava decidir sobre a falta de tino dos azandes, apresenta-se um claro caso de irracionalidade. Do ponto de vista do antropólogo africano, os ingleses aplicam duas regras ao mesmo tempo; regra 1: matar é crime; regra 2: matar não é crime. Em vez de verem essa contradição e tentar resolvê-la, os ingleses *nem ligam*. Essa escandalosa indiferença fornece fundamentos suficientes para justificar um julgamento de irracionalidade chamado "Razão versus ingleses". Na verdade, é possível encontrar circunstâncias atenuantes para essa irracionalidade. Se os pilotos fossem levados a julgamento, seria a destruição da autoridade militar, o que ameaçaria toda a trama da sociedade inglesa. Portanto, para proteger suas instituições sociais, os ingleses preferem não extrair inferências lógicas. Também neste caso, apela-se para razões sociais a fim de explicar por que tal comportamento não está em conformidade com as leis da lógica.

No segundo caso, é o próprio Edwin Hutchins que atua como advogado em defesa dos habitantes das ilhas Trobriand, e faz um comentário sobre as ridicularizações feitas pela promotoria:

> "Motabesi postula diante do tribunal seu direito de cultivar uma chácara que não é dele. Sua irmã possui uma chácara, mas não tem ninguém para cultivá-la. Portanto, é de responsabilidade de Motabesi cuidar da chácara dela. Será que Motabesi realmente "come o excremento" do povo de Tukwaukwa? Será que a chácara que ele planta é assim tão pequena? Não, mas por uma questão de polidez para com as pessoas que ouvem suas alegações, ele se menoscaba e à sua horta. Em retórica forense, a isso se dá o nome de 'captatio benevolentiae'. Então Motabesi defende seus direitos sobre todas as chácaras que lhe deram para plantar. Aquela que é objeto da lide chama-se 'Kuluboku'. Uma delas, chamada 'Kapwaleleamauna', foi-lhe dada pela mesma mulher, Ilawokuva, dona da chácara em litígio. Isso não configura uma presunção irrefutável, e o litigante nem a sustenta que assim seja, mas é

[48] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 308.

> um bom ponto a seu favor. Motabesi fala irracionalmente? Não, ele apenas enuncia um conjunto de condições associadas em apoio de suas alegações. Isso é muito racional, em vista da extrema complexidade do sistema de posse fundiária, que não é escrito e tem pelo menos cinco diferentes graus daquilo que nós, ocidentais, chamamos simplesmente de 'propriedade'". (Adaptado de Hutchins, 1980, p. 74)

Percebe-se que nas "alegações de defesa" acima, a acusação de irracionalidade e da natureza alógica dos habitantes das ilhas Trobriand foi vencida mediante a invocação do "contexto" em que o discurso foi desenvolvido, fazendo ainda menção de um complexo sistema de posse fundiária que constituía o objeto da discussão. Conforme nota Bruno Latour, "os indígenas das ilhas Trobriand comportam-se em tribunais do mesmo modo que nós, mas têm um sistema diferente de posse da terra e falam uma linguagem que não nos é familiar". Como se vê, não se trata de qualquer irracionalidade, mas apenas de uma linguagem "diferente".

E, portanto, a acusação de irracionalidade pode ser combatida mediante a estratégia de "inverter a conclusão", seja como no primeiro caso, se reportando a "outra história construída em torno da mesma estrutura, mas que, ao contrário, se aplique *à sociedade de quem contou a história* (substituindo, por exemplo, o antropólogo inglês na África pelo antropólogo africano na Inglaterra)", ou mesmo, como no segundo caso, tornar a contar a mesma história, mas inserindo nela o contexto quando aparecer "uma lacuna no raciocínio, e mostrar a que tipo de assunto pouco conhecido o raciocínio se aplica. (acrescentar, por exemplo, à retórica do habitante de Trobriand o complexo sistema de posse da terra)".[49] Isso permitiu, na encenação sugerida por Latour, que o "júri da racionalidade" fosse convencido de que os "outros", não são assim tão ilógicos ou irracionais, mas apenas "distantes" de nós.

Sob um outro aspecto, é possível notar ainda que o dogmatismo racionalista que caracteriza a tradição filosófica ocidental, que vincula a resolução de problemas práticos associando-os a métodos científicos e matemáticos que em tese seriam capazes de reconhecer uma verdade objetiva expressos em enunciados e juízos verdadeiros ou falsos, também se opõe a fatores de ordem axiológica. Isto porque, conforme a objeção de Hume ao racionalismo cartesiano, não existe critério racional no que diz respeito aos valores de uma determinada ação, uma vez que estes são totalmente dependentes de fatores subjetivos e culturais. Exemplo disso é trazido

[49] *Ibid*, p. 311.

por Chaïn Perelman quando se reporta ao pensamento judaico talmúdico, que compreende uma reflexão sobre os problemas relacionados à interpretação da Bíblia e aplicação da Lei. A respeito dessas controvérsias e o critério adotado pelo tribunal rabínico para resolvê-la, Perelman[50] escreve que:

> As mais célebres, no Talmude, são as que opõem a escola de Hillel à de Chamai, tendendo a primeira, muito amiúde, a permitir o que a segunda proibia. Como tal controvérsia se eternizava por três anos, como dada uma das duas escolas pretendia que a lei era conforme ao seu ensinamento, o Talmude relata o que disse o Rabino Abba, em nome do Rabino Samuel. Dirigindo-se este ao céu para conhecer a verdade, uma voz de cima respondeu que as duas teses expressavam a palavra do Deus Vivo. As duas teses, mesmo sendo diametralmente opostas, merecem igual respeito, pois expressam um parecer refletido e abalizado; nesse sentido, são ambas razoáveis. Mas, uma vez que, na prática, urge tomar uma decisão e uma vez que o tribunal rabínico deve poder dizer se tal conduta é obrigatória, permitida ou proibida, a tradição dará preferência ao ensinamento da escola de Hillel, porque seus membros, diz-se, são conhecidos por sua modéstia, por sua humildade e por jamais deixarem de apresentar o parecer de seus adversários. Fosse essa a verdadeira razão, fosse, antes, que se preferisse uma interpretação menos restritiva, pouco importa. O que parece notável é que não se tenha invocado, para descartar a interpretação da escola de Chamai, sua falsidade ou sua irracionalidade. Entre duas interpretações opostas, que são declaradas igualmente razoáveis, far-se-á a escolha, se preciso for, mas por outras razões que não a falsidade ou a irracionalidade de uma delas.

Parece ficar evidente que, de forma oposta à tradição ocidental que acredita na possibilidade de identificar uma verdade objetiva através do uso da razão, o tribunal rabínico utiliza uma regra de justiça que, para nós, poderia se revelar um tanto quanto arbitrária e sem fundamentação racional. Mas é preciso considerar que quando se trata de uma decisão, diz Perelman,[51] "ela será considerada justa se puder ser justificada por razões suficientes". No entanto, ainda que reúna razões suficientes para justificar uma determinada decisão, essas razões não são coercivas, "pois a maneira de avaliar as razões e os argumentos é vinculada, no final das contas, à situação e à filosofia de cada qual".

De modo que, em contraposição à tradição racionalista ocidental, se apresenta um pluralismo de filosofias e valores culturais de cada sociedade. O racionalismo traz, em seu âmago, portanto, um monismo filosófico que refuta como errônea qualquer outra filosofia que não atenda aos seus critérios de verdade e falsidade. Isto porque a lógica jurídica seria, em princípio, capaz de oferecer boas

[50] PERELMAN, Chaïn. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 353-354.
[51] *Ibid*, p. 357.

razões para que o juiz possa tomar sua decisão. Mas, conforme observa Perelman,[52] "o que é uma razão boa em direito pode mudar, evidentemente, conforme o sistema e conforme as épocas, etc". Daí a importância de um olhar jurídico-antropológico sobre os critérios de verdade e justiça adotados em julgamentos de outras tradições filosóficas e culturais.

A justiça enquanto discurso cultural

Mas certamente o problema da justiça também pode ser considerado a partir de um viés completamente antagônico a essa possibilidade de significados universais inatos, e que parte do pressuposto de que a natureza humana não existe, e que os homens são totalmente determinados pelo meio cultural no qual se encontram inseridos. E, nesse sentido, a noção de justiça é compreendida apenas como um sistema de normas que representam, em sua essência, diferentes sistemas de significações construídos e localizados historicamente.

Nessa perspectiva, não haveria propriamente um significado constante e compartilhado por todos os homens sobre a justiça. Não exisitiria, assim, um princípio de justiça universal e perene, mas apenas alguns juízos de valor compartilhados coletivamente sobre o que representa o justo e o injusto, cujos significados, devido à sua determinação cultural, podem sofrer imensas variações entre os diversos grupos sociais. E, desse modo, como nota Henri Lévy-Bruhl:[53]

> nenhum ato humano é, por si mesmo, inocente ou delituoso. Os crimes que nos parecem mais abomináveis, como o parricídio, são permitidos em certos grupos sociais, enquanto outros, como a violação de certos tabus, severamente castigados entre certas populações arcaicas, nos deixam absolutamente indiferentes.

Assim como o próprio conhecimento, o significado do justo e do injusto também não seria perene e imutável, mas sim um conhecimento "situado", resultado de uma construção negociada entre elementos e dinâmicas contingentes e diferenciadas, de modo que a noção de justiça estaria totalmente atrelada à

---

[52] *Ibid*, p. 527.
[53] LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 31.

perspectiva daquele contexto cultural específico de produção, não podendo ser compreendido de forma separada dessa negociação.

Com efeito, muitas representações sobre a justiça podem parecer incompreensíveis e desprovidas de sentido quando retiradas do seu contexto de significação. Para ilustrar como a justiça e suas práticas podem assumir formas tão desprovidas de nexo quando comparadas à noção de justiça e os processos judiciais ocidentais, seria um verdadeiro paradoxo se nós considerássemos que um um réu poderia obter sua absolvição da acusação de um crime punido com a pena de morte não se desculpando, negando a autoria, ou mesmo apresentando justificativas para o ato, mas sim reivindicando o crime do qual é acusado. E mais, ao reivindicar a prática do pretenso crime, o réu aprimora sua causa trazendo em sua narrativa versões sucessivas e contraditórias entre si, enriquecendo com detalhes cada uma delas, o que o tornaria, em princípio, cada vez mais culpado pelo crime. Uma estratégia de defesa dessa certamente seria considerada para os nossos padrões culturais, no mínimo, como esdrúxula e teratológica. Mas, no entanto, isso foi exatamente o que ocorreu em um julgamento feito entre os Zuni do Novo México, presenciado pela antropóloga M. C. Stevenson, e citado por Claude Lévi-Strauss:[54]

> Uma mocinha de doze anos fora presa de uma crise nervosa, imediatamente depois que um adolescente lhe agarrara as mãos; este último foi acusado de feitiçaria e arrastado diante do tribunal dos sacerdotes do Arco. Durante uma hora, ele negou inutilmente ter quaisquer conhecimentos ocultos. Este sistema de defesa se tendo mostrado ineficaz, e o crime de feitiçaria sendo, nesta época ainda, punido com a morte entre os Zuni, o acusado mudou de tática e improvisou uma longa narrativa, na qual explicava em quais circunstâncias havia sido iniciado na feitiçaria, e recebido de seus mestres dois produtos, um dos quais deixava as meninas loucas e outro que as curava. Este ponto constituía uma engenhosa precaução contra os desenvolvimentos ulteriores. Intimado a produzir suas drogas, transportou-se à sua casa bem escoltado, e retornou com duas raízes que logo utilizou num ritual complicado, no decorrer do qual simulou um transe consecutivo à absorção de uma das drogas, depois um retorno ao estado normal graças à outra. Após o que, administrou o remédio à doente e declarou-a curada. A sessão foi suspensa até o outro dia, mas, durante a noite, o pretenso feiticeiro se evadiu. Reaprisionaram-no imediatamente, e a família da vítima se improvisou em tribunal para continuar o processo. Diante da resistência de seus novos juízes em aceitar sua versão precedente, o rapaz, então, inventou uma outra: todos os seus parentes, seus ancestrais, eram feiticeiros, e é deles que lhe provinham poderes admiráveis, como o de se transformar em gato, encher sua boca de espinhas de cactus e matar suas vítimas – dois bebês, três mocinhas, dois rapazes – projetando-os sobre estas; tudo isto,

[54] LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975, p. 199-200.

> graças a plumas mágicas que lhe permitiam, a ele e aos seus, abandonar a forma humana. Este último detalhe constituiu um erro tático, pois agora os juízes exigiam a produção das plumas, como prova da veracidade da narrativa. Após diversas desculpas, rejeitadas uma após a outra, foi necessário se transportar à residência familiar do acusado. Este começou a sustentar que as plumas estavam dissimuladas atrás do revestimento de uma parede, que ele não podia destruir. Obrigaram-no a isto. Após haver derrubado uma face do muro, do qual examinou cuidadosamente cada pedaço, ele tentou se desculpar por uma falta de memória: havia dois anos que as plumas haviam sido escondidas e ele não sabia mais aonde. Constrangido a novas explorações, terminou por investir contra uma outra parede, onde, após uma hora de trabalho, uma velha pluma apareceu na argamassa. Ele agarrou-a avidamente, e apresentou-a aos seus perseguidores como o instrumento mágico de que havia falado; fizeram-no explicar detalhadamente o mecanismo de seu emprego. Enfim, arrastado à praça pública, teve de repetir toda a sua história, que enriqueceu com um grande número de novos detalhes, e terminou com uma peroração patética onde lamentava a perda de seu poder sobrenatural. Assim tranqüilizados, seus auditores consentiram em libertá-lo.

Como se vê, ao contrário dos nossos processos, o debate da causa entre os Zuni não ocorria por meio de acusações e contestações, mas por alegações e especificações. Conforme significativamente notou Lévi-Strauss sobre o julgamento, "os juízes não esperam do acusado que ele conteste uma tese, e menos ainda que refute fatos; exigem-lhe que corrobore um sistema do qual não detém senão um fragmento, e do qual querem que reconstitua o resto de uma maneira apropriada". [55]

De fato, a discussão da causa parece ter assumido uma posição mais importante para os juízes do que o crime em si e as suas conseqüências. Como notou a própria antropóloga M. C. Stevenson em relação a uma determinada fase do julgamento: "Os guerreiros se deixaram absorver tão completamente pela narrativa do rapaz, que pareciam ter esquecido a razão primeira de seu comparecimento perante eles". E finalmente quando o acusado encontra a pena mágina e a apresenta aos juízes como prova de suas alegações, a antropóloga observa, com bastante ênfase, que "a consternação se propagou entre os guerreiros, que exclamaram de uma só voz: 'O que significa isto?'. Agora, eles tinham certeza de que o rapaz dissera a verdade". [56]

No entanto, para nós o encontro da pena mágica pela qual o acusado reivindicou a prática de feitiçaria representaria a prova inequívoca da autoria e materialidade do crime. Mas, adotando um entendimento que para nós se apresenta desprovido de qualquer sentido, a prova tangível do crime e a confissão do acusado

[55] *Ibid*, p. 200.
[56] *Ibid*, p. 200.

acabaram propiciando ao grupo social uma satisfação de verdade que se mostrou esponencialmente mais valiosa do que a satisfação de justiça que a punição teria proporcionado. Ou, na observação de Lévi Strauss:

> antes de reprimir um crime, os juízes procuram (validando seu fundamento objetivo por meio de uma expressão emocional apropriada) atestar a realidade do sistema que o tornou possível. A confissão, reforçada pela participação, a cumplicidade mesma, dos juízes, transforma o acusado, de culpado, em colaborador da acusação. Graças a ele, a feitiçaria, e as idéias que a ela se ligam, escapa a seu modo penoso de existência na consciência, como conjunto difuso de sentimentos e de representações mal formuladas, para se encarnar em ser de experiência. O acusado, preservado como testemunha, traz ao grupo uma satisfação de verdade, infinitamente mais densa e mais rica do que a satisfação de justiça que teria proporcionado a sua execução. E finalmente, por sua defesa engenhosa, tornando seu auditório progressivamente consciente do caráter vital oferecido pela verificação de seu sistema (pois que, principalmente, a escolha não é entre este sistema e um outro, mas entre o sistema mágico e nenhum sistema, ou seja, a desordem), o adolescente chegou a se transformar, de ameaça para a segurança física de seu grupo, em garantia de sua coerência mental.

Mas o que chama especialmente a atenção nessa passagem, apesar de não ser especificamente abordada por Lévi-Strauss, foi o fato de que o acusado foi "ajustando" seu "discurso" de defesa em consonância à maior ou menor "aceitação" das "teses" pelo seu "auditório".[57] Não importava o fato em si, mas a necessidade do "discurso" assumir um "sentido" compartilhado pelo grupo. O "discurso fraco" do acusado foi adquirindo força à medida que convergia e validava o sistema que constitui a base na qual estavam "construídos" os critérios de verdade e valor naquela cultura específica. De modo que parece, portanto, que o conhecimento ou o sentido de justiça revelado no julgamento dos Zuni resulta mais de uma "construção", "criação", ou "negociação" de sentidos compartilhados subjetivamente, do que propriamente de critérios objetivos, universais, ou mesmo racionais de justiça.

Em outros termos, mais afetos à teoria do discurso, e procurando fazer uma aproximação entre o julgamento dos Zuni e os julgamentos típicos dos processos judiciais ocidentais, seria como se ao invés do discurso do acusado precisar estar em consonância ao sistema do grupo para que seja considerado válido e aceito

[57] Conforme escreve Chaïm Perelman, "um argumento que persuade um auditório pode exercer apenas um pequeno efeito sobre um outro. Para apreciar o valor, e não somente a eficácia dos argumentos, é normal, à míngua de critérios objetivos, referir-se à qualidade do auditório que é persuadido pelo discurso.", *in*, PERELMAN, Chaïn. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 516.

como verdadeiro, fosse o discurso jurídico expresso no "texto" que tivesse que corresponder ao "contexto" jurisprudencial e doutrinário para ser considerado como válido e verdadeiro.

De todo o modo, assim como os Zuni, parece que nossas interpretações ou julgamentos pessoais sobre determinado assunto não são independentes, já que necessariamente vinculados a sentidos prévios atribuídos a esse mesmo assunto em interpretações anteriores. Há padrões prévios de interpretação impostos pela "teoria". E, nessa perspectiva, sem pretender por via oblíqua objetar a tese dos universais lingüísticos, parece, no entanto, que o sentido de justiça ou qualquer outro juízo interpretativo não se apresentam como algo inato ao ser humano. Mas, por outro lado, um determinado sentido resultante de uma interpretação poderá ser tão compartilhado socialmente em razão da força da teoria representada no discurso a ponto de se tornar universal, conferindo, assim, a esse sentido, um aparência de que o mesmo representa, de fato, uma verdade inata ou inerente à natureza humana.

A aspiração à justiça enquanto dado antropológico fundamental

Ao iniciar sua análise filosófica sobre o problema da justiça, Hans Kelsen[58] faz uma significativa referência a uma passagem bíblica onde as eternas questões da humanidade sobre o exato sentido da verdade e da justiça são colocados, justamente por ocasião do julgamento de Jesus de Nazaré:

> Quando Jesus de Nazaré, no julgamento perante o pretor romano, admitiu ser rei, disse ele. "Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade." Ao que Pilatos perguntou: "O que é a verdade?" Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz.
> Dessa forma, emerge a pergunta de Pilatos – o que é a verdade? –, através do sangue do crucificado, uma outra questão, bem mais veemente, a eterna questão da humanidade: o que é a justiça?

[58] KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1.

Efetivamente, poucas questões na história da humanidade foram objeto de tantas discussões, e mesmo as mentes mais privilegiadas que, de Platão a Kant, se debruçaram sobre essa meditação, ainda assim não trouxeram uma resposta precisa acerca da exata noção do conceito de justiça. Mesmo Kant, em 1787, ainda afirmava que "os juristas ainda estão buscando uma definição para seu conceito de direito". E dessa forma, e valendo-se da conclusão apresentada mais de um século depois por Kelsen,[59] "talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitva; deverá apenas tentar perguntar melhor".

A acepção do termo direito é, sem dúvida alguma, equívoca. Dada a natureza eminentemente polissêmica da palavra "direito",[60] sua definição sempre foi objeto de especulações filosóficas ao longo da história. A dificuldade em definir de forma objetiva o sentido do termo "direito" deve-se à própria ambigüidade relativa à delimitação da sua essência, considerando a proximidade e imbricação do direito com as outras várias instituições sociais e culturais que permeiam as relações humanas. Desse modo, a extrema complexidade em identificar e delimitar de forma clara e rigorosa o campo reivindicado pelo direito implica, necessariamente, no pluralismo semântico dessa palavra.

Esse empreendimento filosófico voltado à definição conceitual mais clara e objetiva do conceito de direito pode parecer, de início, desprovido de sentido, ou mesmo relevância, para um jurista adepto ao positivismo "puro e duro", ou mesmo para o hoje usualmente denominado "operador" do direito, aos quais importa apenas uma aplicação lógico-formal das leis e regras jurídicas, considerando os postulados autopoiéticos do direito e sua busca pela neutralidade axiológica. Contudo, é a incessante busca pela definição da sua natureza o que determina, em última instância, a própria emancipação do campo reivindicado com autonomia e exclusividade pelo direito. Ao adjudicar para seu campo certas categorias e conceitos em suas constantes e intrincadas relações com outras áreas do

---

[59] *Ibid*, p. 1.

[60] Essa polissemia existe em todas as línguas. Henri Lévi-Bhrul, ao se referir aos vários sentidos da palavra "direito", nota que "a etimologia, aqui, pouco nos auxiliará. A palavra 'direito', em francês (como em inglês, right; em alemão, Recht; em italiano, diritto, etc.), liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu um sentido moral e depois jurídico: o direito é a linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas. Vê-se imediatamente que essa acepção não nos pode oferecer mais que uma idéia muito aproximada do conceito. Melhor será examinar o emprego que dele se faz.", *in*, LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3.

conhecimento que lhes são afins, o direito vai delimitando e definindo, num processo dialético, o seu espaço epistemológico, e, possibilitando assim, uma noção do conceito de *"jus"*. Desse modo, na significativa síntese de France Farago, "a polissemia do termo 'justiça' indica que com essa noção nos encontraremos diante de um jogo decisivo para a existência humana – um eixo antropológico".

Ainda nesse viés antropológico relacionado à relação da espécie humana com o que é polissemicamente definido como "justiça", Alain Supiot[61] vislumbra um "*homo juridicus*", afirmando que "a aspiração à Justiça não é, pois, o vestígio de um pensamento pré-científico, mas representa, em todas as situações, um dado antropológico fundamental". Essa definição parece procurar sintetizar uma idéia de justiça tanto numa perspectiva ontológica da condição humana, como também sob um prisma deontológico concebido a partir de uma ordem social. A reflexão sobre a idéia de justiça, encontra-se, dessa maneira, "na encruzilhada de duas antropologias diferentes".

Mas longe de sequer tentar esboçar possíveis definições para o conceito de justiça, algumas aproximações sobre seus contornos parecem factíveis a partir do princípio de que seu significado é, antes de tudo, como enfatiza Kelsen[62] "uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social". Isto porque a justiça, ainda segundo esse filósofo do direito, "como virtude do homem, encontra-se em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa".[63]

Também nessa perspectiva, parece que a idéia de justiça é inegavelmente atrelada ao meio social e cultural. Afinal, só se pode definir como justa uma conduta quando esta corresponde ou se adapta a uma noção prévia do justo compartilhada em uma determinada ordem social. E, desse modo, discordando em parte com a síntese proposta por Alain Supiot de que a aspiração à justiça representa um dado antropológico fundamental, parece que, antes da justiça, é a aspiração ao "sentido" que representa, efetivamente, um dado antropológico fundamental. Não haveria, portanto, ao menos no aspecto antropológico, uma "justiça", como pressupõe Alain Supiot, mas sim apenas um ou vários "sentidos" de justiça, representados em

---

[61] SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. IX.
[62] *Ibid*, p. 2.
[63] *Ibid*, p. 2.

"discursos" ou "teorias" sobre o justo e o injusto revestidos com maior ou menor "força".

Essa conclusão parece se aproximar da filosofia de Fredrich Nietzsche,[64] para quem o conhecimento – e assim a própria noção de justiça – não tem propriamente uma "origem" (*Ursprung*) na ordem natural ou em um sentimento metafísico presente em todos os homens, mas há somente uma "invenção" (*Erfindung*) do conhecimento. Nessa perspectiva, o sentido de justiça não existiria anteriormente, mas seria fruto de uma construção humana, que não é compartilhada por todos os homens de forma constante. Em outras palavras, o conhecimento, e o próprio sentido de justiça, não estaria, assim, inscrito na natureza humana, sendo apenas o efeito dos instintos, ou, como diz Nietzsche, como "uma centelha entre duas espadas", mas que, não é do mesmo ferro que as duas espadas. Seguindo a linha de Nietzsche, Michel Foucault[65] conclui que "o conhecimento, no fundo, não faz parte da natureza humana. É a luta, o combate, o resultado do combate e consequentemente o risco e o acaso que vão dar lugar ao conhecimento".

TEORIA, CONSTRUÇÃO DO SENTIDO, E TEXTUALIDADE

Efetivamente, parece que a teoria[66] ou o próprio conhecimento em si, não são perenes e imutáveis, mas "situados", uma vez que resultam de uma "construção negociada" entre elementos e dinâmicas contingentes, antagônicas e diferenciadas. O conhecimento deve ser compreendido, portanto, como "o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento".[67] Desse modo, tanto o conhecimento como o próprio sentido de justiça estão inextricavelmente presos ao seu contexto específico de produção, não podendo ser compreendidos de forma separada dessa negociação. Pode-se dizer, assim, que o conhecimento e o

[64] NIETZSCHE, Friedrich. Obras incompletas. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores)
[65] FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 17.
[66] Conforme esclarece Habermas, "na linguagem filosófica, o conceito de *theoría* está vinculado à contemplação do *kósmos*. Como consciência contemplativa do *kósmos*, a *theoría* pressupõe o limite entre o Ser e o Tempo. (...) Na medida em que o filósofo contempla a ordem imutável, realiza um processo de adequação a si próprio do processo cósmico, recriando-o em si. A teoria penetra na *práxis* da existência através da adequação do espírito ao movimento cósmico: ela imprime sua força à existência, disciplinando-a no seu *éthos*.", *in*, BENJAMIN, HORKHEIMER, ADORNO e HABERMAS. Textos escolhidos (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 301.
[67] FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 24.

sentido de justiça são perspectivísticos, já que resultam das relações estratégicas e dinâmicas em que o homem se encontra situado. Ou, conforme define Michel Foucault,[68] "o caráter perspectivo do conhecimento não deriva da natureza humana, mas sempre do caráter polêmico e estratégico do conhecimento".

Sob um outro aspecto, essas considerações que apontam para o caráter perspectivístico do conhecimento parecem indicar, por conseqüência, que o conhecimento é fruto de uma construção social, uma vez que são exatamente as condições culturais, políticas e econômicas de existência que formam os sujeitos de conhecimento e as próprias noções de verdade e justiça. Em outros termos, as relações e padrões de verdade previamente estabelecidas que se exteriorizam nas estruturas sociais e culturais "não se impõem do exterior ao sujeito do conhecimento mas que são, elas próprias, constitutivas do sujeito de conhecimento".[69]

Na própria ciência há modelos de verdade que resultam de construções coletivas. Conforme argumenta Habermas,[70] compactuando o entendimento de Husserl, "não é o conteúdo informativo da teoria, mas é a formação de uma atitude reflexiva entre os teóricos, a responsável pela produção de uma cultura científica". Assim, tem-se que o aforismo de Protágoras onde "o homem é a medida de todas as coisas" ressurge vitalizado na *"epistéme"*[71] contemporânea. Isto porque parece haver na fórmula do "homem-medida" uma relação dialética entre o individual e o universal, considerando que o "sentido", ou seja, a "medida" do "homem" enquanto indivíduo, só alcançará status de "verdade" se contar com a adesão de outros indivíduos nesse mesmo sentido ou medida. Caso contrário, ou seja, se essa "medida" individual não contar com a adesão de outras opiniões, ela se mostrará extremamente "fraca" e não poderá almejar obter o status de "verdade".

Desse modo, por mais correta que possa parecer uma interpretação ou juízo formulado sobre determinada questão, se ela se mantiver isolada ela representará um "discurso fraco" (*hettón logos*) e, em virtude das "resistências" encontradas, tenderá a desaparecer ou, no máximo, contando com alguma adesão, permanecer marginal. Tem-se, portanto, que o sentido, seja da verdade ou mesmo da justiça, é

---

[68] *Ibid*, p. 25.
[69] *Ibid*, p. 27.
[70] BENJAMIN, HORKHEIMER, ADORNO e HABERMAS. Textos escolhidos (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 302.
[71] Para Charles Sanders Peirce, "a melhor tradução para *epistéme* é 'compreensão'. É a capacidade de definir algo de tal modo que todas as suas propriedades sejam corolários de sua definição.", *in*, PEIRCE, Charles Sanders. Escritos coligidos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 139. (Os pensadores)

formado por essa confluência de opiniões individuais onde as medidas são convergentes entre si, formando uma universalidade e constituindo o fundamento daquilo que Protágoras chama de "discurso forte" (*kréiton logos*).

A teoria retórica de Chaïn Perelman[72] parece partilhar desse mesmo sentido clássico de "discurso forte" proposto por Protágoras:

> O orador, de posse de uma linguagem compreendida por seu auditório, só pode desenvolver sua argumentação conectando-a a teses admitidas pelos ouvintes, sem o que se arrisca a cometer uma petição de princípio. Daí resulta que qualquer argumentação depende, no tocante às suas premissas, como aliás a todo o seu desenvolvimento, do que é aceito, do que é reconhecido como verdadeiro, como normal e verossímil, como válido; com isso se arraiga no social, cuja caracterização dependerá da natureza do auditório.

Efetivamente, a teoria representa apenas uma das muitas outras interpretações possíveis. Em outros termos, a teoria representa, segundo Fredric Jameson,[73] um "código opcional" ante inúmeros outros "códigos" de discursos possíveis. Este embate entre esses "códigos" é constitutivo do que Stuart Hall, citado por Jameson, chama de "luta discursiva". E é interessante notar ainda que o reconhecimento da possibilidade e legitimidade do "discurso diferente", parece representar e traz em seu âmago o ideal democrático grego que, certamente, estava subjacente à filosofia de Protágoras.

Nesse âmbito de análise, considerando o aspecto discursivo do conhecimento, passa a ser relevante a análise empírica de como se opera na prática essa construção de verdades no decorrer histórico. E é exatamente nessa "luta discursiva" que se faz possível tanto a produção de "novos" conhecimentos e "sentidos" como a manutenção de "velhos" dogmas e verdades. E desse modo, na linha sugerida por Michel Foucault, o que deve ser feito é a constituição histórica do sujeito de conhecimento através da análise de um discurso formado por um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais. E entre as práticas sociais nas quais é possível localizar numa análise histórica, ou mesmo contextual, a emergência de novas formas de subjetividade, as práticas jurídicas, ou, mais especificamente, as práticas judiciárias, se revelam como uma das mais propícias ao desenvolvimento desse empreendimento, que parece estar compreendido numa

[72] PERELMAN, Chaïn. Retóricas – São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 305.
[73] JAMESON, Fredric. Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Editora Ática, 2002.

antropologia do conhecimento. Esse é a base teórica dos problemas levantados por Michel Foucault:[74]

> A hipótese que gostaria de propor é que, no fundo, há duas histórias da verdade. A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas – regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade.
> As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.

E é importante consignar que o desenvolvimento prático de uma antropologia do conhecimento voltada à análise dos discursos produzidos pelos vários lugares ou campos sociais onde a verdade se forma é feito, principalmente, através do estudo de textos onde essa luta discursiva está representada. Essa singularidade histórica constatada na contemporaneidade, consistente nessa apontada condição de que todas as culturas do mundo são praticantes da textualidade, já havia sido notada por Mikhail Bakhtin, cuja teoria eleva o texto à posição de objeto específico das ciências humanas. Isto porque apesar das ciências humanas estarem voltadas para o estudo do homem, estas estudam o homem enquanto produtor de textos. Para Bakhtin,[75] o que realmente importa nas ciências humanas é exatamente a história do pensamento voltada para o próprio pensamento, ou seja, "o sentido, o significado do outro, que se manifestam e se apresentam ao pesquisador somente em forma de texto. Quaisquer que sejam os objetivos de um estudo, o ponto de partida só pode ser o texto."

O conhecimento do homem, portanto, não só é revelado por meio dos textos, como também estes são responsáveis pela própria construção do homem enquanto

---

[74] FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 11.
[75] BAKHTIN, Mikhail. Marxismo e filosofia da linguagem. São Paulo: Hucitec, 1992, p. 333.

objeto de estudos. Fato que, segundo Bakhtin,[76] distinguiria as ciências humanas das ciências exatas e biológicas que estudam o homem "fora do texto". Cada ciência humana teria assim um objeto textual específico, uma vez que interpretações diferentes sobre um texto constróem novos textos, criando, assim, objetos diferentes.

Ainda nesse âmbito epistêmico das ciências humanas, alguns autores vêm apontando a ocorrência de um processo de "estetização da teoria social", cuja expressão se faz presente no reconhecimento de aspectos estéticos, literários e narrativos nos processos de teorização e produção de textos, cujos indícios foram identificados por Walter Benjamim.[77] Traços que estariam a evidenciar, segundo Boaventura de Souza Santos,[78] uma sucessão da "sociedade material" por uma "sociedade da cultura" ou, numa terminologia mais expressiva cientificamente, por uma "sociedade semiótica", que resgata a importância do sensorial e da percepção na produção do conhecimento e na organização da experiência.

E considerando que as ciências humanas, como a antropologia e o direito, operam por meio de textos, muitos autores como Wolf Lepenies, em relação à sociologia e antropologia, e Ronald Dworkin, quanto ao direito, procuram estreitar a interpretação de suas respectivas áreas com outros campos do conhecimento, principalmente a literatura. Com efeito, através da aproximação com a literatura é possível o desenvolvimento de uma noção mais abrangente do que entendemos por interpretação. A literatura parece representar, assim, um "espaço comum" às ciências humanas, pois permite um estudo da interpretação considerando outros contextos dessa atividade. E é atentado para essa fecundidade que a crítica literária pode fornecer à interpretação jurídica que Ronald Dworkin advoga que:

> Seria bom que os juristas estudassem a interpretação literária e outras formas de interpretação artística. Isso pode parecer um mau conselho (escolher entre o fogo e a frigideira), pois os próprios críticos estão completamente divididos sobre o que é a interpretação literária, e a situação não é melhor nas outras artes. Mas é exatamente por isso que os juristas deveriam estudar esses debates. Nem todas as discussões na crítica literária são edificantes ou mesmo compreensíveis, mas na literatura foram defendidas muito mais teorias da interpretação que no Direito, inclusive teorias que contestam a

[76] *Ibid*, p. 31.
[77] BENJAMIN, HORKHEIMER, ADORNO e HABERMAS. Textos escolhidos (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 302.
[78] SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.). A Globalização e as ciências sociais – São Paulo: Cortez, 2002.

> distinção categórica entre descrição e valoração que debilitou a teoria jurídica.[79]

Ainda nessa aproximação com a literatura, é interessante notar ainda que, a partir de uma perspectiva semiótica, alguns autores também têm sustentado até mesmo uma supremacia da literatura em relação à ciência. Para Roland Barthes,[80] por exemplo, se todas as disciplinas devessem ser expulsas do ensino, com a exceção de uma, seria exatamente a literatura que deveria ser salva, pois "todas as ciências estão presentes no monumento literário". Segundo esse autor, a literatura revela o real sem dissipar a intensidade da experiência humana; "faz girar os saberes, não fixa, não fetichiza nenhum deles. (...) A ciência é grosseira, a vida é sutil, e é para corrigir essa distância que a literatura nos importa".[81]

Um dos aspectos que parecem favorecer essa fecunda aproximação das interpretações antropológica e jurídica com a literária é fato de que, enquanto a linguagem da ciência permite a denotação, a linguagem literária possibilita a conotação do significado.[82] Tanto que, para Wolf Lepenies,[83] na própria origem e desenvolvimento das ciências sociais há um dilema consistente na "hesitação entre uma orientação cientificista, pronta a imitar as ciências naturais, e uma atitude hermenêutica, que aproxima a disciplina da literatura". A perspectiva histórica adotada por Lepenies retrata como a sociologia, em sua tentativa de "imitar" as ciências naturais para se firmar enquanto disciplina autônoma, está compreendida num processo complexo de proximidade e concorrência com a literatura.[84]

---

[79] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217.
[80] BARTHES, Roland. Novos ensaios críticos/O grau zero da escritura. São Paulo: Editora Cultrix, 1972, p. 18.
[81] *Ibid*, p. 18.
[82] Em entrevista concedida à Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke, para o Jornal Folha de São Paulo, veiculado em 19 de outubro de 2003, Zygmunt Bauman ilustra bem essa questão: "Eu aprendi a considerar a sociologia como uma daquelas numerosas narrativas, de muitos estilos e gêneros, que recontam, após terem primeiramente processado e reinterpretado, a experiência humana de estar no mundo. A tarefa conjunta de tais narrativas era oferecer um *insight* mais profundo no modo como essa experiência foi construída, pensada e, desse modo, ajudar os seres humanos na sua luta pelo controle de seus destinos individuais e coletivos. Nessa tarefa, a narrativa sociológica não era 'por direito' superior a outras narrativas, pois tinha de demonstrar e provar seu valor e utilidade pela qualidade de seu produto. Eu, por exemplo, me lembro de ganhar de Tolstói, Balzac, Dickens, Dostoiévski, Kafka ou Thomas Morus muito mais *insights* sobre a substância das experiências humanas do que centenas de relatórios de pesquisa sociológica. Acima de tudo aprendi a não perguntar de onde uma determinada idéia vem, mas somente como ela ajuda a iluminar as respostas humanas à sua condição, assunto tanto da sociologia quanto das *'belle lettres'*."
[83] LEPENIES, Wolf. As três culturas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 11.
[84] Segundo Wolf Lepenies, "desde cedo se estabelece um processo de purificação no interior das disciplinas: áreas de especialização como a sociologia, que ainda devem conquistar seu reconhecimento dentro do sistema das ciências, buscam obter esse reconhecimento distanciando-se das formas literárias primitivas da própria disciplina, que procedem de modo mais classificatório-narrativo que analítico-sistematizador. Esse processo resulta numa competição de interpretações entre uma intelectualidade literária constituída por escritores e

Já Ronald Dworkin,[85] levando em consideração que os juristas e os juízes não podem "evitar a política no sentido amplo da teoria política", mas que, por outro lado, uma crítica ao direito que não considere que o direito também não é uma questão de política pessoal ou partidária propiciará uma compreensão e orientação extremamente pobres, propõe que "podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura".

LITERATURA E DISCURSO

Nessa configuração epistêmica onde a construção e a comunicação do conhecimento adquirem extrema relevância, tem-se como um verdadeiro pressuposto analítico a condição de que tanto a antropologia como o direito são discursos situados, perspectivísticos, presos ao seu contexto de origem. Por outro lado, parece inconcebível considerar os aspectos epistemológicos desses dois campos do conhecimento – assim como de qualquer outro – fora da perspectiva da linguagem, uma vez que é nela onde se encontram ligadas as dimensões do significado e da validade. Desse modo, é importante delinear alguns traços sobre as relações e implicações históricas, epistemológicas, semióticas e institucionais inerentes à representação textual do discurso, seja ele científico ou não.

O sentido atual da palavra literatura, corriqueiramente utilizado para designar todas as produções literárias, somente veio a ser concebido recentemente, sendo datado do século XIX. No entanto, ainda hoje, há várias línguas que desconhecem essa terminologia genérica da literatura, e a própria definição do que é literatura e o que não é, ou da diferença entre o uso literário e uso não-literário da linguagem, diante da imensa variedade de escritos produzidos na sociedade contemporânea, continua sendo uma problemática ainda irredutível.

A teoria literária, voltada à identificação de um caráter "natural" da literatura, evidenciando sua existência enquanto entidade, estabeleceu critérios de distinção

---

críticos e uma intelectualidade ligada à ciência social. O problema da sociologia está no fato de que ela pode sem dúvida imitar as ciências naturais, mas não pode efetivamente tornar-se uma ciência natural da sociedade. Se renunciar, porém, à sua orientação científica, ela retorna a uma perigosa proximidade com a literatura.", *in*, LEPENIES, Wolf. As três culturas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 11.

[85] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217.

que apontam, de um lado, para o aspecto funcional da literatura, analisando-a enquanto parte de um sistema mais amplo; e, de outro ponto, para uma apreensão estrutural, onde se indaga se todas as instâncias literárias que assumem uma mesma função possuem as mesmas propriedades. Ou, como diria Tzvetan Todorov,[86] até tautologicamente, "a estrutura é feita de funções, e as funções criam uma estrutura". Porém, se de um lado o aspecto funcional da literatura na sociedade parece evidente – até mesmo pela sua função ontológica –, sua identidade estrutural é de difícil constatação.

Nesse mister de identificação estrutural da literatura, Todorov considera como primeiro elemento de definição da literatura a ficção, uma vez que ela não passaria de uma forma de "imitação pela linguagem, assim como a pintura é imitação pela imagem". Até mesmo porque o texto literário, assim como a arte, não se submete a critérios de verdade ou falsidade, sendo tão somente "ficcional". Como escreve Northrop Frye, citado por Todorov:[87]

> Em todas as estruturas verbais literárias, a orientação definitiva da significação é interna. Em literatura, as exigências da significação externa são secundárias, pois as obras literárias não pretendem descrever ou afirmar e, portanto, nem são verdadeiras, nem falsas... Em literatura, as questões de realidade ou de verdade são subordinadas ao objetivo literário essencial que é o de produzir uma estrutura verbal que encontre sua justificação em si mesma; e o valor designativo dos símbolos é inferior à sua importância enquanto estrutura de motivos ligados.

Note-se que tal afirmação não implica que um relato histórico verdadeiro não possa ser considerado literário, mas sim que quando tomamos esse relato para leitura não estamos interessados em sua veracidade, mas apenas naquilo que nos motivou para a escolha de tal gênero literário. Mas o que realmente importa aqui é que a literatura não está adstrita à questão da "verdade", uma vez que o texto, mesmo que verse sobre um relato real, pode ser utilizado para uma leitura meramente "literária".[88] De tal forma que se por um lado tudo que é considerado literário não é necessariamente ficcional, também nem tudo que é ficcional é necessariamente literário. Até mesmo no âmbito da ciência, é extremamente

---

[86] TODOROV, Tzvetan. Os gêneros do discurso. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980, p. 12.
[87] *Ibid*, p. 12.
[88] Para Charles Sanders Peirce, "em vez de aspirarmos à episteme (o conhecimento verdadeiro das coisas) temos que aspirar a *"fronesis"* que significa, aproximadamente, uma sabedoria de como funcionam as coisas do mundo. (...) O novo paradigma não é um invento extraído do nada, mas uma resposta às condições cambiantes do mundo contemporâneo que puseram em primeiro plano a comunicação.", *in*, PEIRCE, Charles Sanders. Escritos coligidos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 93. (Os pensadores)

sintomático e significativo em relação a isso que um autor como Michel Foucault, citado por Lynn Hunt,[89] tenha confessado ter "plena consciência de que nunca escrevi outra coisa a não ser ficções", e prossegue dizendo que "não pretendo chegar ao ponto de afirmar que as ficções estão além da verdade [*hors verité*]. Parece-me ser possível produzir uma obra de ficção dentro da verdade". De modo que fica evidente, portanto, a implicação do simbólico sobre a linguagem escrita.

Frente a esse esboço sobre a construção de uma teoria literária, onde ficaram evidenciadas mais as dificuldades de conciliar as definições de literatura, que, tomadas em suas particularidades, não oferecem uma resposta satisfatória para estabelecer as devidas distinções entre o que é literatura do que não é literatura, Todorov passa a questionar a própria noção de existência da "não-literatura", admitida como existente para a formulação das distinções propostas. Neste ponto, e constatando que essa entidade – então designada como literatura – compreende tanto conversas correntes como gracejos, tanto a linguagem ritual do direito e da administração pública ou privada, como os escritos científicos, obras filosóficas e religiosas, de modo que essa entidade não se apresenta de forma singular, o autor coloca a necessidade de introduzir uma noção genérica de literatura, consistente no "discurso".

Numa acepção mais ampla, a palavra "discurso" significa a expressão verbal do pensamento, principalmente através de uma exposição oratória. Mas numa definição filosófica, o termo "discurso" refere o seu caráter funcional determinado pela capacidade de promover uma significação comum. Como define Jean-Paul Resweber,[90] "o discurso vem nele determinar o modo de um conhecimento que, em vez de atingir diretamente seu objeto, como a intuição, a ele chega pelo desvio das figuras cujo mestre de obra é a linguagem.

Quanto à necessidade de adoção de um conceito funcional a partir do "uso" que fazemos da linguagem, na linha proposta por Ludwig Wittgenstein,[91] Todorov[92] escreve que:

> a língua produz frases a partir do vocabulário e das regras de gramática. Ora, as frases não são mais do que o ponto de partida do funcionamento

[89] HUNT, Lynn. A nova história cultural. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 11.
[90] RESWEBER, Jean-Paul. A filosofia da linguagem. São Paulo: Editora Cultrix, 1982.
[91] WITTGEINSTEIN, Ludwig. Tratado lógico-filosófico e Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
[92] TODOROV, Tzvetan. Os gêneros do discurso. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980, p. 21.

> discursivo: essas frases serão articuladas entre si e enunciadas em um certo contexto sócio-cultural; transformar-se-ão em enunciados, e a língua, em discurso. Além disso, o discurso não é um, mas múltiplo, tanto nas suas funções quanto nas suas formas: todos sabem que não se deve enviar uma carta pessoal no lugar de um relatório oficial, e que os dois não se escrevem da mesma maneira. Qualquer propriedade verbal, facultativa ao nível da língua, pode se tornar obrigatória no discurso: a escolha efetuada por uma sociedade entre todas as codificações possíveis do discurso determina o que se chamará seu *sistema de gêneros*.

As possibilidades de direcionamento do discurso, considerado o aspecto convencional ou de escolha de cada sociedade, é externado por meio dos gêneros literários. Assim como a literatura em si, o próprio discurso científico pode ser tido como gênero literário, ante a presença de regras discursivas que lhe garantam uma particularidade frente aos demais gêneros literários. Para Gilles Gaston Granger,[93] "todo conhecimento científico se desdobra num universo de linguagem; aceitando provisoriamente a língua usual ou criando uma para seu uso, a ciência requer necessariamente, como condição transcedental, um sistema lingüístico." Ou, como exemplifica Todorov,[94] "o discurso científico exclui, em princípio, a referência à primeira e à segunda pessoas do verbo assim como o emprego de outros tempos além do presente".

Outro aspecto que pode servir de característico do discurso científico, embora não citado pelo autor, é sua datação e localização histórica, uma vez que o mesmo se reveste de ideologia e de um material lingüístico que é circunscrito, historicamente, à sociedade e ao pensamento ocidental. Por outro lado, também se revela como uma característica distintiva o fato do discurso científico utilizar um código lingüístico construído a partir de uma ruptura com a linguagem comum. No entanto, essa ruptura é uma estratégia simulada, uma vez que o discurso científico é incapaz de operar sem recorrer à linguagem comum. Esta constatação é identificada por Bachelard, citado por Pierre Bourdieu,[95] quando observa que a linguagem científica "coloca aspas para salientar que as palavras da linguagem comum ou da linguagem científica anterior que ainda se conservam são completamente redefinidas e derivam todo seu sentido do sistema de relações teóricas no qual

---

[93] GRANGER, Guilles Gaston. Filosofia do estilo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, p. 133.
[94] TODOROV, Tzvetan. Os gêneros do discurso. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980, p. 21.
[95] BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 134.

estão inseridos". Em relação a essa ruptura da linguagem científica com a linguagem comum, Pierre Bourdieu[96] escreve que:

> O problema da linguagem se apresenta nas ciências sociais de modo peculiar, ao menos quando se admite que elas devem tender à mais ampla difusão de seus resultados, condição da "desfetichização" das relações sociais e da "reapropriação" do mundo social: o emprego de palavras da linguagem comum traz consigo o perigo da regressão ao sentido comum, correlato à perda do sentido imposto pela inserção no sistema das relações científicas; o recurso a neologismos ou a símbolos abstratos manifesta, ainda melhor do que meras "aspas", a ruptura como o senso comum, mas também corre o risco de produzir uma ruptura na comunicação da visão científica do mundo social.

Com a admissão da existência de discursos enquanto noção genérica com relação à de literatura, a questão principal dessa discussão, que de início cingia-se na indagação da existência de uma especificidade literária, passa por uma necessária reformulação frente a uma nova problemática: a da existência ou não de regras que sejam próprias a todas as instâncias da literatura. Desse modo, a objeção entre literatura e não-literatura cede lugar a uma "tipologia de discursos", contestando, assim, a existência de um "discurso literário homogêneo", e, consequentemente, a própria legitimidade de uma noção estrutural da literatura. É diante de tais argumentos que Todorov proclama ser imperioso o reconhecimento de uma teoria do discurso e da análise de seus gêneros, substituindo a poética enquanto ciência direcionada aos aspectos estruturais da literatura.

Por outro lado, ainda com relação à noção de discurso, e apesar desta não poder ser compreendida de forma dissociada ao uso que fazemos da língua, os aspectos voltados à intencionalidade do falante também são determinantes na análise do discurso. Não se pode analisar a problemática da fundação e constituição do discurso sem considerar os aspectos semióticos, ligados à intenção e finalidade do falante. Isto porque sendo o discurso direcionado ao "outro", ele terá sua própria constituição definida em função desse "outro", que possui suas próprias regras de significação e validade. Segundo Habermas,[97] "para que uma expressão lingüística tenha o mesmo significado para um sujeito, este tem que estar em condições de seguir uma regra junto com, pelo menos, um outro sujeito – regra essa que deve ser válida para ambos."

---

[96] *Ibid*, p. 134.
[97] *Ibid*, p. 118.

É o contexto de interação, determinado pelos "signos"[98] lingüísticos que o compõe, e a intenção do falante perante esse contexto, que irá determinar a constituição do discurso.[99] Como exemplo disso poderia ser utilizada a distinção entre os significados de "verdade" e "prova" no sistema jurídico e no sistema científico. Dessa maneira, pode-se afirmar que o discurso se constrói em função dos demais discursos com que dialoga (dialogismo), de modo que somente será possível uma classificação a partir de gêneros se determinado discurso for considerado perante outros discursos.

Considerando esses fatores, constata-se que todo discurso é desenvolvido considerando o auditório ao qual se destina, sendo, assim, condicionado por ele. É através do discurso, portanto, compreendido como um referencial lingüístico intersubjetivamente compartilhado, que será possível estabelecer um consenso, tornando possível a compreensão de alguma coisa. Daí se nota o nexo entre as noções de significado e validade. Mas não se pode deixar de considerar que o poder de "representar" determinada realidade, impondo ao restante do grupo esse significado, encerra uma pretensão a uma autoridade simbólica. Em outros termos, para que uma representação sobre algo obtenha validade perante o grupo, é necessário que o representante esteja "autorizado" pelo grupo para falar em nome dele. O informe escrito por um indigianista não é aceito como uma etnografia, ou um informe "autorizado" pela comunidade de antropólogos, assim como uma petição subscrita por um rábula[100] não produz efeitos processuais válidos perante um tribunal.

Sobre essa pretensão à autoridade simbólica, que confere legitimidade para que uma representação seja considerada válida, Pierre Bourdieu,[101] expõe alguns aspectos sobre a disputa que envolve a formulação de uma significação social:

---

[98] Segundo Charles Sanders Peirce, "um signo 'representa' algo *para* a idéia que provoca ou modifica. Ou assim – é um veículo que comunica à mente algo do exterior. O 'representado' é o seu objeto; o comunicado, a *significação*; a idéia que provoca, o seu *interpretante*. O objeto da representação é uma representação que a primeira representação interpreta.", *in*, PEIRCE, Charles Sanders. Escritos coligidos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 93. (Os pensadores)

[99] Para Otávio Ianni: "o mistério da palavra, assim como da narrativa, esconde-se tanto no autor como no leitor, da mesma forma que no texto e no contexto. Permitem muitos jogos de linguagem, podem ser colocadas em diferentes arranjos, desdobram-se em signos, ou ícones, índices e símbolos, como em um caleidoscópio sem fim", *in*, IANNI, Octávio. Língua e sociedade. In: André Valente (organizador). Aulas de Português. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 17.

[100] Cf. o dicionário Larousse Cultural, rábula é o que "advoga sem ser diplomado".

[101] BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

> As diferentes estratégias, mais ou menos ritualizadas, da luta simbólica de todos os dias, assim como os grandes rituais coletivos de nomeação ou, melhor ainda, os enfrentamentos de visões e de previsões da luta propriamente política, encerram uma certa pretensão à autoridade simbólica enquanto poder socialmente reconhecido de impor uma certa visão do mundo social, ou seja, das divisões do mundo social. Em meio à luta para a imposição da visão legítima, na qual a própria ciência se encontra inevitavelmente engajada, os agentes detêm um poder proporcional a seu capital simbólico, ou seja, ao reconhecimento que recebem de um grupo: a autoridade que funda a eficácia performativa do discurso é um percipi, um ser conhecido e reconhecido, que permite impor um percipere, ou melhor, de se impor como se estivesse impondo oficialmente, perante todos e em nome de todos, o consenso sobre o sentido do mundo social que funda o senso comum.

Fica claro, portanto, que a imensa diversidade dos auditórios faz com que os discursos sejam elaborados com vistas a objetivos variáveis, que determinam sua pragmática. Para que a argumentação seja eficaz, ela dependerá de sua adequação à linguagem comum utilizada no meio em que a comunicação se desenvolve, sem o que não haverá condições para o desenvolvimento regular de um diálogo. A linguagem, nesse caso, é revelada pela tradição do meio em que a comunicação se desenvolve, podendo, assim, ser uma linguagem natural ou técnica, mas que deve ser uma linguagem comum aos membros de uma disciplina ou de uma profissão. Somente mediante um prévio conhecimento do que é considerado aceito e válido para o auditório relevante é que o discurso alcançará condições de eficácia.

Neste ponto, é possível se estabelecer um paralelo entre as noções de gênero do discurso com as de paradigma científico, e, num sentido mais amplo, nos discursos representados por teorias antropológicas e jurídicas, etnografias, e até mesmo correntes jurisprudenciais. Todas parecem representar diferentes gêneros de discurso. Esse parelelismo se faz ainda mais evidente quando se coloca como pano de fundo a concepção kuhniana de história da ciência, onde os diferentes paradigmas (discursos) se renovam e se reproduzem em comunidades científicas auto-recrutadoras, normatizadas, competitivas, e historicamente localizadas e determinadas, e que ostentam, acima de tudo, uma linguagem comum. Na filosofia da ciência, os partidários de mesmo paradigma são, acima de tudo, partidários de um mesmo referencial lingüístico, de um mesmo discurso, onde a teoria compartilhada corresponderia, semioticamete, a um signo em comum.

Os gêneros do discurso

A legitimidade do estudo dos gêneros está diretamente relacionada à questão do momento do aparecimento de um determinado gênero a par de todos os existentes. A origem de um gênero literário ocorre a partir de outros gêneros. Ainda com Tzvetan Todorov,[102] temos que "um novo gênero é sempre a transformação de um ou de vários gêneros antigos: por inversão, por deslocamento, por combinação". Dessa maneira, compreende-se que um texto atual é resultado de um processo histórico de transformações de gêneros que favoreceram a concepção desse discurso específico. Tanto que para Saussure, "o problema da origem da linguagem não é outro senão o de suas transformações". Humboldt também conclui que "chamamos uma língua *original* apenas porque ignoramos os estados anteriores de seus elementos constitutivos". Mas antes de se preocupar com a questão histórica sobre o que precedeu os gêneros no tempo, tem-se que o que mais se atrela aos anseios do presente trabalho é a indagação sobre os determinantes do nascimento de um gênero, e quais seriam – se é que elas existem – as formas que, prenunciando um novo gênero, ainda não o são.

Com efeito, os gêneros literários podem ser definidos, com o recurso à tautologia, como classes de textos: os gêneros são classes e o literário é o textual. Enquanto este é composto de frases, aquelas surgem da possibilidade de se encontrar propriedades comuns a dois ou mais textos. O interesse em se chamar de "gênero" o resultado de tal união é justificado por Todorov[103] partindo da atribuição dessa designação apenas às classes de textos que foram percebidas como tais no decorrer da história. Isto porque para esse autor o estudo dos gêneros passa antes pela existência histórica de classificação dos textos (taxonomia), assinalada pelo discurso sobre os gêneros (caráter metadiscursivo) bem como, de uma forma esporádica e indireta, nos próprios textos. Ou, numa perspectiva mais sistemática, os gêneros podem ser descritos tanto por meio de uma observação empírica como através de uma análise abstrata. De uma forma ou de outra, é a busca das propriedades que caracterizam os gêneros um dos objetivos dessa exposição. Como escreve o próprio Todorov:[104]

---

[102] TODOROV, Tzvetan. Os gêneros do discurso. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980, p. 46.
[103] *Ibid*, p. 47.
[104] *Ibid*, p. 48-49.

> Numa sociedade, institucionaliza-se a recorrência a certas propriedades discursivas, e os textos individuais são produzidos e percebidos em relação à norma que esta codificação constitui. Um gênero, literário ou não, nada mais é do que essa codificação de propriedades discursivas.
> Tal definição exige, por sua vez, ser explicada quanto aos dois termos que a compõem: o de propriedade discursiva e o de codificação.
> 'Propriedade discursiva' é uma expressão que entendo em um sentido inclusivo. Todos sabem que, mesmo que se limite apenas aos gêneros literários, qualquer aspecto do discurso pode ser tornado obrigatório. A canção se opõe ao poema por aspectos fonéticos; o soneto é diferente da balada em sua fonologia; a tragédia opõe-se à comédia por elementos temáticos; a narrativa de suspense difere do romance policial clássico pelo agenciamento de sua intriga; enfim, a autobiografia se distingue do romance pelo fato de o autor pretender contar fatos e não constituir ficções (...) essas propriedades dependem quer do aspecto semântico do texto, quer de seu aspecto sintático (a relação das partes entre si), quer do pragmático (relação entre usuários), quer, enfim, do verbal (... para englobar tudo o que se refere à própria materialidade dos signos).

A existência dos gêneros como instituição, revelando-se nesse aspecto como "horizontes de expectativa" para os leitores, e como "modelos de escritura" para os autores, está imbricada com a comunicação e a interação dos gêneros com a sociedade em que ocorrem os discursos. Será no âmbito da experiência histórica e cultural de determinada sociedade que propriedades discursivas particulares, correlacionadas com outros elementos culturais característicos dessa mesma sociedade, irão conferir predileção, ou até mesmo favorecer a própria constituição, de determinado gênero, a ponto de revelar em seu âmago aspectos constitutivos da sociedade em que está compreendido. Até mesmo porque, para Todorov[105] "o gênero é a codificação historicamente atestada de propriedades discursivas".

Compactuando com esse entendimento, Boaventura de Sousa Santos[106] entende que:

> Sendo o discurso teórico um género e uma forma de representação, ele está sujeito a convenções e a constrangimentos, como todas as formas de representação (Becker, 1986; Santos, 1995; Jameson, 1991; Lenoir, 1998; Jones e Galison, 1998): a selecção do que é incluído e do que é dito, com as consequentes exclusões e silêncios, a escala em que os fenómenos são representados, as limitações próprias da linguagem utilizada, do modo como se traduz ou simboliza na linguagem do *medium* a que se recorre e das convenções do género a que se faz referência aquilo que se pretende representar, as formas de "arrumar" ou organizar a representação, conferindo maior visibilidade a certos elementos do que a outros, a própria operação de interpretação, que acompanha a elaboração de representações em todas as

[105] *Ibid*, p. 50.
[106] SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.). A Globalização e as ciências sociais – São Paulo: Cortez, 2002, p. 311-312.

> suas fases. Estes constrangimentos estão ligados tanto às convenções genéricas a que se refere a operação de representação como ao *medium* através do qual a representação acede à existência e se torna um objecto material, comunicável e transmissível. Contudo, como sugeri noutro lado (Nunes, 1996a), sendo as convenções social e culturalmente construídas, é possível rearticular convenções associadas a diferentes géneros e a diferentes *media*, de forma a produzir objectos cognitivos ou estéticos híbridos e inovadores. A título de exemplo, veja-se a dinâmica da transposição metafórica e dos conceitos nómadas, hoje comum nas ciências da natureza. Mas esta dinámica tem outras implicações para além das especificamente cognitivas. Ela põe em causa a rigidez das fronteiras e dos territórios que separam o cognitivo do estético e do moral, a teoria da política, o conceito da metáfora, a descrição científica e a análise da narrativa.

Entretanto, é importante ressaltar que se tem notado na epistéme contemporânea um movimento de suspeição na separação e classificação dos discursos por gêneros, uma vez que as inúmeras variações e combinações de discursos no decorrer histórico favorecem uma espécie de hibridização que tem dificultado o trabalho de classificação. No âmbito de um pós-modernismo, Perry Anderson[107] afirma que houve uma conscientização de que as disciplinas anteriormente bem separadas "da crítica literária, da sociologia, da ciência política e da história começaram a perder os seus claros limites, cruzando-se em investigações híbridas e transversas que não mais podiam ser facilmente situadas num outro domínio". Mesmo Ronald Dworkin[108] também afirma que "as teorias da arte não existem isoladamente da filosofia, da psicologia, da sociologia e da cosmologia".

Mas outro ponto que também merece atenção é que, na constituição do gênero por componentes de realidade histórica e realidade discursiva, a noção de estilo, enquanto categoria da poética em geral, ganha condições e possibilidades críticas e analíticas. O estilo pode tanto ser tratado numa perspectiva textual ao lado de outras categorias como modos, registros, formas ou maneiras, como também numa relação à história literária em sentido lato, como a noção de corrente, escola, movimento literário.

E verificado que a origem dos gêneros provém da codificação de propriedades discursivas ao longo da experiência histórica, captadas pelo "discurso metadiscursivo" (discurso sobre os gêneros), consiste na seara em que a questão estilística se acha compreendida, resta a tarefa de expor, de uma forma mais

---

[107] ANDERSON, Perry. As origens da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 73.
[108] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 225.

específica ao objeto desta pesquisa, os fundamentos do que seria uma teoria ou filosofia do estilo.

Prática científica e estilística

A análise da prática científica e do estilo de sua produção, enquanto fato humano representativo de um conhecimento científico, vincula-se ao contexto e às condições sociais que lhes conferem significação, ocultando uma verdadeira relação dialética entre forma e conteúdo.[109] O trabalho científico, considerado como uma certa maneira de relacionar a análise de conceitos, categorias e estruturas, suscitando uma forma e um conteúdo, somente é passível de sentido num contexto historicamente definido. Tal fato contribui para alimentar o preconceito para com os trabalhos produzidos no meio acadêmico, especialmente aqueles que resultam das ditas ciências do espírito, que operam mediante "representações" da realidade, subsistindo tão somente "formas" sem "matérias". Daí decorrem as diversas modalidades que podem assumir a distinção e a valoração conferidas aos trabalhos manuais e aos trabalhos do espírito, conforme datados e localizados historicamente.

Ainda centrado nos aspectos associados às relações entre forma e conteúdo, é certo que, muito embora estes aspectos coexistam em todo o trabalho textual, a relevância conferida à estruturação formal e à aplicação prática se mostrará geralmente díspare, de modo que um aspecto sobressaia ao outro. É na determinação prática do individual que os dois aspectos se complementam, presos à intencionalidade do sujeito que realiza o trabalho. Até mesmo porque, não se pode deixar de considerar que o conhecimento científico, entendido como processo de conceitualização, consiste, em primeiro lugar, "em reduzir o que é experimentado na percepção como individual, isto é, no momento concreto vivido em tal situação," sendo que "todo um aspecto do pensamento laborioso orienta-se para a recuperação desse individual vivido. (…) A criação estética enquanto trabalho é, deste ponto de vista, uma das tentativas humanas para superar a impossibilidade de uma apreensão teórica do individual". Calcado em tais premissas, Gilles Gaston

[109] Para Roland Barthes, "em toda e qualquer forma literária, existe a escolha de um *etos*, por assim dizer, e é precisamente nisso que o escritor se individualiza claramente porque é nisso que ele se engaja. Língua e estilo são dados antecedentes a toda problemática da linguagem.", *in*, BARTHES, Roland. Novos ensaios críticos/O grau zero da escritura. São Paulo: Editora Cultrix, 1972, p. 124.

Granger[110] se propõe a elaborar uma espécie de filosofia do estilo, que poderia ser entendida como uma "modalidade de integração do individual num processo concreto que é trabalho e que se apresenta necessariamente em todas as formas de prática" .

Contrapondo o individual frente às estruturas, Granger sustenta que estas deveriam ser interpretadas como rede de "referenciação informacional", cujos elementos possuem valor "opositivo, relativo e negativo". Através das "redundâncias e sobredeterminações"[111] apresentadas na linguagem, desde que não apareçam distribuídas de forma totalmente aleatória, mas sim expressas de modo a revelar uma certa constância, torna-se possível a individualização da mensagem, apontando a existência de um estilo. Por outro lado, não se pode deixar de considerar que o fato de que a redundância identificada em determinada mensagem atrela-se de tal forma a essa estruturação estilística que uma modificação da grade lingüística, reduzindo ou deslocando as redundâncias, afeta diretamente os elementos que conferem uma individuação à mensagem.

Nesse âmbito, a denominação de estilo proposta por Granger não é uma simples modalidade de expressão, ou um tipo determinado de simbolismo. Mas sim uma "categoria do pensamento formal puro, definindo um conceito de estilo como "uso do simbolismo" e da "relatividade dos sistemas simbólicos".

Com efeito, é através da prática que se pode identificar um estilo; e, por sua vez, o contato das estruturas numa situação vivida conduz ao seu aparecimento. Considerando que uma significação "é o que resulta da perspectiva de um fato no interior de uma totalidade, ilusória ou autêntica, provisória ou definitiva, mas, em todo caso, vivida como tal por uma consciência", como sugere Granger, o nascimento de determinado estilo é inseparável de uma significação.

Delineadas estas considerações prévias a respeito da estilística e de sua afetação à individualidade, cumpre-nos, neste momento, realizar o necessário contraponto entre estilo e prática científica. E a primeira incongruência apontada é a aparente antinomia que parece marcar os conceitos de estilo e ciência. Isto porque esta, voltada primordialmente à identificação do universal e do impessoal, sugere, de

---

[110] GRANGER, Guilles Gaston. Filosofia do estilo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, p. 17.

[111] Roberto Cardoso de Oliveira adota a concepção de "estilo" proposta por Gilles Gaston Granger, que a entende associada à noção de redundância. Cf, CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. O trabalho do antropólogo. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 113.

início, uma insuperável incompatibilidade com a essência marcadamente individualística do estilo. Conforme esse entendimento, e considerando que não há ciência puramente especulativa, e que o processo de estruturação depende necessariamente da atividade prática que se procura objetivar, o individual apareceria como o "lado negativo das estruturas". É então na pluralidade dos modos de estruturação possíveis que a meditação sobre o estilo se justifica.

Wolf Lepenies[112] refere que, conforme já sustentava Auguste Comte, nas ciências "as questões de estilo eram irrelevantes", até mesmo porque o estilo está diretamente ligado à individualidade, o que contrapõe a pretensão de generalidade própria do discurso científico.[113] A idéia de estilo seria afeta à literatura, não sendo concebível no âmbito científico. Segundo Lepenies, "o *labor-lineae* não era da alçada do cientista, mas sim do literato".[114] O cientista devia atenção ao método, de modo que a criatividade e o estilo do autor passou a não ter tanta relevância acadêmica. Ou como enfatiza esse autor, "o bom estilo de um autor não mais garantia qualquer inferência a respeito do conteúdo de verdade de suas idéias; o estilo era tão agradável e inútil quanto um ornamento". [115]

Ainda no âmbito da noção de estilo, em seu ensaio "O que é um autor?", Foucault faz uma reflexão crítica sobre a cambiante importância do autor na literatura e na ciência durante o decorrer histórico ocidental. Segundo Foucault, citado por Paul Rabinow,[116] até o século XVII o texto científico tinha sua validade e legitimação associados ao autor e ao seu prestígio e autoridade intelectual:

> Estes textos que nós hoje chamaríamos científicos, os que lidam com a cosmologia e os céus, a medicina e as doenças, as ciências naturais e a geografia, eram aceitos na Idade Média como sendo "verdadeiros" somente quando estavam marcados com o nome do seu autor.

Por outro lado, tem-se que com relação à literatura a trajetória aparenta ter sido contrária, uma vez que na Idade Média os textos "literários" não tinham seu valor relacionado à pessoa do autor, como acontecia com os textos "científicos".

---

[112] LEPENIES, Wolf. As três culturas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 27.
[113] Conforme recorda Wolf Lepenies, "Comte odiava os *littérateurs* que se serviam de artifícios retóricos para convencer seus leitores e ouvintes.", *in*, LEPENIES, Wolf. As três culturas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 32.
[114] *Ibid*, p. 43.
[115] *Ibid*, p. 69.
[116] RABINOW, Paul. Antropologia da razão: ensaios de Paul Rabinow. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 48.

> Os textos que nós hoje chamamos de "literatura" (narrativas, estórias, épicos, tragédias, comédias) eram aceitos, postos em circulação e valorizados sem quaisquer questionamentos acerca da identidade de seus autores; seu anonimato não causava dificuldades, já que sua antigüidade, real ou imaginada, era considerada como uma garantia suficiente do seu status. (idem)

No entanto, é certo que quando a literatura, a partir do século XIX alcançou o *status* de atividade intelectual autônoma e delimitada, houve uma crescente valorização do autor nas produções literárias. Tanto que, na modernidade, o texto literário passou a ser reconhecido como tal através de uma avaliação não só do texto em si, mas também à fama e ao prestígio intelectual do seu autor no campo da literatura. Segundo Zygmunt Bauman,[117] Essa valorização do autor na produção textual permitia uma "democratização da imortalidade individual" que anteriormente só estava acessível aos príncipes e filósofos.

Contudo, nos primórdios de uma era pós-moderna, Bauman ressalta que observadores como Roland Barthes, Michel Foucault, Jaques Derrida e Jean Baudrillard proclamam a "morte do autor". O anonimato dos milhões de textos que se produzem e autoreproduzem na cultura contemporânea, evidenciam que o autor já não tem o seu "anterior monopólio de elaboração do significado e da interpretação. A originalidade da criação tem se mostrado cada vez mais difícil de ser alcançada. Com efeito, a produção textual foi essencialmente modificada pelo advento dos meios computadorizados de escrita, que desde então não é feita em processos manuscritos ou datilografados, mas numa interação com a tela do computador, como todos os recursos de recomposição, reordenação, reutilização, alteração, compilação, e supressão das palavras que compõe o texto. Zygmunt Bauman chama a atenção para o fato de que a "escrita em computador extinguiu a outrora sagrada idéia da 'versão original' ".

Numa apreensão das implicações culturais propiciadas com o advento do que chamou de "segunda era dos meios de comunicação", iniciada com o estabelecimento da Internet, Mark Poster[118] afirma que as palavras e imagens "procriam com indecente rapidez, não arboreamente, (...) como numa fábrica centralizada, mas rizomicamente, em qualquer localização descentrada", de modo

---

[117] BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 200.
[118] POSTER, Mark. *apud* BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 201.

que os autores assumem funções cada vez mais anônimas nesse processo compreendido num espaço cibernético. Jean Baudrillard, também citado por Bauman,[119] enfatizou em "*The Illusion of the End"* que esse meio interage somente consigo mesmo, uma vez que os "signos expandem-se, eles concatenam-se e produzem a si mesmos, sempre um sobre o outro – de modo que não existe absolutamente nenhuma referência básica que possa sustentá-los".

Percebe-se, assim, como é relativa a autoridade do autor no decorrer histórico. A individualidade e o estilo do autor têm sua valorização determinada, portanto, não só pelo conteúdo da produção textual, dependendo também da classificação histórica e social que confere gênero ao texto. Afinal, como argumenta Pierre Bourdieu,[120] o estilo, enquanto um "desvio individual em relação à norma lingüística", permite estabelecer "distinções entre maneiras de dizer diferentes", à medida em que "cada locutor transforma a língua comum num dialeto".

A oposição entre as ciências sociais e a literatura

A concorrência entre a literatura e as ciências sociais pela primazia em oferecer a "orientação-chave" da sociedade vem sendo travada desde meados do século XIX, nos primórdios da sociologia. Com efeito, até o final do século XVIII não era possível estabelecer uma separação rigorosa entre o que seria considerado literário daquilo que seria considerado científico. A preocupação dominante estava, naquele momento histórico, voltada muito mais para a qualidade estilística da exposição, do que a pertinência de seu conteúdo.

De uma certa forma, era aceito com naturalidade que um representante da denominada "ciência natural" também se identificasse como um escritor, e vice-versa. Mostra clara disso é o fato de que Balzac, que se autodesignava docteur es sciences sociales, pretendia dar um outro título a sua obra *"Comédie humaine"*, que poderia ter sido entitulada de "*Études sociales"*. Afinal de contas, conforme aponta

[119] *Ibid*, p. 201.
[120] BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 25.

Lepenies,[121] "qual sociólogo poderia, na metade do século XIX, competir com as concepções analíticas desse romancista e de sua science sociale – sem falar de sua habilidade estilística?".

E é nesse ambiente de suspeição e concorrência com a literatura que a sociologia e a antropologia surgem enquanto disciplinas acadêmicas. Ciente da seriedade que essa rivalidade representava para as ciências sociais em sua busca de reconhecimento acadêmico, estas foram obrigadas a adotar, estrategicamente, uma postura de imitação das ciências naturais. Como afirma Lepenies, a partir disso, a purificação das ciências sociais para alcançar e garantir o reconhecimento acadêmico passou a estar associada a um processo de distanciamento das formas literárias, as quais "procedem de modo mais classificatório-narrativo que analítico-sistematizador".

Lepenies identificou essa situação precária da sociologia como uma espécie de "terceira cultura", uma vez que a mesma estaria situada entre as ciências naturais, de um lado, e as ciências humanas e a literatura, de outro. No entanto, a estratégia adotada pela sociologia em aproximar-se das ciências da natureza para ofuscar a concorrência com a literatura acabou apresentando à disciplina um dilema que até hoje não foi completamente superado: se de um lado a sociologia pode somente imitar as ciências naturais, não podendo ser a ciência natural da sociedade, por outro lado, se renunciar essa orientação científica afeta às ciências naturais, estará reestabelecendo uma perigosa proximidade com a literatura.

Denota-se, portanto, que o surgimento das ciências sociais enquanto disciplina acadêmica foi determinado por uma verdadeira hesitação entre um enfoque racional e objetivo próprio das ciências da natureza, e uma visão sentimental e subjetiva típicas da literatura.

No entanto, essa mencionada hesitação somente pode ser justificada na especificidade daquele momento histórico, caracterizado pela proliferação de novas formas de escritura identificadas a um movimento moderno tendente a uma ruptura com as formas clássicas de escrituração, denominado por Roland Barthes[122] de "escritura revolucionária". A associação do termo "revolução" à escrita moderna deve-se, portanto, à expansão da inclinação social e política na consciência literária

[121] LEPENIES, Wolf. As três culturas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 27.
[122] BARTHES, Roland. Novos ensaios críticos/O grau zero da escritura. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

nos séculos XVIII e XIX, que favoreceu o aparecimento de um novo tipo de escritura, caracterizada pelo fato de seu autor não mais se revelar publicamente como escritor, mas acima de tudo como militante.

Nesse momento de redefinições políticas, econômicas e sociais, a multiplicação de escrituras implicou numa aproximação da literatura com outras linguagens que até então não se faziam presentes no discurso literário. Em princípio, a incorporação desses novos jargões não comprometiam a estrutura da literatura, até mesmo em função do sentido pitoresco como os mesmos eram apresentados. Exemplo característico disso é trazido por Barthes[123] quando escreve que "Balzac, Süe, Monnier, Hugo comprazeram-se em restituir algumas formas bem aberrantes de pronúncia e do vocabulário: gíria de ladrões, patuá camponês, jargão alemão, linguagem de porteiros." Mas a tendência a uma aproximação do real impunha uma linguagem descritiva às escrituras, implicando que aspectos anteriormente atribuídos a questões de forma passassem a ser relacionados à própria conduta do escritor perante a classe ou condição social que descreve. E nessa perspectiva, Roland Barthes[124] entende que:

> Assim, a Literatura começa a conhecer a sociedade como uma natureza cujos fenômenos poderia talvez reproduzir. Nesses momentos em que o escritor acompanha as linguagens realmente faladas, não mais a título pitoresco, mas como objetos essenciais que esgotam todo o conteúdo da sociedade, a escritura toma como lugar de seu reflexos a fala real dos homens; a literatura não é mais orgulho ou refúgio, começa a tornar-se um ato lúcido de informação, como se devesse primeiro aprender, reproduzindo-o, o pormenor da disparidade social; ela se propõe dar conta imediatamente, antes de qualquer outra mensagem, da situação dos homens murados na língua de sua classe, de sua região, de sua profissão, de sua hereditariedade ou de sua história.

Inicia-se, portanto, nesse momento, a formação de uma consciência literária sobre a postura performativa do escritor. Pela primeira vez, como argumenta Roland Barthes,[125] "não é a escritura que é literária; expulsa-se a Literatura da Forma: ela já não é mais do que uma categoria. (...) a Literatura se reduz abertamente a uma problemática da linguagem". Como que num novo humanismo provocado pela suspeição que atingiu a literatura moderna, o escritor despe-se de sua "autoridade" assegurada pela forma, e se insere na sociedade numa verdadeira "reconciliação do

[123] *Ibid*, p. 162.
[124] *Ibid*, p. 163.
[125] *Ibid*, p. 164.

verbo do escritor com o verbo dos homens". A literatura assume, assim, para Barthes,[126] independentemente da escola literária, uma posição absolutamente realista. "Ela é a realidade, isto é, o próprio fulgor do real".

Esse revigoramento da literatura propiciado pela postura performativa que passou a ser adotada pelos escritores incitou a oposição histórica entre a literatura e as ciências sociais. De forma sintomática, Wolf Lepenies[127] aponta que "a ciência cada vez mais se afastara da realidade, enquanto a literatura cada vez mais adquirira conteúdo empírico".

Mas, por outro lado, a aproximação da literatura às questões sociais contingentes também impôs limitações à própria literatura. Tanto que Barthes aponta para a impossibilidade de uma obra-prima moderna[128] ante a contradição da condição do escritor, que se vê preso, de um lado, ao mito literário caracterizado pela forma, alheia aos processos históricos; e de outro lado, embora sensível aos constrangimentos impostos pela forma, e tendente a conferir uma perspectiva viva e nova à escritura, também se vê limitado pelo fato de dispor somente de uma linguagem. E nesse âmbito de análise, Barthes[129] screve sobre a condição do escritor moderno frente a essa problemática da escritura:

> A história coloca-lhe entre os dedos um instrumento decorativo e comprometedor, uma escritura que ele herdou de uma História anterior e diferente, pela qual não é responsável, mas que é a única que possa ser usada. Assim nasce um trágico da escritura, de vez que o escritor consciente deve, daí por diante, debater-se contra os signos ancestrais e todos-poderosos que, do fundo de um passado estranho, lhe impõe a Literatura como um ritual, não como uma reconciliação.

E nesse ponto já se torna possível perceber que, tanto para as ciências sociais como para a literatura, os aspectos formais e significantes passam a ser determinantes não só para definir e disciplinar o que é ou não considerado legítimo ou válido para cada um desses saberes, mas também para estabelecer os próprios limites que os separam.

---

[126] BARTHES, Roland. Aula – São Paulo: Editora Cultrix, 1989, p. 18.
[127] LEPENIES, Wolf. As três culturas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 90.
[128] É possível correlacionar esse entendimento de Barthes à consideração sobre os textos pós-modernos feita por Fredric Jameson, segundo o qual estes não passariam de "algo que é, em primeiro lugar, um texto –, uma categoria pós-moderna e um fenômeno que substitui o mais antigo, o de 'obra'.", *in*, JAMESON, Fredric. Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Editora Ática, 2002, p. 20.
[129] BARTHES, Roland. Novos ensaios críticos/O grau zero da escritura. São Paulo: Editora Cultrix, 1972, p. 166.

No caso da literatura, durante muito tempo não se concebia que ela pudesse ser objeto de análise como qualquer outra linguagem. Não havia por parte da literatura uma atividade reflexiva sobre si mesma. Na expressão de Barthes,[130] a literatura passou a mostrar uma face dupla: "ao mesmo tempo objeto e olhar sobre esse objeto, fala e fala dessa fala, literatura-objeto e metaliteratura". E a partir dessa consciência dicotômica, a metalinguagem passou a exercer simultaneamente uma função desconstrutiva sobre a linguagem-objeto da literatura sem se destruir como metalinguagem, assim como a própria metalinguagem passou a ser definida, em última instância, como uma atividade de construção de uma nova linguagem-objeto.[131]

Em outros termos, o poeta, o romancista e o escritor em geral se ocupam de objetos e fenômenos exteriores e anteriores à linguagem. A literatura não é nada mais do que a atividade de falar sobre o mundo. Já o objeto da crítica é diferente, uma vez que o objeto não é o mundo, mas o discurso sobre o mundo; ou ainda o próprio discurso passa a ser o "mundo". Conforme ensina Barthes,[132] "a crítica é discurso sobre um discurso; é uma linguagem "segunda" ou "metalinguagem" (como diriam os lógicos), que se exerce sobre uma linguagem primeira (ou linguagem-objeto)." Em conseqüência disso, o papel da crítica não é de maneira alguma descobrir verdades, mas somente validades. Ou, para citar Barthes[133] um pouco mais extensamente:

> Pode-se dizer que a tarefa da crítica (esta é a garantia de sua universalidade) é puramente formal; não consiste em "descobrir", na obra ou no autor observados, alguma coisa de "escondido", de "profundo", de "secreto", que teria passado despercebida até então (por que milagre? somos nós mais perspicazes do que nossos predecessores?), mas sòmente em *ajustar*, como um bom marceneiro que aproxima apalpando "inteligentemente" duas peças de um móvel complicado, a linguagem lhe fornece sua época (existencialismo, marxismo, psicanálise) à linguagem, isto é, ao sistema formal de constrangimentos lógicos elaborados pelo próprio autor segundo sua própria época. A "prova" de uma crítica não é de ordem "alética" (não depende da verdade), pois o discurso crítico – como aliás o discurso lógico – nunca é mais que tautológico: êle consiste finalmente em dizer com atraso,

[130] BARTHES, Roland. Crítica e verdade. São Paulo: Editora Perspectiva, 1970, p. 28. (Debates)
[131] Sobre a relação entre a semiologia e a ciência Roland Barthes escreve que: "é preciso sugerir-lhes que é por um abuso epistemológico que começa precisamente a desmoronar, que identificamos metalinguagem e ciência, como se uma fosse a condição obrigatória da outra, quando a primeira não é mais do que o signo histórico da segunda, portanto refutável; já é talvez tempo de distinguir a metalingüística, que é uma marca como qualquer outra, do científico, cujos critérios estão alhures (talvez, seja dito de passagem, o que é propriamente científico seja destruir a ciência que precede).", *in*, BARTHES, Roland. Aula – São Paulo: Editora Cultrix, 1989, p. 38.
[132] BARTHES, Roland. Crítica e verdade. São Paulo: Editora Perspectiva, 1970, p. 160. (Debates)
[133] *Ibid*, p. 161-162.

> mas colocando-se inteiramente nesse atraso, que por isso mesmo não é insignificante.

A preocupação crítica de Barthes em relação à linguagem é justificada pela sujeição do sujeito à linguagem, e todas as coações estruturais e históricas que esta lhe impõe, implicando uma fatal relação de poder e alienação. Esta relação de poder se expressa no fato do sujeito não poder falar sem que necessariamente tenha que recorrer aos signos que se "arrastam" na língua.

E, para Barthes,[134] a literatura seria exatamente uma forma de expressão libertária, que permite romper com os constrangimentos impostos pela língua. "Essa trapaça salutar, essa esquiva, esse logro magnífico que permite ouvir a língua fora do poder, no esplendor de uma revolução permanente da linguagem, eu a chamo, quanto a mim: *literatura*". O que se entende por literatura, portanto, não é "um corpo ou uma seqüência de obras, nem mesmo um setor de comércio ou de ensino, mas o grafo complexo das pegadas de uma prática: a prática de escrever".

Diante de tais considerações, é possível correlacionar neste ponto que os constrangimentos impostos ao sujeito por fatores estruturais, históricos e significantes da linguagem, se assemelham aos constrangimentos impostos ao cientista social também por fatores estruturais, históricos e significantes do paradigma. Ora, as ciências sociais se encontram assentadas em bases epistemológicas e metodológicas assim como a linguagem se constitui sobre aspectos semânticos e semióticos, uma vez que, no extremo, literatura e ciência se revelam sob a forma de discursos forjados em textos produzidos a partir de contextos históricos específicos. De modo que, conforme sustenta Pierre Bourdieu,[135] ao se propor uma análise sobre a linguagem institucional não se pode esquecer que "a autoridade de que se reveste a linguagem vem de fora, como bem o demonstra concretamente o cetro (*skeptron*) que se oferece ao orador que vai tomar a palavra na obra de Homero". Com o que se denota que a força ilocucionária de determinado discurso, seja ele científico, literário ou vulgar (este último, como já dito no texto, identificado ao senso comum), é garantida pela posição social ocupada pelo falante perante determinado contexto social que lhe confere a condição de "porta-voz autorizado".

---

[134] BARTHES, Roland. Aula – São Paulo: Editora Cultrix, 1989, p. 16.

[135] BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 87.

Não se pode, portanto, procurar evidenciar as diferenças entre as eficácias simbólicas dos discursos científicos, literários e vulgares somente através do exame das propriedades lingüísticas que compõem cada uma dessas linguagens, mas sim, como entende Bourdieu,[136] em "estabelecer a relação entre as propriedades do discurso, as propriedades daquele que o pronuncia e as propriedades da instituição que o autoriza a pronunciá-lo". Daí o cabimento da epígrafe deste capítulo para ilustrar a reflexividade metacrítica que aqui se propõe: a relatividade da oposição das ciências sociais às letras, que um dia, segundo Barthes, pode ser considerada como um "mito histórico".

A semelhança entre direito e literatura

Parece ser evidente que a prática jurídica é um exercício de interpretação. Afinal, tanto o trabalho de aplicação da lei como a análise doutrinária são voltadas à questão do sentido que se deve conferir às proposições jurídicas. Sejam eles abstratos e gerais ou concretos, invariavelmente se estará diante do problema do sentido dos enunciados do direito. Quando os juristas se deparam com alguma proposição legal que em princípio se mostre como essencialmente descritiva (como as coisas *são* no direito) – como é o caso, por exemplo, do artigo 18, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que diz que Brasília é a Capital Federal – não haverá necessidade de qualquer trabalho de interpretação (*in claris cessat interpretatio*). Mas, em casos mais difíceis, onde as disposições jurídicas assumem uma natureza valorativa (como as coisas *deveriam ser* no direito) – como uma proposição que assegure uma discriminação afirmativa através de cotas raciais – costuma-se dizer que esta lei deve ser interpretada por meio de métodos e princípios de interpretação.

O método clássico de interpretação jurídica, defendido pela Escola da Exegese, parte do pressuposto que a interpretação de uma lei consiste em descobrir a vontade ou intenção do legislador. Trata-se, portanto, de uma tentativa de descobrir o que o autor de um texto quis dizer quando usou aquelas palavras. No entanto, os juristas também reconhecem que há casos em que o autor simplesmente não tinha intenção, ou ao menos que não é possível conhecê-la. Assim, de um modo geral, a interpretação como técnica de análise jurídica passa a ser desenvolvida

[136] *Ibid*, p. 89.

principalmente tomando como referência as decisões ou interpretações anteriores sobre um mesmo enunciado, que consiste na interpretação jurisprudencial.

Contudo, parece importante considerar a abrangência que os juristas costumam atribuir ao que é interpretação. Isto porque, geralmente, a interpretação empregada pelos juristas costuma ignorar ou desprezar outras formas de interpretação, como é o caso da interpretação literária. Afinal, assim como os juristas, os estudantes de literatura também realizam trabalhos intelectuais sob a denominação de "interpretação" e "hermenêutica", e que consistem exatamente em "descobrir o significado de um texto". E, desse modo, considerando que há na literatura muitas outras teorias da interpretação desconhecidas ou desconsideradas pelo direito, inclusive a que contesta a distinção entre descrição e valoração tão relevante para os juristas.

Essa aparente proficuidade que uma aproximação com a literatura poderia conferir à interpretação jurídica foi notada e defendida especialmente por Ronald Dworkin,[137] que tomou como ponto de partida para sua análise a sugestão de uma "hipótese estética", onde "a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte". Apesar das críticas que diferentes teorias ou escolas de interpretação fazem em relação à hipótese estética, uma vez que toma como pressuposto teorias normativas essencialmente diferentes sobre as distintas concepções sobre o sentido e utilidade da literatura, e principalmente quanto aos critérios do que faz uma obra melhor do que a outra, Dworkin[138] sustenta, no entanto, que a hipótese estética "não presume que todos os que interpretam a literatura tenham uma teoria estética plenamente desenvolvida e consciente". Até mesmo porque, em sua opinião, "os melhores críticos negam que a literatura tenha uma única função ou propósito".

Nessa perspectiva, e considerando que as opiniões das pessoas sobre o que representa uma boa arte são essencialmente subjetivas, o fato é que a hipótese estética parte exatamente de uma renúncia a qualquer pretensão de objetividade. E não obstante o seu alto grau de abstração, até mesmo pelo fato de que pretende oferecer uma composição sobre aquilo que é objeto de divergência entre muitas teorias, a hipótese estética pode não ser tão fraca quanto aparenta de início. A

[137] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 225.
[138] *Ibid*, p. 225.

conseqüência da hipótese, segundo Dworkin,[139] é que as diversas teorias acadêmicas de interpretação "deixam de ser vistas como análises da própria idéia de interpretação – como muitas vezes alegam ser – e passam a ser candidatas à melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação". Até mesmo porque, com a renúncia a qualquer pretensão de objetividade, reconhecesse que nenhuma afirmação estética, por ser eminentemente subjetiva, pode ser "demonstrada" como verdadeira ou falsa. E, desse modo, nenhuma teoria estética pode ser melhor do que as outras.

Com efeito, parece equivocada toda pretensão teórica voltada a conferir objetividade à interpretação e tornar válidas as interpretações particulares. Para Dworkin,[140] esse equívoco apresenta-se principalmente em relação a dois aspectos relacionados:

> A interpretação é um empreendimento, uma instituição pública, e é errado supor, a priori, que as proposições centrais a qualquer empreendimento público devam ser passíveis de validação. Também é errado estabelecer muitos pressupostos a respeito de como deve ser a validade em tais empreendimentos – se a validade requer a possibilidade da demonstrabilidade, por exemplo. Parece melhor proceder de modo mais empírico nesse caso. Devíamos primeiramente estudar uma série de atividades em que as pessoas supõem ter boas razões para o que dizem, razões que elas consideram geralmente válidas e não apenas a partir de um ou outro ponto de vista individual. Podemos, então, julgar os padrões que as pessoas aceitam, na prática, para pensar que têm razões desse tipo.

De qualquer maneira, Dworkin procura demonstrar que qualquer um que procure defender uma determinada forma de interpretação precisará recorrer, necessariamente, e quer saiba ou não, a aspectos mais gerais de uma teoria da arte. E nesse ponto, é fundamental considerar que há uma clara distinção entre o papel do artista na criação de uma obra de arte com o papel do crítico que irá interpretá-la posteriormente. Conforme observa Dworkin:[141]

> O artista não pode criar nada sem interpretar enquanto cria; como pretende criar arte, deve pelo menos possuir uma teoria tácita de por que aquilo que produz é arte e por que é uma obra de arte melhor graças a este, e não àquele golpe do pincel, da pena ou do cinzel. O crítico, por sua vez, cria enquanto interpreta; pois embora seja limitado pelo fao da obra, definido nas partes mais formais e acadêmicas de sua teoria da arte, seu senso artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostra como arte melhor.

---

[139] *Ibid*, p. 227.
[140] *Ibid*, p. 228.
[141] *Ibid*, p. 228.

> Contudo, há uma diferença entre interpretar quando se cria e criar quando se interpreta e, portanto, uma diferença reconhecível entre o artista e o crítico.

No entanto, como pretende usar a interpretação literária como um modelo central para a análise jurídica, Dworkin procura demonstrar que que essa distinção entre os papéis do artista e do crítico pode ser derrubada em determinadas circunstâncias. Para isso, utiliza como exemplo uma hipótese onde um grupo de romancistas seja contratado para a elaboração de uma determinada obra em conjunto. E, para determinar a ordem de elaboração dos capítulos é tirada a sorte através do jogo de dados, onde o artista que obtiver o número mais baixo deverá escrever o capítulo de abertura de um romance. Concluído o primeiro capítulo, a obra deverá ser continuada pelos artistas subseqüentes, cada um acrescentando um capítulo novo, sempre considerando o que foi escrito no capítulo anterior, e assim por diante. Assim, em um projeto como esse, Dworkin[142] conclui que cada romancista, a não ser o primeiro, "terá uma dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então".

Essa dupla função que cada romancista, com a exceção do primeiro, exercerá para a elaboração da obra traz uma forma de interpretação que não está subordinada à intenção. Até mesmo porque, todos os romancistas, após o segundo, não poderão notar na interpretação dos capítulos anteriores, considerando a pluralidade da autoria, uma única intenção definida. Mas ainda assim terão a obrigação de criar um romance único e integrado.

Para Dworkin, a atividade do juiz ao decidir casos controversos seria mais ou semelhante a esse estranho exercício literário, principalmente no âmbito do sistema da *"common law"*, quando nenhuma lei ocupa posição central na resolução da controvérsia e o debate cinge-se em torno e quais regras ou princípios de direito estão subjacentes nas decisões que os juízes utilizaram nos julgamentos precedentes em casos semelhantes. Isto porque, segundo Dworkin,[143] ao se deparar diante de um caso controverso:

> Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram

[142] *Ibid*, p. 236.
[143] *Ibid*, p. 238.

> coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, dedicidos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias jurídicas e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

Essa tese de Dworkin parece demonstrar que, assim como na interpretação literária, o juiz também precisará julgar o caso recorrendo a uma "leitura" sobre o que considera como a "melhor" teoria ou princípio dentro da corrente das decisões anteriores a que deverá dar continuidade. Assim como na interpretação literária, cujo objetivo é demonstrar como a obra em referência pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, também uma interpretação da prática jurídica deve ajustar-se a essa prática, ou seja, à corrente de decisões anteriores, e ainda mostrar sua finalidade e valor. Porém, é óbvio que não se trata de demonstrar uma finalidade ou valor artístico, já que o direito não é um empreendimento artístico e sim político. Desse modo, uma interpretação jurídica além de ajustar-se aos precedentes anteriores, também deve apresentar um valor político, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve.

Ainda nesse âmbito de análise, nota-se que o papel do juiz, assim como os romancistas que sucederam o primeiro, não poderá simplemente criar o que pensa ser a decisão mais correta, pois terá que levar em consideração as decisões anteriores sobre casos semelhantes àquele que se lhe apresenta. Ou, como sintetiza o próprio Dworkin,[144] "o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor". Até mesmo porque, efetivamente, "as dimensões de ajuste fornecerão alguns limites". A liberdade do juiz reside somente na possibilidade de escolher qual dos vários "sentidos" preexistentes se apresenta como o que "melhor" se ajusta, segundo sua interpretação, para a solução de um determinado caso. Em outros termos, a sua interpretação deve ajustar-se

[144] *Ibid*, p. 240.

necessariamente ao direito anterior, e a escolha pelo juiz de um ou outro "sentido" será, essencialmente, uma questão de teoria política.

Dworkin[145] resume esses pontos relevantes sobre a relação entre a interpretação jurídica com a teoria política da seguinte maneira:

> Os juízes desenvolvem uma abordagem particular da interpretação jurídica formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a essas questões, de que dependerá a interpretação em casos específicos, e chamam isso de sua filosofia jurídica. Ela incluirá características estruturais, que elaborem a exigência geral de que uma interpretação se ajuste à história doutrinal, e afirmações substantivas sobre os objetivos sociais e os princípios de justiça. A opinião de um juiz sobre a melhor interpretação será, portanto, a conseqüência de convicções que outros juízes não precisam compartilhar. Se um juiz acredita que o propósito dominante de um sistema jurídico, o principal objetivo a que deve servir, é econômico, então verá nas decisões passadas sobre acidentes alguma estratégia para reduzir os custos econômicos dos acidentes de modo geral. Outros juízes, que acham repugnante qualquer imagem desse tipo da função do Direito, não descobrirão nenhuma estratégia assim na história, mas apenas, talvez, uma tentativa de reforçar a moral convencional referente à falta e à responsabilidade. Se insistimos em um grau elevado de neutralidade na nossa descrição da interpretação jurídica, portanto, não podemos tornar nossa descrição da natureza da interpretação jurídica muito mais concreta do que a fiz.

Com efeito, fica evidente nessa passagem a tese principal de Dworkin, no sentido de que a interpretação do direito é essencialmente política, e, desse modo, eminentemente subjetiva. E nessa perspectiva, quando um juiz adota uma teoria política para decidir um determinado caso não significa que esteja legislando, criando, ou inventando um direito, mas somente interpretando. Como escreve Dworkin,[146] "valer-se de uma teoria política não é uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação". E, de um modo geral, "política, arte e Direito estão unidos, de algum modo, na filosofia".

Percebe-se, de um modo geral, que Dworkin procura trazer para o campo do direito uma maior reflexão sobe o sentido dos julgamentos interpretativos, para melhorar a equivocada teoria segundo a qual os significados estão "simplesmente ali" no universo, que os gêneros literários "prenunciam a si mesmos", e ainda que os textos exercem uma "restrição que se faz valer" sobre qualquer interpretação. Conforme suas próprias palavras, Dworkin[147] sustenta que para que se torne possível entender melhor as afirmações e os argumentos interpretativos sobre

---

[145] *Ibid*, p. 241-242.
[146] *Ibid*, p. 247-249.
[147] *Ibid*, p. 252.

literatura, é necessário recusar o costume de tratá-los como meras tentativas voltadas somente a "relatar significados ontologicamente independentes, espalhados entre os objetos do universo". De modo contrário, é necessário compreendê-los à semelhança da interpretação feita sobre as obras literárias, ou seja, como representações totalmente dependentes de uma teoria estética ou política.

Assim, e para uma melhor compreensão da importância que uma aproximação com a literatura poderia trazer ao direito, é imprescindível considerar que a prática jurídica é um exercício de interpretação não somente quando procuram compreender o signidicado de proposições e enunciados trazidos em textos legai, jurisprudenciais e doutrinários, mas de um modo geral. Segundo Dworkin,[148] o direito é, assim, "profunda e inteiramente político", mas não relacionado a uma política pessoal ou partidária. E, em vista disso, uma melhor compreensão do direito através da comparação da interpretação jurídica com a interpretação literária e também artística, regidas por regras básicas menos rigorosas, pode melhorar a compreensão do direito enquanto fato social e político. Até mesmo porque, a resposta correta, ou a falsidade ou veracidade de alguma questão ou proposição específica do direito depende da teoria jurídica que está em jogo, pois a "questão do que 'independência' e 'realidade' constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática".[149]

POR UMA CIÊNCIA DAS OBRAS NO CAMPO JURÍDICO

Em suas obras *"Les règles de l'art"*, publicada originalmente em 1992, e *"Raisons pratiques – sur la théorie de l'action"*, de 1994, Pierre Bourdieu[150] propõe e apresenta os fundamentos de uma "ciência das obras". Segundo esse autor, os vários campos de produção cultural, como, por exemplo, os campos literário, artístico, político, jurídico, etc., propõem aos sujeitos que estão envolvidos, um "espaço de possíveis" que condiciona e orienta suas buscas e seus respectivos universos de problemas, referências, e "todo um sistema de coordenadas que é preciso ter em mente – o que não quer dizer na consciência – para entrar no jogo".

[148] *Ibid*, 217.
[149] *Ibid*, p. 263.
[150] BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: Sobre a teoria da ação. Campinas, SP: Papirus, 1996, p. 53.

São esses espaços de possíveis que fazem com que os sujeitos participantes desses campos culturais sejam, ao mesmo tempo, situados e datados, mas também relativamente autônomos em relação aos determinantes sociais e econômicos de sua própria época. Nesse sentido, é necessário levar em consideração toda uma evolução histórica sobre a teoria, legislação, doutrina, e jurisprudência, no âmbito do qual se insere uma problemática específica, para que um juiz de direito digno do seu elevado ofício possa assumir uma posição coerente.

Para Bourdieu,[151] esse "espaço de possíveis" que se sobrepõe ao sujeitos condicionando e orientando suas escolhas, faz com que, "mesmo que não se refiram uns aos outros, os criadores conteporâneos estejam objetivamente situados uns em relação aos outros". Mas não obstante esse autor se referir nessa proposta de fundar uma "ciência das obras" mais especificamente à literatura, parece em principio que devido à gênese discursiva que estabelece relações mútuas entre esse campo cultural e o direito, parece que esses fundamentos também podem ser aplicados às obras produzidas no campo jurídico. Até mesmo porque, também no universo das práticas jurídicas há um "espaço de possíveis" que faz com que um determinado sujeito, dentre as diferentes teorias, métodos, doutrinas, e jurisprudências possíveis, escolha uma e não outras.

Referindo-se à obra como texto, uma primeira divisão que se coloca é a que opõe as explicações externas e as interpretações internas. Esta última é aquela feita pelos próprios sujeitos em relação ao seu campo cultural específico, que no caso do campo literário é feita, em sua forma mais comum, pelos professores de literatura (*lectores*). E na medida que a instituição universitária incorpora uma lógica de interpretação corrente, ela acaba permanecendo em um estado de *doxa*. E, nesse aspecto, é interessante notar que quando Bourdieu[152] se reporta à pretensão de pureza na interpretação literária proposta pelo *"New Criticism"*, onde as obras culturais deviam ser concebidas "como significações atemporais e formas puras que pedem uma leitura puramente interna e a-histórica", há um significativo contraponto no purismo normativo que também se estabeleceu no campo do direito.

---

[151] *Ibid*, p. 54.
[152] *Ibid*, p. 55.

Mas nesse projeto de formulação teórica de uma ciência das obras, e em atenção à tradição formalista que despreza fundamentos, Pierre Bourdieu[153] vê duas possibilidades:

> Podemos invocar a teoria neo-kantiana das formas simbólicas ou, de maneira mais geral, todas as tradições que pretendem descobrir estruturas antropológicas universais (como a mitologia comparada) ou recuperar as formas universais da razão poética ou literária, as estruturas a-históricas que estão na base da construção poética do mundo (por exemplo, a "essência do poético, do simbólico, da metáfora etc.).
> Segundo fundamento possível, a teoria estruturalista é bem mais pujante, intelectual e socialmente. Socialmente, ela assumiu o controle da doxa internalista e conferiu uma aura de cientificidade à leitura interna como desmonte formal de textos atemporais. A hermenêutica estruturalista trata as obras culturais (língua, mitos e, por extensão, obras de arte) como estruturas estruturadas sem sujeito estruturante que, como na língua saussuriana, são realizações históricas particulares e, portanto, devem ser decifradas como tais, mas sem qualquer referência às condições econômicas ou sociais de produção da obra ou dos produtores da obra (como o sistema escolar).

E nesse âmbito de análise, a obra de Michel Foucault foi fundamental para a formulação de um projeto estruturalista de análise de obras culturais. O estruturalismo simbólico de Foucault, como afirma Bourdieu,[154] teve o mérito de reter "o que é, sem dúvida, essencial em Saussure, isto é, o primado das relações". Até mesmo porque, se na perspectiva saussuriana a língua é forma e não substância, a obra também não existe por si mesma, ou seja, "fora das relações de interdependência que a que a vinculam a outras obras". Desse modo, Foucault se "recusa a buscar fora da ordem dos discursos o princípio da elucidação de cada um dos discursos que aí se encontram inseridos". E esse sistema discursivo no interior do qual cada obra singular se define é denominado por Foucault de "campo de possibilidades estratégicas".

Percebe-se, portanto, que em todo campo cultural há um sistema de referências, conceitos, orientações, e coordenadas necessárias para que o sujeito possa participar do jogo, e que é chamado por Pierre Bourdieu de "espaço de possíveis" e por Michel Foucault de "campo de possibilidades estratégicas", apesar de haver uma pequena diferença na essência desses dois conceitos. E a proposta de análise do discurso de Foucault tem como fundamento justamente considerar as diferentes "linguagens" ou "fatos de discurso" não apenas em seu aspecto lingüístico, na linha desenvolvida por Saussure, mas como estratégias adotadas

[153] *Ibid*, p. 55-56.
[154] *Ibid*, p. 56.

pelos sujeitos em seus campos culturais específicos. Ou, conforme propõe o próprio Foucault:[155]

> Teria então chegado o momento de considerar esses fatos de discurso, não mais simplesmente sob seu aspecto lingüístico, mas, de certa forma – e aqui me inspiro nas pesquisas realizadas pelos anglo-americanos – como jogos (games), jogos estratégicos, de ação e de reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquiva, como também de luta. O discuro é esse conjunto regular de fatos lingüísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro.

Nessa perspectiva analítica, as obras culturais são vistas em relação direta às características sociais dos autores, considerando suas origens diferentes origens culturais, e também dos próprios grupos que eram os destinatários de suas obras, considerando as diferentes expectativas que possuem em relação a elas. Assim, na análise das obras culturais é necessário considerar que cada um desses campos ou "microcosmos sociais" que as produzem possuem suas próprias estruturas e leis específicas, e que constituem um *"habitus"* próprio dos sujeitos que os compõem (juristas, cientistas, políticos, intelectuais, escritores, presos, etc.). De um modo geral, para proceder a uma análise do discurso é necessário uma redução ao contexto discursivo maior onde o "fato discursivo" encontra-se inserido e é por ele relativamente determinado.

Assim, é preciso considerar que os sujeitos produtores das obras culturais, como é o caso dos discursos jurídicos, estão situados e datados em um espaço onde as relações entre eles assumem posições objetivas, como, por exemplo, o jurista consagrado e o jurista polêmico, o juiz "caneta pesada" e o juiz liberal, o criminalista renomado e o criminalista "porta de cadeia" etc. Desse modo, para compreender a obra cultural de forma adequada, é necessário situar o sujeito em suas relações objetivas com todo o grupo. Conforme sintetiza Bourdieu:[156]

> É no horizonte particular dessas relações de força específicas, e de lutas que têm por objetivo conservá-las ou transformá-las, que se engendram as estratégias dos produtores, a forma de arte que defendem, as alianças que estabelecem, as escolas que fundam, e isso por meio dos interesses específicos que são aí determinados.

[155] FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 9.
[156] BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: Sobre a teoria da ação. Campinas, SP: Papirus, 1996, p. 60.

E é justamente a partir dessa perspectiva relacional no "campo das possibilidades estratégicas" ou "espaço de possíveis" que se pode compreender as tomadas de posição dos sujeitos entre uma teoria, método, jurisprudência, escola, e todas as outras que também se apresentavam como possíveis de serem escolhidas. De modo que são as diferenças entre cada um desses possíveis que acabam identificando o próprio sujeito à medida que este assume sua posição no campo. Em outras palavras, Bourdieu[157] parece propor que é o fato do sujeito assumir uma posição em um campo determinado, onde há uma "luta" entre todo um sistema de possibilidades que "são oferecidas pela história e que determinam o que é possível e impossível de fazer ou de pensar em um dado momento do tempo", que também irá orientar suas futuras escolhas. Se sua posição no campo se situar no "pólo dominante", a tendência é que siga as possibilidades mais seguras, estabelecidas, menos polêmicas, e, se o sujeito se encontrar no "pólo dominado", suas escolhas seguiram outras possibilidades mais originais entre aquelas que já se encontram disponíveis no próprio campo, ou mesmo seguir em direção a novas possibilidades ainda não consideradas ou previstas. E são através dessas "lutas" entre as diferentes posições que os sujeitos assumem em um determinado campo cultural que poderá ter "o efeito de conservar, ou de transformar, a estrutura do campo das formas que são instrumentos e alvos nessas lutas".

Trazendo essa proposta para o campo jurídico, as estratégias discursivas dos sujeitos e instituições envolvidas nas "lutas" dependerão da posição que ocupam nessa relação estrutural de distribuição do capital simbólico, e que, considerando às "disposições constitutivas de seus habitus (relativamente autônomos em relação à posição), inclina-os seja a conservar seja a transformar a estrutura dessa distribuição, logo, a perpetuar as regras do jogo ou a subvertê-las".[158]

Delineada a estrutura do campo, a lógica de seu funcionamento, e as "lutas" que levam às suas transformações, parece que a análise das obras culturais e, em específico do discurso jurídico, deve ser feita através de um exercício de compreensão que considere o contexto histórico, relacional, e estrutural no qual a mesma se acha inserida e, assim, determinada. Com efeito, a análise do discurso jurídico deve compreender as características sociais dos autores, levando em conta suas diferentes origens culturais, como também as características dos próprios

[157] *Ibid*, p. 63.
[158] *Ibid*, p. 64.

grupos que eram os destinatários de suas obras, e as expectativas que possuem em relação a elas. Os discursos jurídicos, enquanto obras culturais, devem ser analisados como resultado de estratégias, escolhas, e hábitus tomados por sujeitos que ocupam uma determinada posição não só perante o próprio campo, mas também em seu microcosmo, que por sua vez possui suas próprias estruturas e leis internas, e é permeado por uma complexa relação de interesses e expectativas externas.

Essa visão histórica, estrutural, e discursiva proposta por Michel Foucault e Pierre Bourdieu realmente parece possibilitar, conforme sugere este último autor, uma interpretação muito mais pujante, intelecutal e socialmente também quando é aplicada às obras do campo jurídico. Até mesmo porque, é necessário romper com o dogma fetichista que direciona o olhar interpretativo apenas na "essência" das obras jurídicas, na ânsia de assegurar a objetividade da leitura através de um purismo normativo, onde os enunciados discursivos são vistos como significações a-históricas e formas puras, como resultado de um artificioso e insustentável movimento autopoiético. Ou, como advoga Bourdieu,[159] essa visão realista que torna a "produção do universal um empreendimento coletivo, submetido a certas regras, parece-me, afinal, mais tranqüilizadora e, se posso dizê-lo, mais humana, do que a crença nas virtudes miraculosas do gênio criador e da paixão pura pela forma pura".

[159] *Ibid*, p. 73.

Segunda parte
FUNDAMENTOS DE UM DISCURSO JURÍDICO-ANTROPOLÓGICO

A questão não concerne à validade objetiva de julgamentos metafísicos, mas à nossa predisposição natural a eles e, sendo assim, não pertence à metafísica, mas à antropologia.

Immanuel Kant

O principal objeto de qualquer pensamento filosófico é o homem, sua consciência e seu comportamento. Em última análise, toda filosofia é uma antropologia

Lucien Goldmann

CAPÍTULO 2

UMA BREVE GENEALOGIA DOS FUNDAMENTOS DO DISCURSO JURÍDICO

A FUNDAÇÃO CLÁSSICA DO DIREITO E AS ORIGENS DE UMA ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA SOBRE A JUSTIÇA

É importante consignar desde logo que este tópico, obviamente, não tem por objetivo tentar designar, ainda que sumariamente, uma fundação grega da filosofia do direito a partir de um levantamento das múltiplas faces que esse pensamento revelou ao longo dos séculos de existência dessa civilização. Muito menos de tentar reduzir ao máximo as prolíferas contribuições da filosofia do direito desenvolvida na Grécia Antiga em um resumo simplificado. Trata-se apenas de uma breve e descomprometida leitura dessa filosofia clássica direcionada buscando identificar alguns aspectos sobre a idéia de justiça que, significativamente, tragam em seu âmago as complexas relações entre àquilo que hoje, para nós, está relacionado ao conhecimento jurídico sob um viés antropológico.

E como roteiro para esse empreendimento, considerando as dificuldades em procurar identificar ao longo de toda a filosofia grega aspectos antropológicos sobre o significado e a representação da justiça possivelmente esparsos em suas mais diversas teorias, mostrou-se conveniente direcionar esse enfoque de forma mais específica e detida, principalmente sobre o pensamento jusnaturalista compreendido no que é classificado por Nicola Abbagnano como o "período antropológico" da filosofia grega.

Além desse período antropológico, a classificação formulada por Abbagnano[160] compreende ainda outros quatro períodos (cosmológico, ontológico, ético, e religioso), organizados e distinguidos da seguinte maneira:

---

[160] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia (col.). Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. I, p. 26.

> I – O período *cosmológico*, que compreende as escolas pré-socráticas, com excepção dos sofistas, é dominado pelo problema de perseguir a unidade que garante a ordem do mundo e a possibilidade do conhecimento humano.
> II – O período *antropológico*, que compreende os sofistas e Sócrates, é dominado pelo problema de perseguir a unidade do homem em si mesmo e com os outros homens, como fundamento e possibilidade da formação do indivíduo e da harmonia da vida em sociedade.
> III – O período *ontológico*, que compreende Platão e Aristóteles, é dominado pelo problema de perseguir, na relação entre o homem e o ser, a consideração e a possibilidade do valor do homem como tal e da validade do ser como tal. Este período, que é o da plena maturidade do pensamento grego, torna a propor na sua síntese os problemas dos dois períodos precedentes.
> IV – O período *ético*, que compreende o estoicismo, o epicurismo, o cepticismo e o ecletismo, é dominado pelo problema da conduta do homem e é caracterizado pela diminuta consciência do valor teórico da pesquisa.
> V – O período *religioso*, que compreende as escolas neoplatónicas e suas afins, é dominado pelo problema de encontrar para o homem a via da reunião com Deus, considerada como a única via de salvação.

É evidente, conforme ressalvado pelo próprio Nicola Abbagnano, que esses períodos não representam rígidas divisões cronológicas, servindo apenas como um quadro geral e resumido do desenvolvimento da filosofia na Grécia Antiga.

De todo modo, em princípio chega a parecer lugar comum afirmar que o pensamento ocidental sobre o direito remonta às origens da filosofia grega, mais precisamente a partir do debate helênico sobre a fundação da *pólis* e a aurora da democracia ateniense a partir do século VIII a.C..[161] Mas certamente isso não implica supor que todo o pensamento sobre o direito tenha se originado na Grécia Antiga, uma vez que é bastante claro que àquele tempo o Oriente já produzia suas normas de conduta através de seus "legisladores" (*fajia*) e também desenvolvia uma reflexão sobre elas.[162] Trata-se, portanto, de uma fundação da ordem jurídica a partir de um modelo ocidental, particular, e que além de suas bases gregas, também contou com fortes influências judaica, cristã e romana.

Mas buscar a origem de uma forma singular de pensar o direito inventada pelos gregos em oposição às outras formas possíveis desenvolvidas no "resto do

---

[161] Conforme indica Simone Goyard-Fabre, "a lei só apareceu, na verdade, com a formação das Cidades (isto é, com o nascimento da política): por volta do Século VIII a. C. – provável época de Homero – , com o regime monarco-feudal das velhas sociedades tendendo a desaparecer, formaram-se regras comuns que determinavam as funções de cada um na vida da Polis: 'A lei surgiu quando, de uma forma ou de outra, os cidadãos tiveram acesso à vida política'. Simultaneamente, a invenção da escrita foi um trunfo para a elaboração e estabilização dessas normas comuns. A escrita, como regra de contornos mais nítidos que lhe fixavam o conteúdo, suplantou regras tradicionais e consuetudinárias, imprecisas e lábeis. Isso é atestado pela obra dos grandes legisladores, como Licurgo em Esparta ou Carondas em Catânia e, mais tarde, Drácon e Sólon em Atenas. Não se pode ignorar, portanto, o vínculo originário entre direito político e história.", *in*, GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8.

[162] BILIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 3.

mundo" (chineses, hindus, muçulmanos etc) lança alguns questionamentos que não podem ser menosprezados. Afinal, ao se afirmar que o pensamento ocidental sobre o direito tem sua origem na Grécia Antiga, primeiramente deve-se pensar a respeito de qual "Grécia" se está falando. Essa fundação que hoje nos é apresentada traz em si uma forte carga interpretativa que, querendo ou não, já precondiciona o nosso "olhar" do pensamento grego. Até mesmo porque, conforme observa Jean-Cassien Billier,[163] "há a Grécia de Heidegger, a de Hannah Arendt, a de Leo Strauss, a de Michel Foucault etc, depois a dos historiadores, e, entre estes, a dos historiadores do direito". E, muitas vezes, essas inúmeras "Grécias" não são exatamente as mesmas. De uma forma geral, e num primeiro momento, a referência aos gregos remete às origens da polis, da democracia, da filosofia, sempre associada aos grandes nomes de pensadores como Sócrates, Platão e Aristóteles. Mas paradoxalmente, as origens da polis e da democracia, entre os séculos VIII e V a.C., é anterior e não contou com qualquer contribuição do pensamento filosófico de Platão ou Aristóteles produzido no século IV a.C.. Portanto, como afirma Cornelius Castoriadis,[164] qualquer reflexão que se faça sobre a política grega não pode ter como ponto de origem "os filósofos do século IV a.C. e, em todo o caso, certamente não pode ser Platão, imbuído de um ódio inextirpável pela democracia e pelo *demos*". Nessa perspectiva, pensar o direito a partir do pensamento grego também implica buscar um sentido que alguns filósofos anteriores a Sócrates, Platão e Aristóteles atribuíam às relações entre o indivíduo e a *pólis*, *physis* e *nomos*, natureza e convenção, e ética e legalidade.

A emergência de um pensamento jurídico-antropológico

Pode-se afirmar que na fonte de todo esse pensamento clássico encontram-se as poesias de Homero (cerca de 850 a.C.) e de Hesíodo (na metade do século VIII a.C.), passando num segundo momento pelos Trágicos e pelo pensamento pré-socrático. Efetivamente, a origem da reflexão grega sobre a justiça não tem fundamentos lógicos ou discursivos, mas mitológicos e literários. A justiça seria,

---

[163] *Ibid*, p. 5.
[164] CASTORIADIS, Cornelius. *apud* BILIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 5.

assim, fruto transcedental da vontade de Zeus, situada acima das decisões humanas. É "a *Themis* em que cada magistrado invoca o símbolo pela mão estendida ou o cetro".[165]

Por outro lado, e apesar da palavra *dikè*[166] encontrada nos poemas de Homero ser traduzida pela palavra "justiça", é necessário fazer uma distinção entre o que esta palavra representa em relação à noção transcedental de *thémis*:

> A *dikè*, em Homero, é uma noção jurídica: ela remete ou bem ao julgamento feito por um juiz, ou à reclamação de uma das partes no momento de um litígio. O critério do justo, longe de ser convencional, remete à ordem ontológica: reconhece-se que uma *dikè* é justa quando ela está em acordo com as exigências da *thémis*. A justiça homérica (*dikè*) pressupõe então um universo regido por uma ordem fundamental que estrutura ao mesmo tempo a natureza e a sociedade. É justo (*dikaios*) aquele que conduz suas ações e gerencia seus negócios de acordo com esta ordem. É sobre esta ordem que Zeus reina e é sobre as comunidades inscritas nesta ordem presidida pelos reis cuja função é conceder a justiça cujo exercício foi confiado por Zeus. Um rei pronuncia uma justa sentença quando ele observa os *temistas*, isto é, os decretos editados por Zeus. Assim, o exercício da realeza, o governo divino e a ordem cósmica são inseparáveis.[167]

E a partir desses pressupostos, France Farago sugere, significativamente, que "o discurso grego sobre o ser, é um discurso sobre a *dikè*". Isto porque na essência do pensamento grego há sempre uma fundamentação cosmoteológica, seja a partir da evocação do divino ou de uma ordem universal, pela qual os homens procuram obter a "norma" da qual são incapazes de obter por si próprios. Portanto, há efetivamente "um elo extremamente estreito entre as dimensões ética, religiosa, jurídica e política da *dikè* (justiça e direito)". Uma clara mostra clara de que "para o Grego, não é a noção racional e lógica da *dikè* que se encontra na origem de tudo, mas a figura mítica da Deusa do mesmo nome", pode ser encontrada em Hesíodo, que em "As obras e os Dias", proclama que "existe uma virgem, Justiça (*Dikè*), filha de Zeus, honrada e venerada pelos deuses, habitantes do Olimpo". Foi somente através de uma progressiva racionalização e espiritualização que a noção de *dikè* passa a estar associada à "legalidade imanente no mundo e na vida civil da Polis

---

[165] FARAGO, France. A justiça. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 12.

[166] Conforme esclarece France Farago, a etimologia da palavra *dikè* é controversa, e para alguns derivaria de *dikein*, "pensando no golpe do martelo do juiz no momento do pronunciamento da sentença. Outros ainda interpretavam *dikè* como o jorro que representa o julgamento no tribunal de arbitragem. Todavia, mesmo aqueles que associam *dikein* (atirar) a *deiknunaï* (mostrar, indicar) ou que o interpretam por 'estender' (pelo gesto da mão estendida, o demônio Dikè separa os antagonistas e estende o martelo em sinal de decisão judicial), consideram contudo como sentido primitivo 'direito e justiça', e não 'modo e costume.'", *in*, FARAGO, France. A justiça. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 6.

[167] *Ibid*, p. 12-13.

com Sólon (entre 640 e 558 a.C.), sem que esta legalidade perca seu caráter divino".[168]

Já incorporando o conhecimento trazido com a vida política, é certo que a filosofia pré-socrática passa a identificar a justiça (*dikè*) como uma ordem cósmica reguladora do universo. Essencialmente voltados a questionamentos cosmológicos, os pré-socráticos consideravam o homem como parte integrante da natureza, não sendo visto ainda como objeto específico e particular do conhecimento. O que lhes interessava particularmente é a natureza do mundo, considerada a única substância que constitui e determina a sua existência humana. A substância afigura-se, portanto, para os pré-socráticos, não apenas como a matéria que compõe todas as coisas mundanas, mas também a força que as rege, modifica, e determina.

Dessa maneira, e não obstante haver um certo primitivismo nas suas concepções, para Anaximandro de Mileto (610-547 a.C.) a justiça é concebida como o próprio ser, estando assim totalmente vinculada a uma ordem universal subjacente à realidade onde a natureza se apresenta como princípio (*arché*)[169] do ser e do devir. Seu princípio de justiça decorria da máxima de que todos os seres humanos tem que pagar uns aos outros o castigo das suas injustiças, segundo a ordem do tempo. Ou, conforme os fragmentos dos textos escritos pelo próprio Anaximandro,[170] "pois donde a geração é para os seres, é para onde também a corrupção se gera segundo o necessário; pois concedem eles mesmos justiça e deferência uns aos outros pela injustiça, segundo a ordenação do tempo" .

Também em Heráclito de Éfeso (504 a.C.) se observa uma certa evolução na concepção de *diké*. Esse enriquecimento do pensamento cosmológico da chamada "Escola Jônica", à medida que voltava suas atenções ao devir, ao fluxo contínuo do mundo, através da "*pesquisa*" de si mesmo (do fragmento: "procurei-me a mim mesmo"),[171] e do movimento que o liga aos outros homens. Segundo Heráclito, o pensamento é comum a todos, de modo que é necessário seguir o que é comum a todos os homens, porque o que é comum é geral. Assim, o "*logos*" que constitui a substância do homem em sua individualidade também é o que estabelece a sua

---

[168] *Ibid*, p. 3.
[169] Anaximandro foi o primeiro a introduzir o termo "princípio", cf. Os pré-socráticos: fragmentos doxografia e comentários. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 15.
[170] ANAXIMANDRO DE MILETO. Os pré-socráticos: fragmentos doxografia e comentários. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 16.
[171] HERÁCLITO DE ÉFESO. Os pré-socráticos: fragmentos doxografia e comentários. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 88.

relação com os outros homens. A lei suprema, que tudo rege, estaria assim tanto para o homem em sua individualidade como para a sociedade e a própria natureza, pois, conforme define Heráclito[172] em seus fragmentos, "alimentam-se todas as leis humanas de uma só, a divina; pois, domina tão longe quanto quer, e é suficiente para todas (as coisas) e ainda sobra". O conhecimento obtido através da "pesquisa" interior não consiste em pensamento (*noesis*), mas também da própria sabedoria trazida pela experiência de vida (*fronesis*), determinando sua ética (*ethos*), compreendida como seu próprio destino no mundo.

Se para Anaximandro e Heráclito o caráter normativo de uma ordem universal trazia consigo um princípio cósmico de justiça, a Escola Pitagórica procurava expressar esse mesmo caráter a partir do princípio de que o número é o modelo das coisas. Identificada à idéia de harmonia, a definição pitagórica da justiça é representada por um número quadrado, consistente em um número plano multiplicado por um número plano, porque o resultado revela o plano pelo plano. É em razão disso que os pitagóricos "designam-se com o quatro, que é o primeiro número quadrado, ou com o nove, que é o primeiro número quadrado ímpar".[173] Como se vê, não há propriamente um significado filosófico no pensamento pitagórico, talvez com a exceção de que o preceito fundamental de sua ética consistia na subordinação da ação à contemplação, da moral prática à sabedoria, e de seguir uma divindade a fim de tornar-se semelhante a ela.

Somente a partir do século V que as expressão "*dikaiosunè*", que designa a virtude cívica de cumprimento do dever, e *nomos* surgiram na vida política. Mas devido ao fato da palavra *nomos* possuir várias acepções na língua grega, logo começaram a surgir ambigüidades na definição do seu exato sentido. Muito embora em princípio o *nomos* fosse relacionado à lei humana e positivada das cidades, também passou a haver referência ao *nomos* divino ou cósmico, que regia a ordem universal. Assim, a palavra *nomos* possuía um duplo sentido, significando, ao mesmo tempo, a "lei civil" e a "lei natural", e "nessa ambivalência reside o ponto inicial da problemática que atravessará os séculos e povoará a interminável discussão entre as teorias juspositivistas e jusnaturalistas".[174]

---

[172] *Ibid*, p. 90.
[173] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia (col.). Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. I, p. 52.
[174] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9.

Com isso, e muito embora em princípio a lei tenha se afirmado como escrita, os gregos passaram a lidar com esse dualismo consistente no fato de que, além de uma ordem positiva, representada por um *dever-ser* ideal da civilização, havia também uma outra ordem normativa que se revelava pelo *ser*, expressado através de hábitos, ritos, e costumes formados espontaneamente. A compreensão da palavra *nomos* não podia ser resumida, portanto, à legislação das cidades e às diferenças encontradas nas tradições dos povos. Heródoto já declarava "que se proponha a cada povo escolher os melhores costumes (*nomous*), cada um escolherá os seus depois de ter examinado todos", enquanto Antifon definia a justiça como o respeito às regras legais (*nomina*) da cidade à qual pertencemos. E, a partir dessas constatações empíricas, crescia a convicção de que as diversas leis não obedecem necessariamente uma única ordem natural até então considerada imutável e idêntica em todos os lugares.

Nesse momento, com o surgimento dos sofistas em meados do século V até aos fins do século IV, quando Atenas era o centro da cultura grega, a distinção entre as palavras *nomos* e *physis* passam a se tornar fundamentais para esclarecer a questão dos fundamentos da ordem jurídica. É que a antiga oposição entre *physis* como representativo de coisa ou fato e *nomos* como palavra (sentido encontrado nas obras de Hesíodo, Ésquilo e Heráclito), começa a tornar-se mais complexa e abstrata, compreendendo uma relação reflexiva entre as noções de natureza e convenção. Conforme esclarece Guthrie, citado por France Farago:[175]

> A discussão sobre a religião era sobretudo centrada sobre o problema de saber se os deuses existiam pela *physis* – dentro de uma realidade – ou unicamente pelo *nomos*; a discussão sobre a organização política era centra sobre a questão de saber se os Estados nasciam por decretos divinos, por necessidade natural ou pelo *nomos*; no que concerne o cosmopolitismo, tratava-se de saber se as divisões próprias da raça humana eram naturais ou pura e simplesmente uma questão de *nomos*; quanto ao problema da igualdade, tratava-se de saber se a lei de um homem sobre o outro (escravatura) ou de uma nação sobre outra nação (império) era natural e inevitável ou simplesmente ação do *nomos*; e assim por diante.

Percebe-se, portanto, que com os sofistas se inicia uma antropologização dos fundamentos não só da ordem jurídica, mas da própria filosofia grega de um modo geral. O homem passa a ser considerado não mais sob uma perspectiva meramente transcedental, mas em suas características empíricas, enquanto ser condicionado

[175] FARAGO, France. A justiça. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 64.

por suas condições materiais e culturais de existência. Conforme sintetiza Nicola Abbagnano:[176]

> os sofistas foram os primeiros a reconhecer o valor formativo do saber, e elaboraram o conceito de cultura (*paidéia*), que não é a soma de noções, nem tão-pouco apenas o processo da sua aquisição, mas formação do homem no seu ser concreto, como membro de um povo ou de um ambiente social. Os sofistas foram, pois, mestres de cultura.

Essas constatações permitem considerar os sofistas como os verdadeiros fundadores do pensamento antropológico. E é interessante notar que o que permitiu que os sofistas desenvolvessem a noção de cultura (*paidéia*) foi o fato de que o conhecimento que ministravam era direcionado às classes dirigentes das cidades por onde seus ensinamentos eram solicitados e pagos. E, assim, para que esse conhecimento pudesse ser objeto de interesse por parte dos políticos das mais diversas cidades, era, sem dúvida, necessário que o mesmo fosse útil e não se contrapusesse aos diferentes valores e leis de cada uma dessas culturas. Em razão disso, e pela própria experiência propiciada pelo contato com as mais diversas cidades, os sofistas constataram que muitos dos valores, hábitos, leis, e costumes sofriam variações radicais ao ponto de tornarem-se praticamente incomensuráveis entre si. Desse modo, para que o conhecimento que transmitiam pudesse se adaptar a realidades culturais tão díspares, era fundamental desenvolver a noção de relativismo, tão cara à antropologia.

Reconhecia-se, assim, pela primeira vez no pensamento ocidental, que a noção de justiça é meramente convencional, ou seja, não tem fundamento em normas ontológicas e universais. Com esse reconhecimento sofístico do caráter convencional das leis e de sua variabilidade no espaço e no tempo, o problema da justiça passa a abrigar um princípio de relatividade que se opõe frontalmente às teorizações voltadas ao estabelecimento de um fundamento de essência universal. Assim, a tese sofista de que todo conhecimento é relativo a um determinado ponto de vista consiste efetivamente o início de um projeto filosófico voltado à definição da justiça através de um viés racional e empírico que transcende as particularidades jurídico-positivas, e que fazem dos sofistas, segundo France Farago, os "precursores, por assim dizer, da sociologia e da antropologia empírica moderna que

[176] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia (col.). Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. I, p. 84.

procura pintar os homens tal como eles são em vez de dizer como eles deveriam ser".[177]

As fórmulas do "homem-medida" e do "discurso forte" como fundamentos antropológicos da noção do justo

E nesse ponto, parece inexorável que o postulado central dessa filosofia sofística, que revelou pela primeira vez ao pensamento ocidental um matiz antropológico em suas teses, consiste no célebre princípio formulado por Protágoras em sua obra "A verdade": "O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são".

Apesar de ainda hoje a fórmula do "homem-medida" continuar um tanto quanto enigmática, parece evidente que essa relação entre homem (*anthropos*) e medida (*métron*) traz ínsita a noção de relativismo. Se os antigos, seguindo os ensinamentos de Platão,[178] conferiam à palavra "homem" na fórmula de Protágoras um significado de um indivíduo em sua singularidade e especificidades (contingente), essa interpretação foi ampliada no século XIX quando Hegel conferiu à acepção da palavra "homem" um sentido de abrangência relacionada a toda a humanidade, numa essência que compreende todo o homem (universal).

Mas em princípio parece que o "homem" referido por Protágoras é certamente o indivíduo e não o homem em geral, representado na idéia de uma natureza humana. Não trata também de um indivíduo considerado de forma isolada ou subjetiva, mas sim um indivíduo inserido num determinado ambiente social e cultural. As coisas das quais o homem é a medida não podem, por sua vez, ser entendidas apenas como os objetos ou as coisas naturais, devendo ser compreendidas, como propõe Nicola Abbagnano,[179] "todo e qualquer tipo de objeto sobre que recai uma relação inter-humana, compreendidos os objectos a que se chama bens ou valores". De fato, Protágoras não utiliza para designar a palavra "coisa" de que o homem é medida o termo *pragma*, mas *chrema*, que significa mais

[177] FARAGO, France. A justiça. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 54.
[178] Nicola Abbagnano esclarece que, segundo Platão, Protágoras pretendia dizer que "as coisas singulares que me aparecem, assim são para ti: dado que homem tu és e homem eu sou", sendo entendida, portanto, para este ou para aquele homem. Cf. ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia (col.). Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. I.
[179] *Ibid*, p. 88.

especificamente algo que se mostre útil e do qual nos servimos.[180] Dessa maneira, o homem não é apenas medida das coisas corpóreas que se percebem no mundo, mas também é medida do justo, do belo, do bem, e de outros tantos valores. A medida referida por Protágoras parece ser aquela encontrada no fato de que os valores podem se apresentar diferentes de homem para homem, e que, sob esse ponto de vista, as diferentes opiniões devem ser consideradas igualmente verdadeiras. Tanto que em sua defesa a Protágoras no *"Teeteto"*, Sócrates enfatiza que "as coisas que a cada cidade parecem justas e belas, são-no assim para ela, pois que as considera como tal", parece confirmar a tese de que o homem é a medida de todas as coisas.

Mas se por um lado a fórmula protagórica do "homem-medida" traz ínsitas as noções de relativismo e individualismo, também é possível inferir na compreensão da relação entre "*anthropos*" e o "*métron*" de Protágoras um processo dialético entre o homem individual e o homem universal, uma vez que "a verdade está precisamente na passagem do primeiro ao segundo sentido: a opinião pessoal verifica-se pelo seu acordo com as opiniões dos outros".[181] Nesse sentido, a opinião pessoal, ou seja, a medida das coisas no homem individual é fortalecida com a adesão das opiniões dos outros nesse mesmo sentido de entendimento. Por outro lado, se a opinião pessoal não contar com a adesão de outras opiniões, ela se mostrará extremamente fraca e não poderá almejar obter o status de "verdadeira". Por mais correta que possa parecer uma opinião, se ela se mantiver isolada ela representará um "discurso fraco" (*hettón logos*) e tenderá a desaparecer, ou, no máximo, contando com alguma adesão, permanecer marginal. Tem-se, portanto, que para Protágoras, a "verdade" é formada por esse encontro de opiniões individuais onde as "medidas" são convergentes entre si, formando uma universalidade e constituindo o fundamento daquilo que Protágoras chama de "discurso forte" (*kréiton logos*).

Mas é interessante notar que a teoria de Protágoras sobre o discurso forte e o discurso fraco, ao contrário do que afirmava Aristóteles, não consiste num ato de fundação da erística, ou seja, "não consiste em fazer viajar a evidência ao gosto da eloqüência de um hábil advogado, de acordo com as necessidades da causa e o interesse da sua parte, como fez crer uma tradição obstinada". Na verdade, a teoria

[180] Cf. ROMEYER-DHERBEY, Gilbert. Os sofistas. Lisboa: Edições 70, 1986, p.23.
[181] *Ibid*, p. 25.

do discurso forte parece estar "em estreita relação com uma certa prática política, precisamente a da democracia ateniense". Para Protágoras é fundamental a diferença entre os problemas de ordem técnica, os quais requerem exclusivamente a opinião de especialistas, dos problemas políticos, onde todos os homens podem se pronunciar validamente. E é exatamente essa virtude política que compreende a existência de uma multiplicidade de discursos e a possibilidade de que esses o compartilhamento público desses discursos venha a constituir um discurso, se não unânime, mas ao menos majoritário, as condições fundamentais para a experiência democrática. Afinal, é o *consensus* que confere força ao discurso. Não se trata, portanto, de estabelecer a força do discurso no campo político sobre a autoridade de quem expressa uma opinião, mas sim no número de cidadãos que partilham dessa opinião, tornado-a, com suas adesões, um discurso forte.

E nesse âmbito de consideração, a própria cultura, na qual se encontra compreendida a noção da justiça, passa a ser entendida como uma espécie de discurso forte, uma vez que os significados, valores e instituições herdados historicamente de nossos antepassados representam opiniões partilhadas que se mostraram fortes o suficiente para se manterem enquanto "verdades". Em outros termos, "é que a *paidéia* tem como efeito substituir os desvios particulares por um modelo cultura consistente, que engloba os indivíduos não apenas no espaço, geograficamente, mas também no tempo, historicamente". Considerando o homem como um cidadão, que através de uma virtude política se vê capaz de encontra-se numa plataforma comum com outros cidadãos, e "na praça-forte do discurso partilhado", alcança a experiência da universalização, "não há dúvida que Protágoras é, realmente, o criador da cultura geral".[182]

Desse modo, parece claro que as noções de verdade e de justiça são vistas de forma inaugural por Protágoras, como "construções" de um discurso forte situado tanto local como historicamente. E, assim, pela primeira vez no pensamento ocidental as noções de cultura e justiça são aproximadas, principalmente através da concepção do relativismo metodológico.

Tem-se, portanto, que houve na Grécia, segundo Michel Foucault,[183] "uma espécie de grande revolução que, através de uma série de lutas e contestações políticas, resultou na elaboração de uma determinada forma de descoberta judiciári,

[182] ROMEYER-DHERBEY, Gilbert. Os sofistas. Lisboa: Edições 70, 1986, p.28.
[183] FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 55.

jurídica, da verdade". De modo que essa forma específica de conhecimento veio a constituir uma verdadeira matriz, ou "o modelo a partir do qual uma série de outros saberes – filosóficos, retóricos e empíricos – puderam se desenvolver e caracterizar o pensamento grego". Mas, curiosamente, a tradição filosófica do pensamento grego sobre a justiça e a natureza humana, consolidadas e tornadas enciclopédicas nas obras de Platão e Aristóteles, permaneceu esquecida durante algum tempo, e só viria a ser retomada séculos mais tarde, na Idade Média.

A ANTROPOLOGIZAÇÃO DO DIREITO

O pensamento jurídico medieval tinha como um dos seus principais pressupostos uma fundação cosmoteológica do direito. Havia uma forte concepção de que valor e realidade estão ligados entre si pela própria natureza das coisas. O valor seria, assim, imanente à realidade. Até mesmo porque, nessa concepção metafísica-religiosa, se a realidade foi criada por um Deus que incorpora a idéia de valor moral absoluto, ou mesmo que os acontecimentos fáticos ocorridos na realidade devem-se à sua vontade, realizável através de leis naturais por Ele definidas, então estas leis seriam também normas absolutas que devem ser observadas. Afinal, se as leis da natureza foram produzidas por um Deus justo, seria possível extrair a noção de um direito justo dessa natureza das coisas. Sob essa concepção do direito natural subjaz uma teleologia consistente no fato de que a realização do justo visa atender a vontade dessa autoridade transcendental.

Essa fundamentação metafísica-religiosa do direito natural predominou durante toda a Idade Média. Pensadores como Santo Agostinho (354-430) viam o direito natural como "a lei eterna que, enquanto razão ou vontade de Deus, prescreve a conservação da ordem natural e proíbe a sua perturbação"[184], perguntando, ainda, "quem senão Deus inscreveu a lei natural no coração dos homens?".[185] Para Santo Tomás de Aquino, o mundo seria regido pela providência divina, recebendo tendências naturais que regem suas ações e atos, que correspondem à Lei Eterna, proclamando que "esta participação das criaturas

[184] KELSEN, Hans. O problema da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.74. *"Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens et perturbari vetans"*.
[185] *Ibid*. *"Quis enim scripsit in cordibus hominum naturalem legem nisi Deus?"*

racionais na Lei Eterna chama-se direito natural".[186] Essa identificação do direito à vontade divina conferiam, assim, uma validade absoluta das tendências naturais implantadas por Deus de forma imutável nos corações dos homens.[187]

A partir dessas concepções é possível notar que na Idade Média o direito natural é, de certa forma, considerado superior ao direito positivo, uma vez que aquele seria fundado na própria vontade de Deus e, como diz São Paulo, inscrito por Deus no coração dos homens. Segundo Norberto Bobbio:[188]

> Esta concepção do direito natural encontra sua consagração oficial na definição que lhe é dada no *Decretum Gratiani* (que é a primeira grande recensão de direito canônico, e que constituirá posteriormente a primeira parte do *Corpus juris canonici*). *Jus naturale est quod in Lege et in Evangelio continetur*) isto é, o direito natural é aquele contido na lei mosaica do Velho Testamento e no Evangelho). Desta concepção do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo. Esta superioridade é afirmada no próprio *Decretum Gratiani*, logo depois da passagem citada: *Dignitate vero jus naturale praeponitur legibus ac constitutionibus ac consuetudinibus.*

Ocorre que a partir do século XIII algumas certezas metafísicas do pensamento clássico começaram a ser abaladas, subvertendo, principalmente, os postulados de um direito natural sustentado pelo teologismo. Iniciava-se, então, um movimento tendente a favorecer uma antropologização dos fundamentos da ordem jurídica, à medida que o direito começa a ser pensado não mais numa perspectiva cosmoteológica, fundada na natureza das coisas, mas pela sua referência à própria natureza humana.

As instituições e os direitos políticos passaram a assumir uma feição mais secular, e "os processos legais orientavam-se mais pela prova racional do que pela prova física do juízo divino, em que o suspeito devia enfiar a mão em água fervente

---

[186] *Ibid*, p. 75. *Summa theologica, I-II 91, Art. 1o: "nihil est aliud lex, quam quoddam dictamem practicae rationis in principe qui gubernat liquam communitatem perfectam. Manifestum est autemm supposito quod mundus divina providentia regatur, ut in I. habitum est (q. 22, At. 1 et 2) quod tota communitas universi gubernatur ratione divina; et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut im principe universitatis existents, legis habet rationem; et quia divina ratio nihil concipit ex tempore, sed habet aeternum conceptum, ut dicitur Proverb 8, inde est, quod hujusmodi legem oportet dicere aeternam."*

[187] Sobre o problema da autoridade que melhor encarnaria a lei natural, representada pela luta política ente o papado e o império, Nicola Abbagnano lembra que "da teoria das 'duas espadas', da qual o papa Gelásio I se servira, cerca dos finais do século V, para reivindicar a autonomia da esfera religiosa em relação à autoridade política, o papado passara gradualmente a sustentar a tese da superioridade absoluta do poder papal sobre o político, e da dependência de qualquer autoridade mundana em relação à eclesiástica, considerada a única diretamente inspirada e patrocinada pela lei divina". *In*, ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia (col.). Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. I, p. 161.

[188] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25-26.

ou segurar um ferro em brasa".[189] Afinal, até o século XI a prova da verdade eram relacionadas, primeiramente, à importância social do indivíduo, ao pronunciamento verbal de certas fórmulas, ao juramento, e as ordálias. Sobre estas últimas espécies de prova, Michel Foucault[190] traz um exemplo interessante:

> Na época do Império Carolíngio, havia uma prova célebre imposta a quem fosse acusado de assassinato, em certas regiões do norte da França. O acusado devia andar sobre o ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo. Havia ainda outras provas como o ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ala se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não a teria rejeitado

Mas o fato é que, principalmente a partir do fim do século XII e início do século XIII, os julgamentos começam a se orientar mais por critérios racionais de identificação da verdade ou mentira, de modo que a pessoa que tivesse dito a verdade, ganharia o processo, e a pessoa que tivesse mentido, perderia. Desse modo, é partir desse momento histórico que passa a ocorrer a transformação das práticas de justiça e julgamentos, que passam a ser feitos através de sentenças pronunciadas por um terceiro, que separa a verdade do erro. Segundo Foucault,[191] "o que que se inventou no Direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental".

Esse verdadeiro auspício de modernidade que subverteu os fundamentos cosmoteológicos que a filosofia inseria o direito teve maior expressão no final do século XIII, primeiramente, na obra do escolástico Duns Scot (1265-1308), e pouco tempo depois, na de seu mais importante discípulo, Guilherme de Occam (1285-1347). Apesar de não expressarem em suas respectivas teorias questionamentos específicos sobre o jusnaturalismo, a ruptura entre fé e razão implicava, via de conseqüência, numa aproximação do direito com a política. A moral religiosa cristã que caracterizava o pensamento jurídico medieval passava então a ser questionada por um espírito laico que inseria a vontade humana no plano do direito e da política.

---

[189] TARNAS, Richard. A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 195.
[190] FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 60.
[191] *Ibid*, p. 62-63.

A partir do denominado “primado da vontade”, ou “voluntarismo”, proposto por Scot, onde todos os atos praticados pelo homem dependeriam da sua vontade, que se expressaria de forma livre e arbitrária no mundo. Apesar de restringida e determinada por uma lei natural, a conduta humana é essencialmente livre e arbitrária, e não possui outra causa senão a própria vontade. Para o homem, a única lei moral é o mandato da vontade divina, uma vez que, segundo Duns Scot, “Deus não pode querer nada que não seja justo, porque a vontade de Deus é a primeira regra”.[192] As leis naturais seriam deduzidas e aplicadas, por parte do legislador ou do magistrado, através de procedimentos lógicos que consistem, por sua vez, em atos da razão é vontade humanas. Com essa perspectiva voluntarista, “iniciava-se, assim, a antropologização da ordem jurídica, já que se reconhecia que esta tem necessidade da intervenção expressa do legislador humano”.[193]

Muito embora seja relativamente curto o período de transição entre a morte de Duns Scot e o início da atividade filosófica de Guilherme de Occam, há nesses poucos anos um gigantesco aumento na cisão provocada pela consciência dos limites da investigação escolástica frente ao aristotelismo proposto por Scot como norma de uma ciência rigorosa e demonstrativa. Com a escola scotista, o pensamento teológico se vê enfraquecido pelo reconhecimento do caráter prático e arbitrário de qualquer afirmação dogmática, acentuando o valor da experiência. Com isso, as discussões jurídicas e políticas na primeira metade do século XIV começam a delinear contornos de um conceito laico, racional e positivo do direito e do próprio estado.

Principalmente com a obra de Marsílio de Pádua (1275-1342), o direito começava a ser pensado de forma mais claramente deontológica, à medida que esse pensador medieval toma como base a lei como fundamento para a discussão jurídico-política. Em sua obra “*Defensor pacis”*, escrita em 1324, Marsílio de Pádua diz que a lei deve ser considerada como “a ciência, doutrina ou juízo universal de quanto é justo e civilmente vantajoso e do seu oposto”.[194] Numa distinção entre uma definição ontológica do direito para uma o que começava a se apresentar como uma deontologia, para Marsílio de Pádua o que é justo ou injusto, vantajoso ou nocivo para a comunidade humana não é incutido no homem por Deus ou pela razão

[192] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. IV, p. 143-144.
[193] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.
[194] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. IV, p. 163.

divina, mas concebido pela razão e pela ciência do direito. Ao fazer a distinção entre os vários significados do termo "lei", Marsílio de Pádua[195] afirmava que esta pode ser considerada de dois modos:

> No primeiro, pode ser considerada em si, enquanto mostra somente o que é justo ou o que é injusto, vantajoso ou nocivo (...) Pode-se, em seguida, considerar a lei ainda de um outro modo, segundo o qual pela sua observância é dado um preceito coativo ligado a uma punição ou a uma recompensa serem atribuídas neste mundo, ou segundo seja derivada de um tal preceito; e somente quando é considerada deste último é chamada de "lei" e o é propriamente.

E continuando sua distinção entre os significados ontológico (o justo e o injusto) e deontológico (preceito estatal dotado de coação) do direito, Marsílio de Pádua[196] escreve ainda que:

> Por esta razão, nem todos os conhecimentos verdadeiros das coisas justas e civilmente benéficas são leis, quando não foram emanadas mediante um comando coativo que imponha a sua observância, ou não foram feitas por meio de um comando, mesmo se, em seguida, um tal conhecimento verdadeiro seja certamente necessário para haver uma lei perfeita. Na verdade, mesmo conhecimentos falsos de coisas justas tornam-se às vezes leis, se é dado o comando para sua observância ou são feitas por meio de um tal comando. Um exemplo pode ser encontrado em alguns países bárbaros, onde é tida como norma justa ser absolvido da culpa e da punição civil um homicida, desde que pague uma certa soma por tal delito. Ora, esta norma é (...) absolutamente injusta e, consequentemente, as leis desses bárbaros não são absolutamente perfeitas.

Como se vê dessas passagens, um outro aspecto de sua doutrina que revela uma definição nitidamente factual do direito é que além de ser fruto da razão humana, a lei também se apresenta ainda como um preceito coativo, o que faz de Marsílio de Pádua, segundo Abbagnano, [197] "um antecessor do que hoje se denomina o positivismo jurídico", sendo ainda, para Bobbio, esse pensador medieval o responsável por expressar, "pela primeira vez, uma definição neutral do direito, que o liga ao poder soberano e àquela expressão típica desse poder, que é a coerção".

Assim como Marsílio de Pádua, Guilherme de Occam também representava na primeira metade do século XIV o maior adversário da supremacia política do

---

[195] PÁDUA, Marsílio. *apud* BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 140-141.
[196] *Ibid*, p. 141.
[197] *Ibid*, p. 164.

papado. A diferença entre ambos é que enquanto Marsílio de Pádua partia de considerações jurídico-política para tratar dos problemas nas relações entre Igreja e Estado, Occam reivindicava a liberdade de consciência religiosa e investigação filosófica perante o absolutismo papal. Segundo Occam, a lei de Cristo é a lei de liberdade, e ao papado não pertenceria o poder absoluto seja em matéria espiritual ou política. Sobre as relações entre o papado e o império, Occam defendia a tese de independência recíproca entre esses dois poderes.[198] Sua filosofia insistia principalmente em ressaltar o poder racional do homem. Para Occan, essa razão presente em todos os homens, compreenderia um poder sobre as coisas mundanas, dentre os quais encontra-se o poder de enunciar regras.[199]

Além de romper totalmente com a fundamentação teológica do direito que predominava no pensamento escolástico, Marsílio de Pádua propunha ainda que o único legislador legítimo seria o povo, considerado como "o corpo total dos cidadãos", ou como a sua "parte prevalecente", que manifesta sua vontade através de uma assembléia geral ordenando que "algo seja feito ou não seja feito a respeito dos actos civis humanos sob a ameaça de uma pena ou punição temporal".[200] Desse modo, a pretensão papal de assumir um poder legislativo devia ser considerada uma verdadeira usurpação da qual resultariam apenas conflitos e discórdias. De modo contrário, uma lei produzida pelo povo, legítimo detentor da autoridade legislativa, todos estariam sujeitos ao cumprimento dos seus preceitos, inclusive os clérigos. Segundo Marsílio de Pádua, "o facto de alguém ser ou não ser sacerdote não tem perante o juiz maior importância do que fosse camponês ou pedreiro, como não tem valor perante o médio que seja ou não músico alguém que possa adoecer-se".[201]

Mas ainda que o voluntarismo de Duns Scot e o nominalismo de Guilherme de Occam abalaram profundamente a visão cosmoteológica que caracterizava o

---

[198] Segundo Abbagnano, "por este seu ideal da Igreja combate Occam o papado de Avinhão. Um papado rico, autoritário e despótico, que tende a subordinar a si a consciência religiosa dos fiéis e a exercer igualmente um poder político absoluto, afirmando a sua superioridade sobre todos os príncipes e poderes da terra, devia parecer a Occam a negação do ideal cristão da Igreja como comunidade livre, alheia a toda a preocupação mundana, em que a autoridade do papado seja unicamente a proteção da livre fé dos seus membros. Indubitávelmente, o mesmo ideal de Occam animava a ordem franciscana na sua luta contra o papado de Avinhão. A tese da pobreza de Cristo e dos apóstolos foi a arma de que serviu a ordem franciscana para defender este ideal.Não sómente Cristo e os apóstolos não quiseram fundar um reino ou domínio temporal, como até nem quiseram ter nenhuma propriedade comum ou individual. Quiseram sim fundar uma comunidade que, não tendo em vista senão a salvação espiritual dos seus membros, renunciasse a toda a preocupação mundana e a todo o instrumento de domínio material. Tal é também a preocupação polémica de Occam.", *in*, ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. IV, p. 198.

[199] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

[200]ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. IV, p. 164-165.

[201] *Ibid*, p. 165.

pensamento escolástico, o fato de manter em suas filosofias um lugar proeminente à vontade de Deus impedia que suas teorias da justiça pudessem ser consideradas antropológicas. Como ilustra Jean-Cassien Bilier, "um grande teólogo da segunda escolástica como Suarez não poderia contemplar uma verdadeira antropologização do direito".[202] Muito embora o pensamento humano ainda não estivesse livre e autônomo perante as intenções divinas, a racionalidade cada vez mais se fazia presente, e, através desse espírito reformador, já não se buscava o fundamento do direito na vontade de Deus.

Essa tendência foi ganhando corpo ao longo dos séculos XV e XVI, e nos séculos XVII e XVIII a teoria jusnaturalista clássica, pautada numa visão cosmoteológica do direito, foi substituída por uma noção moderna do direito natural que tinha no homem a sua figura central. A articulação entre o humanismo, o individualismo e o racionalismo abalou as estruturas fundamentais do jusnaturalismo clássico e alguns pensadores modernos passaram a conceber a ordem jurídica de forma antropologizada. Ou, conforme identifica Simone Goyard-Fabre, "a desnaturalização do direito natural acompanha sua antropologização".[203]

O jusnaturalismo moderno e suas ambivalências

Parece haver um consenso entre escritores, historiadores, e pensadores sociais e políticos que, a partir da segunda metade do século XIV, teria ocorrido, principalmente na Itália, uma mudança radical na forma como o homem se coloca perante o mundo. Cada vez mais cientes de que essa nova perspectiva encerra uma verdadeira ruptura com o mundo medieval,[204] o homem passa então a refletir sobre a

[202] BILLIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 134.
[203] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.
[204] Com a queda do Império Romano em 410 d.C., "processou-se uma mudança fundamental na vida cultural européia. Os cidadãos abastados da Antiguidade, que graças às suas receitas provenientes do comércio e do trabalho escravo podiam dedicar-se à ciência e à filosofia, desapareceram. Na verdade, desapareceu toda a cultura urbana, o próprio elemento aglutinador que mantinha coeso o Império Romano como um Estado integrado (embora de modo instável). Em seu lugar, manifestava-se um sem-número de culturas européias locais, portadoras de tradições germânicas, eslavas, fino-ugrianas e celtas, tão antigas quanto as da Grécia pré-urbana. Politicamente, a Europa se desagregou em centenas de soberanias, cidades e enclaves locais autônomos, que só foram integrados em unidades maiores com o crescimento do Estado moderno, do século dezesseis em diante. No decorrer de todo esse longo período, o que manteve o continente unido foi em grande parte a Igreja, a última depositária da estrutura 'universal' de Roma. Sob a égide da Igreja, redes internacionais entre monges e clérigos surgiram e floresceram, interligando nichos de saber em que sobreviveram as tradições filosóficas e científicas da Antiguidade.", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 12.

exata compreensão do sentido e alcance dessas mudanças, atribuindo-as ao renascimento de um espírito que já havia lhe pertencido numa longínqua época clássica e que se perdeu durante a Idade Média. Esse novo pensamento pelo qual o homem reivindica sua autonomia enquanto ser natural e histórico, capaz de exercer um legítimo controle sobre a natureza e os fatos mundanos, é movido, em princípio, por um regresso à antiguidade clássica grega,[205] a qual se vê renovada e continuada por um espírito de liberdade.

As manifestações desse novo espírito eram cada vez mais expressadas através de uma variação artística, e de uma nova concepção filosófica sobre a natureza das coisas, por uma ciência que passava a ser constituída a partir de notáveis experimentos e resultados, e de uma nova maneira de compreender a sua condição histórica e política no mundo. As pesquisas naturalísticas dos últimos escolásticos, que passaram a deixar de lado reflexões metafísicas sobre o plano divino por considerá-las inacessíveis ao conhecimento humano, e o advento de um pensamento que procurava explicar a natureza considerando-a como pura realidade objetiva e mensurável, acabaram por ter como resultado último a origem da ciência. Todos os pressupostos teológicos que ainda permaneciam subjacentes às teorias escoláticas foram eliminados com os postulados científicos trazidos no Renascimento.

Tanto a arte quanto a ciência tinham por fim único, segundo Leonardo da Vinci (1452-1519), o conhecimento verdadeiro da natureza, cujo fundamento estava assentado em duas bases sólidas, consistente na experiência e no cálculo matemático. A pesquisa científica devia assim estar absolutamente livre de toda autoridade e especulação que não estejam fundados na experiência. Daí a máxima de Leonardo, de que "a sabedoria é filha da experiência".[206] Por sua vez, as formulações matemáticas de Nicolau Copérnico (1473-1543), aperfeiçoadas pouco

[205] Segundo Richard Tarnas, "acima de tudo, para o espírito medieval, o progresso da cultura significava – e exigia – a recuperação dos textos antigos e de seu significado. Os velhos padres cristãos haviam estabelecido uma profícua tradição que não rejeitava inteiramente as realizações pagãs clássicas, mas reinterpretavam-nas, para que fossem compreendidas sob o referencial da verdade cristã; com essa base, os antigos monges medievais davam prosseguimento a uma espécie de erudição. Nos monastérios, a cópia de velhos manuscritos por muitas mãos tornou-se uma forma típica de trabalho manual. Boécio, estadista e filósofo cristão aristocrático que viveu nos momentos finais da Roma Antiga, tentou preservar, com algum sucesso, o legado intelectual clássico para a posteridade. Depois de sua morte, no início do século VI, suas obras e condensações latinas – tanto da filosofia platônica e aristotélica como da teologia cristã – passaram à tradição monástica e foram estudadas por gerações de estudiosos medievais", *in*, TARNAS, Richard. A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 194.

[206] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VI, p. 9.

depois por Johannes Kepler (1571-1630), sobre o movimento circular dos astros destruíram de forma definitiva a cosmologia aristotélica. E, finalmente, Galileu Galilei (1564-1642), ao introduzir a noção de medida como instrumento fundamental da reflexão científica, estabelecendo relações quantitativas como critério de discernimento de elementos verdadeiramente objetivos, formulou com toda a clareza o método da ciência moderna. Eliminando toda consideração finalística sobre o mundo natural, Galileu finalmente reduziu a natureza a uma objetividade mensurável, livre de toda e qualquer consideração valorativa de que o homem pudesse vislumbrar sobre ela.

Tem-se, desse modo que, conforme sintetiza Jean-Cassien Billier:[207]

> a passagem a uma antropologização efetiva do direito supõe então um novo tipo de apreensão do homem e do mundo, um novo modelo de intelegibilidade: tudo isso aparece claramente no século XVII, com a mutação galileana seguida da cartesiana. O mecanismo físico se torna um modo de apreensão do mundo natural, e o processo de racionalização vai logo se estender ao domínio jurídico-político.

Efetivamente, além das artes e da ciência, o humanismo renascentista exigia também uma renovação na maneira que o homem vive em sociedade. Por essa razão, iniciou-se também um empreendimento intelectual direcionado a uma análise sobre os fundamentos políticos de organização social. Através de uma investigação sobre as origens históricas das nações, povos e comunidades, os renascentistas buscavam identificar bases estáveis e universais de toda e qualquer sociedade. A realização desse projeto filosófico está identificado ao humanismo, expresso em um neoplatonismo, e ao jusnaturalismo, já livre de sua vinculação teológica e que passava a ser idealizado sob perspectivas essencialmente racionais.

Essa orientação historicista teve como seu principal iniciador o filósofo italiano Nicolau Maquiavel (1469-1527), o qual durante toda sua vida procurou reconstruir a unidade política italiana. Em suas investigações historiográficas, buscava identificar as origens históricas do povo italiano, utilizando como método o "tratamento objetivo da história" e o "realismo político". Para Maquiavel, somente através de uma análise objetiva da história, identificando seu fundamento permanente, é se tornaria possível extrair a "substância imutável da natureza humana".[208] O realismo de Maquiavel propunha a observação da atividade política humana em sua verdade efetiva, o que

[207] BILLIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 135.
[208] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. V, p. 80.

possibilitaria ao homem um maior domínio sobre os acontecimentos. Quanto mais um fato se apresentar historicamente fundamentado, maior serão as possibilidade de dominá-los. Essa "problematicidade da história" seria, assim, útil para que o homem proceda virtuosamente em suas ações.

A citação abaixo extraída de "O príncipe"[209] é bastante ilustrativa do seu pensamento:

> Agora, quanto ao exercício do espírito, deve o príncipe ler a história, e nela considerar as ações dos grandes homens, ver como se conduziram nas guerras, examinar as causas das suas vitórias e derrotas, a fim de poder evitar estas e alcançar aquelas; deve, sobretudo, fazer como no passado fizeram alguns grandes homens, os quais, propondo-se imitar alguém de tempos anteriores ao seu que alcançou glórias e louvores, revestiram suas atitudes e repetiram suas ações: tal como, diz-se, Alexandre Magno imitava Aquiles, César imitava Alexandre, Cipião imitava Ciro. Quem quer que leia a vida de Ciro, escrita por Xenofonte, reconhecerá na vida de Cipião quanto aquela imitação o cobriu de glória e quanto, na abstinência, na afabilidade, no humanitarismo, na liberade, Cipião se amoldou às coisas que Xenofonte contou de Ciro.
> Maneiras assim deve um príncipe prudente observar e nunca estar ocioso nos tempos pacíficos; ao contrário, deve esforçar-se para capitalizar experiência e de valer-se na adversidade, de modo que, quando esta lhe modifique a sorte, se encontre preparado a resistir-lhe.

Iniciava-se, assim, um empreendimento filosófico que buscava uma análise objetiva e racional da organização política. Segundo Abbagnano, os autênticos fundadores do jusnaturalismo moderno explicavam e punham em evidência as regras básicas tomadas como pressupostos do direito natural através da consideração do chamado "estado de guerra". Isto porque a guerra retira o suporte de validade das leis positivas e dos acordos pactuados entre os estados em conflito, mas não suspende a eficácia fundadas na própria natureza humana e que seriam inerentes a toda e qualquer comunidade. Desse modo, a pressuposição do estado de guerra tornaria possível "isolar no conjunto das normas jurídicas, aquelas que não dependem nem da vontade nem das convenções humanas e são antes ditadas pela própria razão do homem".[210]

Essa nova maneira de apreender o homem num contexto político desenvolvida pelo humanismo renascentista culminou na concepção de um conceito de soberania popular, atribuído originariamente a Althusius (1557-1638), que em sua obra "Política methodice digesta" propõe que "toda e qualquer comunidade humana (*consociatio*) se constitui através dum contrato, expresso ou tácito, que faz dela um

[209] MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. São Paulo: Editora Cultrix, não datado, p. 99.
[210] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. V, p. 99.

corpus symbioticum, um organismo vivo".[211] Segundo a filosofia jurídica de Althusius, que consiste em verdadeiro precedente histórico da obra de Rousseau, a soberania pertence única e exclusivamente ao povo de determinado estado, e é inalienável por essência, já que o poder exercido pelo príncipe decorre do contrato e, na hipótese de violação desse contrato, o povo tem o legítimo direito de proceder à escolha de um novo príncipe ou mesmo elaborar uma nova constituição. Por sua vez o estado é definido por Althusius como "uma comunidade pública universal" através da qual "várias cidades e províncias se obrigam a possuir, constituir, exercer e defender a soberania (*jus regni*) mediante a mútua comunicação de obras e coisas e com forças e despesas comuns".[212]

Apesar de Althusius ser o primeiro representante da filosofia jurídica do renascimento, o seu mais importante representante é Hugo Grotius (1583-1645), cujo jusnaturalismo propunha fundar a teoria do direito e da política como uma pura ciência racional dedutiva, cujos métodos e princípios deveriam ser semelhantes às teorias científicas matemáticas e experimentais. Grotius justificou esse pressuposto em sua obra fundamental *"De juri belli ac pacis"* (1625), alegando que "assim como os matemáticos trabalham com símbolos abstractos dos corpos, assim eu declaro querer tratar o direito, prescindindo de todo e qualquer facto particular".[213] O fundamento do direito natural[214] passava então a estar assentado única e exclusivamente na razão e natureza humana, e, dessa maneira, caberia ao homem deduzir racionalmente o direito natural dos próprios princípios da natureza.

E considerando que o direito natural deriva da própria natureza, ele seria ainda distinto do direito das gentes (*jus gentium*), proveniente da vontade humana, não obstante somente o direito natural ser capaz de fornecer o critério da justiça ou da injustiça. Para Grotius, "entende-se por injusto aquilo que repugna necessariamente à natureza racional e social".[215] Essa distinção entre direito natural e direito positivo, formulada por Grotius, em termos de *jus naturale* e *jus voluntarium*,

---

[211] *Ibid*, p. 101.
[212] *Ibid*, p. 101.
[213] *Ibid*, p. 103.
[214] Segundo Grócio, "o direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria *natureza racional* do homem, e a mostrar que tal ato é, em conseqüência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza", acrescentando que "os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são *obrigatórios ou ilícitos por si mesmos*", in O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 20-21.
[215] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. V, p. 105.

é considerada por Norberto Bobbio[216] como a mais célebre do pensamento moderno,[217] à medida que concebe de um direito positivo derivado do poder civil pertencente ao Estado, compreendido enquanto uma associação perpétua de indivíduos livres reunidos com a finalidade de alcançar o bem comum.

Esse empreendimento tendente a uma racionalização do conceito de direito e da política passa a fundar na natureza humana a construção sistemática da filosofia jusnaturalista. Há nesse movimento humanista do renascimento uma convicção de que assim como no campo das ciências físicas, o próprio direito e a política deveriam ter seus conceitos e axiomas básicos formulados em critérios racionalizados à semelhança do procedimento matemático. E nesse sentido, Simone Goyard-Fabre entende que:

> Mais ainda que Descartes, Hobbes dá o exemplo, com sua filosofia que pretende ordenar-se num sistema monolítico, de uma vontade filosófica a serviço de uma 'ciência do homem' que, construída *more geométrico*, será dominada por uma exigência de racionalidade. De Grotius a Locke, a filosofia, não obstante suas variações e as diferenças de postulação dos sistemas, celebra os *triunfos da razão*.

Efetivamente, quando a rigorosa filosofia de Thomas Hobbes (1588-1679) confere ao individualismo a posição de categoria epistemológica fundamental de seu projeto, acaba por abalar a teoria jusnaturalista medieval construída essencialmente em torno da noção de comunidade. Muito embora, devido à sua postura cientificista e, assim, antimetafísica, o fizesse objetar muitas conclusões trazidas na filosofia de Descartes,[218] o fato é que sua obra incorpora e traz ínsita a idéia de homem-sujeito cartesiana. Assim, a filosofia de Hobbes incorpora um aspecto político bastante prático e materialista, tendo por fim aumentar o domínio do homem sobre a natureza mediante o uso da razão e do conhecimento humano.[219]

---

[216] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 20-21.

[217] Apontando que Grótio não é propriamente um pensador moderno, mas em transição, Simone Goyard-Fabre destaca que Peter Haggenmacher demonstrou recentemente que Grótio é, em grande parte, dependente da escolástica espanhola, à medida que os mestres de Salamanca "forneceram-lhe um grande número de variações sobre motivos tomistas", *in* GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 58.

[218] Segundo Nicola Abbagnano, "a filosofia de Hobbes representa, em comparação com a de Descartes, a outra grande alternativa a que a elaboração do conceito de razão deu início no século XVII. E isso não só porque está ligada a pressupostos materialistas e nominalísticos, enquanto que a de Descartes está ligada a uma metafísica espiritualista, mas também e sobretudo porque vê na razão uma técnica sob muitos aspectos diversa ou oposta à que lhe atribuíra Descartes", *in* História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VI, p. 97.

[219] Interessante notar ainda que a filosofia de Hobbes confere à linguagem uma posição fundamental na faculdade racional do homem, o que levou Nicola Abbagnano a concluir que "a definição que alguns filósofos dão hoje do homem como *animal symbolicum* exprime bem o ponto de vista de Hobbes", *in* História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VI, p. 103 .

Tem-se, portanto, que em Hobbes a antropologização do direito natural, deve ser ainda fruto de uma filosofia antimetafísica, fundando-se nos critérios rigorosos da ciência. Há, dessa maneira, na filosofia de Hobbes um certo ceticismo nas leis da natureza (que exemplifica como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em suma, fazer aos outros o que queremos que nos façam),[220] as quais tendo sido originadas em um Deus criador, não seriam suficientes para regular o nascimento e o ordenamento da sociedade humana. Seria necessário, assim, além das leis da natureza, Hobbes enfatiza que "se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros".[221] Caberia, enfim, à racionalidade humana a concepção de um poder soberano, estabelecido mediante um contrato resultante da iniciativa popular, ao qual seria conferida autoridade irrestrita – desde que respeitados os *dictamina* da "lei fundamental da natureza" – para definir, através de sua vontade incontrastável, os direitos que são aplicados aos indivíduos em forma de mandamento supremo (*summum imperium*). Ou, segundo o próprio Hobbes:

> A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defende-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mi mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de trasferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações*. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *Leviatã*, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa.

[220] HOBBES, Thomas. Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 103 (Os pensadores).
[221] *Ibid*, p. 103.

O Estado-Leviatã, titular do poder soberano e único legitimado a definir o justo e o injusto, o permitido e o proibido, o lícito e o ilícito, é, portanto, fruto da instituição humana, e a ordem jurídica seria, a partir disso, toda consolidada a partir da lei civil, fonte legítima e exclusiva de juridicidade. Esse convencionalismo jurídico que caracteriza o Estado-Leviatã de Hobbes retoma as vias da filosofia sofista, apesar de não se referir expressamente a essa corrente doutrinária, e muito menos a Epicuro cuja teoria filosófica no final do século IV a. C. buscava retomar a noção de *nomoi* com o vigor que Platão e Aristóteles lhe tinham retirado.[222]

Sob um outro aspecto, torna-se ainda evidente que o racionalismo de Hobbes subverte a noção de direito natural, uma vez que o direito concebido como a razão do Estado passa a atribuir ao direito natural a única função de justificar o direito positivo. Isto porque, apesar de reconhecer a possibilidade de um conflito entre o direito natural e o direito positivo, ele só ocorreria de forma excepcional, e ainda assim não retiraria o suporte de validade do direito positivo. Por ser fruto da razão, para Hobbes seria inconcebível um direito positivo ser contrário à lei de natureza, já que esta determina o próprio conteúdo do direito. Compartilhando desse entendimento, Samuel von Pufendorf, citado por Kelsen,[223] muito embora se oponha em parte às teses defendidas por Hobbes sobre a identificação do direito positivo com o direito natural – como se verá mais à frente de forma um pouco mais pormenorizada – também sustenta que todos os direitos positivos estão em conformidade com o direito natural:

> E, na verdade, em todas as nações a maioria das características da lei da natureza, pelo menos aquelas sem as quais a paz na sociedade não pode se manter, tem a força de Direito civil, ou foi incluída no corpo das leis civis.

Acrescentando, mais à frente que:

> Todos os Direitos civis, na verdade, pressupõem ou incorporam pelo menos os princípios gerais do Direito natural, por meio dos quais mantém-se a segurança da raça humana; e estes não são, de modo nenhum, eliminados por aqueles, que lhes são meramente adicionados, como exigiu a vantagem distinta de cada Estado.

---

[222] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 48.
[223] KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 146.

Verifica-se, portanto, que Hobbes[224] entende que a definição do que é direito natural, ou mesmo o próprio juízo sobre o bem e o mal, o justo e o injusto, não caberia ao indivíduo, mas exclusivamente ao Estado:

> Num Estado, a interpretação das leis da natureza não depende dos livros de filosofia moral. Sem a autoridade do Estado, a autoridade de tais filósofos não basta para transformar em leis suas opiniões, por mais verdadeiras que sejam. Tudo o que escrevei neste tratado sobre as virtudes morais, e sua necessidade para a obtenção e preservação da paz, embora seja evidentemente verdadeiro não passa por isso a ser lei. Se o é, é porque em todos os Estados do mundo faz parte das leis civis. Embora seja naturalmente razoável, é graças ao poder soberano que é lei. Caso contrário, seria um grande erro chamar lei não escrita à lei de natureza, sobre a qual tantos volumes foram publicados, com tão grande número de contradições, uns dos outros, e de si mesmos.
> A interpretação da lei de natureza é a sentença do juiz constituído pela autoridade soberana, para ouvir e determinar as controvérsias que dela dependem, e consiste na aplicação da lei ao caso em questão. Porque no ato de judicatura o juiz não faz mais do que examinar se o pedido de cada uma das partes é compatível com a equidade e a razão natural, sendo portanto sua sentença uma interpretação da lei de natureza, interpretação essa que não é autêntica por ser sua sentença pessoal, mas por ser dada pela autoridade do soberano, mediante a qual ela se torna uma sentença do soberano, que então se torna lei para as partes em litígio.

Um outro traço característico do pensamento hobbesiano é que o absolutismo político do Estado em função do postulado de irreversibilidade do pacto fundamental que resultou na sua constituição. Para Hobbes, uma vez constituído o Estado-Leviatã, não seria possível um movimento de insurreição para dissolvê-lo. O Estado-Leviatã não estaria, dessa maneira, sequer sujeito às leis do próprio Estado, já que, do contrário, isso representaria uma inconcebível limitação ao poder supremo, indivisível, e incontrastável do seu "Leviatã".

Esse convencionalismo jurídico proposto por Hobbes promoveu uma verdadeira ruptura epistemológica aos fundamentos do direito natural clássico. A partir dessa concepção inovadora do direito como algo convencionado, pode ser considerado como verdadeiro marco inicial do que, três séculos mais tarde, seria identificado como a doutrina do "positivismo jurídico". Com Hobbes fica totalmente definido que o direito não tem vinculação direta a nenhuma entidade sobrenatural, sendo uma obra pura de uma razão construtiva e prática, conferindo, assim, contornos de modernidade ao jusnaturalismo.

---

[224] HOBBES, Thomas. Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 167 (Os pensadores).

Entretanto, essa incessante busca pelos fundamentos do direito levada a cabo por uma filosofia que se apresentava como moderna nos séculos XVII e XVIII, longe de se apresentar como tranqüila, revelava cada vez mais incertezas e equívocos. Mostra clara disso são as diferentes concepções que o conceito de direito natural revelava dependendo dos diversos contextos filosóficos em que sua definição era colocada. Apesar de já revelar um conceito de direito fundado na "natureza do homem" e não na "natureza das coisas", as propostas de ruptura do pensamento jusnaturalista com a tradição clássica passaram a se deparar frequentemente com hesitações e paradoxos típicos de um pensamento em transição.

Com efeito, e apesar de também expressar em sua obra um realismo político que o aproxima de Hobbes, a filosofia do direito natural de Baruch de Spinoza (1632-1677) acaba se afastando do jusnaturalismo moderno "ao reter as normas de direito natural fundadas não já na razão humana, mas na ordem necessária do mundo".[225] Segundo Spinoza, retomando a noção sustentada pelos estóicos e pela filosofia medieval, o direito natural emana do poder de Deus. Ou, conforme as palavras do próprio Spinoza,[226] "o poder pelo qual as coisas da Natureza existem e agem não pode ser outro senão o poder eterno de Deus", de modo que "sabendo, portanto, que o poder pelo qual existem e agem os seres da Natureza é o próprio poder de Deus, conhecemos facilmente o que é o direito natural".

Dessa maneira, tem-se que para Spinoza Deus tem direito a tudo, e seu direito não pode ser outro senão o seu próprio poder que é livre em sentido absoluto. O poder de Deus corresponderia, assim, ao próprio poder da natureza. No "Tratado Político" de Spinoza o direito natural seria entendido, então, como:

> As próprias leis ou regras da Natureza segundo as quais tudo acontece, isto é o próprio poder da Natureza. Por conseguinte, o direito natural da Natureza inteira, e consequentemente de cada indivíduo, estende-se até onde vai a sua capacidade, e portanto tudo o que faz um homem, seguindo as leis da sua própria natureza, fá-lo em virtude de um direito natural soberano, e tem sobre a Natureza tanto direito quanto poder. [227]

Percebe-se claramente, portanto, que Spinoza afasta-se do racionalismo que caracteriza o jusnaturalismo moderno, sustentando uma filosofia do direito natural

[225] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VI, p. 227.
[226] SPINOZA, Benedictus. Tratado político. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 307. (Os pensadores)
[227] *Ibid*, p. 307.

como uma necessidade imanente da própria substância divina. Isto decorre pelo fato de que o ser humano não é determinado apenas pelos preceitos da razão, sendo guiados mais pela cega cupidez, de modo que "o poder natural dos homens, quer dizer o direito, não deve ser definido pela razão humana mas pelo instinto, pelo qual os homens são determinados a agir e pela qual tendem à sua própria conservação".[228] De modo que sendo os homens guiados em suas ações não somente pela razão, mas também pela paixão, para o direito natural, consistente no "poder universal da natureza", não haveria nenhuma diferença entre o agir com razão ou com todas as outras espécies de vontade, já que tanto um agir quanto os outros são, efetivamente,

> efeitos da natureza e manifestam a força natural pela qual o homem se esforça por perseverar no seu ser. Quer seja sábio ou insensato, o homem é sempre parte da Natureza, e tudo aquilo através do qual é determinado a agir deve ser relacionado com o poder da Natureza, tal como este pode ser definido pela natureza deste ou daquele homem. Quer seja conduzido pela Razão ou apenas pelo desejo, o homem, efetivamente, nada faz que não esteja conforme com as leis e as regras na Natureza, isto é, em virtude do direito natural.

Segundo essa ontologia naturalista, onde o direito natural é a expressão de uma necessidade imposta pela própria natureza, o ser humano, por conseqüência, não poderia ser considerado totalmente livre, uma vez que condicionado pelas leis da natureza que limitam o seu agir em conformidade às contingências naturais. A razão humana, apesar de útil à conservação do homem, não pode submeter a ordem eterna da natureza, sendo apenas "pela necessidade desta ordem que todos os indivíduos estão determinados, de uma certa maneira, a existir e a agir."[229] E essa potência derivada do apetite e do desejo de cada indivíduo em satisfazer suas próprias necessidades no exercício de um direito natural, faz do outro indivíduo um inimigo real ou potencial, o que evidencia a miséria da condição humana.

Disso precede que o direito natural não elimina de modo algum os conflitos gerados pelo instinto humano, uma vez que cada indivíduo "está na dependência de um outro na medida em que está no poder desse outro".[230] Essa condição de submissão do indivíduo ao poder do outro, a que Hobbes já denominara "guerra de todos contra todos", característica de um "estado de natureza", faz com que cada indivíduo também esteja no seu direito e que, assim, "pode repudiar qualquer

---

[228] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VI, p. 228.
[229] SPINOZA, Benedictus. Tratado político. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 309. (Os pensadores)
[230] *Ibid*, 309.

violência, castigar como julgar bem o dano que lhe é causado e, de uma maneira geral viver segundo sua própria compleição".[231]

É inexorável que cada homem, assim como todos os outros, age com a finalidade de conservar seu ser. Ocorre que no estado natural o homem não pode se defender sozinho da hostilidade e opressão de outrem. Desse modo, tem-se que, para Spinoza,[232] "sem mútua cooperação os homens nunca poderão viver bem e cultivar a sua alma", o que implica que o direito natural "dificilmente se pode conceber, a não ser quando os homens têm direitos comuns", e, de uma forma geral, "quando podem vigiar a manutenção do seu poder, proteger-se, combater qualquer violência e viver segundo uma vontade comum".

Verifica-se que, diferentemente de Hobbes, e também em parte do jusnaturalismo medieval, a legitimação do direito da natureza não deriva de um normativismo, uma axiologia, ou mesmo um teologismo, mas sim da necessidade de conservação de cada ser. Em sua ontologia substancialista Spinoza o direito da natureza exprime uma lei fundamental à qual todo homem encontra-se sujeito, de modo que "a miséria do homem só será conjurada com a realização do direito de natureza e não, como crê Hobbes, com a instauração, pelo contrato, de uma ruptura com ele".[233] Nesse sentido, é bastante ilustrativa a citação de Simone Goyard-Fabre do teor de uma carta encaminhada a Jarig Jelles em 2 de junho de 1674, onde Spinoza escreve que:

> O senhor me pergunta qual a diferença entre Hobbes e mim quanto à política: essa diferença consiste no fato de que afirmo sempre o direito natural e de que, numa cidade qualquer, apenas atribuo ao soberano direito sobre seus súditos na medida em que ele, pela potência, leva vantagem sobre eles: é a continuação do estado de natureza.

Vê-se, claramente, dessa afirmação que Spinoza, objetando a tese de Hobbes, não vê no contrato que institui um poder civil uma ruptura com o estado da natureza, mas sim uma continuidade a esse direito natural, pois essa união tem por finalidade a instauração de um poder que confere maior força para os indivíduos se conservarem perante os outros. Muito embora o poder do Estado civil limite o poder do indivíduo, este, todavia, não anula o seu direito natural, uma vez que tanto no

---

[231] *Ibid*, 309.
[232] *Ibid*, p. 310.
[233] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55.

estado da natureza quanto na sociedade o homem age sempre segundo as leis de sua natureza e procura satisfazer sempre seus interesses, já que em cada um desses dois estados ele é movido sempre em suas ações pela esperança ou pelo medo. Em vista disso, "a diferença fundamental entre o estado de natureza e o estado civil é que neste último todos temem as mesmas coisas e para todos há uma única garantia de segurança e um único modo de viver".[234] E, dessa maneira, compreendendo o poder civil como uma continuidade do direito natural, o direito do Estado segundo Spinoza não é absoluto. Assim como todas as outras coisas naturais, o Estado não pode existir ou manter-se se não se conformar com as leis da natureza, de modo que não há dúvida de que "os contratos, ou as leis, pelos quais o conjunto dos cidadãos transfere o seu direito para um conselho, ou para um homem, devem ser violados quando essa violação importa ao interesse comum".[235]

As indecisões filosóficas expressadas no século XVII em um pensamento jusnaturalista que se pretende moderno, mas que em grande parte ainda se prende a fortes filosofemas característicos da tradição clássica, também são encontradas na obra do jurista alemão Samuel von Pufendorf (1632-1694), que, seguindo a filosofia de Hugo Grotius, vê no direito natural não uma potência física, mas uma qualidade moral inerente à racionalidade humana. Refutando o que seria para ele um "falso princípio" de um "direito-potência" sugerido por Hobbes e Spinoza, Pufendorf afirma que só é concebível a existência de direito em "seres inteligentes", ou seja, somente seres humanos, dotados de razão e bom senso poderiam ter a noção do que convém ou não fazer, seguindo os ditames de uma virtude moral.

Conforme escreve Simone Goyard-Fabre[236] sobre o pensamento jusfilosófico de Pufendorf, diferenciando-o do jusnaturalismo de Hobbes e Spinoza, "a problematização do direito natural não poderia caber num fisicismo mecanicista ou num substancialismo metafísico dominado pela noção de potência". Compartilhando neste aspecto com o pensamento de Grotius, Pufendorf defende que a idéia de direito natural se traduz em termos obrigacionais, uma vez que seu exercício envolve uma exigência moral da qual somente o homem razoável seria capaz de apreender o sentido. Assim, ao adotar uma concepção essencialmente moral do direito natural, a filosofia de Pufendorf resgata a idéia tradicional de lei natural com

[234] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VI, p. 231.
[235] SPINOZA, Benedictus. Tratado político. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 319. (Os pensadores)
[236] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 58.

matizes teológicos e transcedentais típicos de um jusnaturalismo clássico. Mostra disso é que a sua definição de justiça sob o direito natural se ajusta à antiga concepção do direito romano, como sendo a "vontade perpétua de dar a cada homem o que lhe é devido",[237] numa clara aproximação do seu conceito de justiça à conhecida fórmula do "*suum cuique*".[238]

Ciente de que a fórmula do "*suum cuique*" conduz à tautologia, à medida que a norma não define o que é direito de cada um, Pufendorf diz que a justiça, definida com o sentido de direito natural, somente seria possível sob uma positivação dos direitos pertencentes a cada homem. Desse modo, para que não haja um número infinito de disputas, o direito natural exige que o direito positivo determine "o que cada homem considera seu e o que considera do outro".[239] Tal afirmação de Pufendorf evidencia ainda que, não obstante as críticas formuladas, sua filosofia assume, por essência, a mesma pretensão de Hobbes em justificar o direito positivo pelo direito natural.

Tem-se, portanto, que ao contrário de Hobbes e Espinosa, Pufendorf faz das "máximas do direito natural" objeto de "um *officium* próprio do homem, de tal forma que ninguém deve cometer in-júria (*injuria*) contra outrem".[240] É em termos de dever que a idéia de direito natural deve ser compreendida, pois da mesma maneira que não há privilégio sem preço, também não há direito sem dever. De modo que, para Pufendorf,[241] as ações dos homens são "suscetíveis de imputação", à medida que implicam na responsabilidade de seus autores.

Conferindo ênfase a um voluntarismo divino, Pufendorf sustenta que a moral natural determinada por leis naturais impostas por Deus é maior do que qualquer convenção humana, devendo sempre ser considerada como um valor de justiça. Em sua obra "Direito da natureza e das gentes", Pufendorf explica que "a lei natural é a

---

[237] PUFENDORF, Samuel von. *apud* KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 148.

[238] Segundo Hans Kelsen, "a fórmula de justiça mais frequentemente usada é a conhecida *suum cuique*, a norma segundo a qual a cada um se deve dar o que é seu, isto é, o que lhe é devido, aquilo a que ele tem uma pretensão (título) ou um direito. É fácil ver que a questão decisiva para a aplicação desta norma – o que é o 'seu', o que é que é devido a cada um, o que é o seu direito – não é decidida pela mesma norma. Como aquilo que é devido a cada um é aquilo que lhe deve ser dado. A aplicação desta norma de justiça pressupõe a validade de uma ordem normativa que determine o que é para cada um o 'seu', ou seja, o que é que lhe é devido, a que é que ele tem direito – por terem os demais, segundo a mesma ordem normativa, um dever correspondente.", *in,* KELSEN, Hans. O problema da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18.

[239] *Ibid*, p. 18.

[240] PUFENDORF, Samuel von. *apud* GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 58.

[241] *Ibid*, p. 60.

norma divina e a única que permite avaliar o valor moral de uma ação".[242] Nessa perspectiva, a lei natural seria o indicador de uma virtude humana contra o instinto, e que se expressa numa sociabilidade sob a qual todos os homens, seguindo uma ordem racional da Criação, seriam iguais em dignidade e em obrigações comuns.

Esse primado de harmonia que a sociedade dos homens requer, foi retomada também por John Locke (1632-1704), que logo em uma de suas primeiras obras, "Ensaios sobre direito natural", identifica a lei da natureza à lei divina, reservando à razão o mister de revelar e interpretar a vontade da lei divina. Segundo Locke,[243] "a lei da natureza pode-se descrever como o mandamento que indica o que está ou não está de acordo com a natureza racional e desse modo mesmo manda ou proíbe", concluindo que "a razão não funda e dita tanto estas leis de natureza quanto a busca e a descobre como uma lei decretada por um poder superior e inato nos nossos corações; de modo que ela não é o autor, mas o intérprete daquela lei". Divergindo do jusnaturalismo mecânico-racionalista e substancial-naturalista de Hobbes e Spinoza, respectivamente, Locke revigora a tradição do jusnaturalismo clássico ao atribuir à razão humana a tarefa de manifestar o mandamento de Deus.

Já nos "Tratados sobre o governo civil", que expressa a maturidade do pensamento de Locke, a lei da natureza alcança uma certa autonomia racional. No primeiro dos "Dois Tratados" Locke refua as teses de Robert Filmer[244] em "Patriarca ou a potência natural dos Reis", de 1680, segundo o qual "Deus sempre governou seu povo apenas pela monarquia",[245] e que o poder dos reis derivaria do direito hereditário de Adão, a quem Deus havia conferido autoridade sobre todos os seus descendentes e o domínio natural do mundo.[246] No segundo dos "Dois tratados", parte onde expõe a parte positiva de sua doutrina, Locke acaba por enfatizar a "reciprocidade perfeita" nas relações humanas, fruto de uma lei natural passível de

---

[242] *Ibid*, p. 62.
[243] LOCKE, John *apud* ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VII, p. 110.
[244] Segundo aponta Hans Kelsen, a tese principal de Robert Filmer era que seria antinatural que o povo governe ou escolha governantes, opondo-se aos que investem de autoridade suprema todo o povo através do princípio da maioria: "Tem-se notícia de um encontro geral de todo um reino para a eleição de um príncipe? Existe algum exemplo disso em todo o mundo? Conceber tal coisa é imaginar pouco menos que uma impossibilidade, e, como conseqüência, nenhuma forma de governo ou rei jamais foi estabelecida segundo essa suposta lei da natureza". Afirmando ainda, sobre o princípio da maioria, que "a menos que se possa provar pela lei da natureza que a maioria ou alguma outra parte tem poder de sujeitar o resto da multidão, deve-se concluir que os atos de multidões não inteiras não são obrigatórios para todos, mas apenas para os que neles consentiram", in O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 155.
[245] FILMER, Robert apud KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 154-155.
[246] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VII, p. 110-111.

entendimento e interpretação através da razão. Haveria assim um direito natural que rege todos os homens enquanto homens, independentemente destes serem ou não cidadãos vinculados a um determinado poder político. Antes mesmo da constituição de um poder político, ou seja, mesmo em um estado de natureza, haveria certos direitos naturais que consistiriam na única lei válida, que compreenderia o direito à liberdade dos homens e de não se submeterem à vontade ou autoridade de outro, devendo somente observar os preceitos da norma natural. Isto porque nem mesmo no estado de natureza poderia o homem viver da forma que melhor lhe conviesse, pois mesmo neste estado haveria a obrigação recíproca de um respeito mútuo entre os homens em relação aos direitos naturais à vida, à liberdade, e à propriedade, e, uma vez transgredido algum desses direito, implicaria ainda o direito ao ofendido em punir o ofensor e de ser o executor da lei da natureza. No entanto nem mesmo esse direito de punir implicaria no uso arbitrário ou absoluto da força, mas apenas numa reação razoável e proporcional à transgressão.[247]

Percebe-se, portanto, que diferentemente de Hobbes, o estado de natureza para Locke não representa um estado de guerra, somente assumindo estas características quando uma ou mais pessoas recorre ao uso da força para obter algo que é proibido pela norma natural, ou seja, uma tentativa ilegítima de controle sobre a vida, a liberdade e a propriedade de outrem. E é exatamente para coibir este estado de guerra que os homens constituem um poder político para o qual se possa apelar para fazer cessar a insegurança e todos os inconvenientes próprios de um estado de guerra. Mas é certo, no entanto, que a constituição de um poder civil não tem o condão de retirar dos homens os direitos naturais que gozavam em seu estado de natureza, com a exceção do direito de fazer justiça com as próprias mãos, uma vez que esse mister caberia agora ao próprio poder político com vistas à pacificação social. Se em estado de natureza a liberdade do homem só poderia ser limitada pela própria lei natural, em sociedade o homem também não poderia ser sujeitado "a outro poder legislativo senão o estabelecido pelo consenso nem ao domínio de outra vontade ou à limitação de outra lei do que aquela que este poder legislativo estabelecerá conformemente à confiança depositada nele".[248] Nesse sentido, ao mesmo tempo que o consenso dos cidadãos dá origem ao poder civil,

[247] *Ibid*, p. 112.
[248] LOCKE, John apud ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Lisboa: Editorial Presença, 1978, vol. VII, p. 112.

também confere a este legitimidade para que este garanta a liberdade dos seus cidadãos.

Uma outra divergência de Locke ao pensamento de Hobbes é que a constituição de uma sociedade civil mediante um contrato não pode dar origem a um poder político absoluto ou ilimitado. Isto porque se o consenso dos cidadãos de uma determinada sociedade é o que dá origem e legitima o direito dessa sociedade sobre seus membros, este mesmo ato de liberdade não pode legitimar o homem à vontade arbitrária e ilegítima de um outro homem. A partir da sua concepção de direito natural, Locke[249] deduz que:

> O poder supremo em toda nação (...) não é, nem pode ser, absolutamente arbitrário sobre a vida e o destino do povo; pois, sendo apenas o poder reunido de todos os membros da sociedade cedido à pessoa ou assembléia que é legisladora, não pode ser mais do que tinham aquelas pessoas em estado de natureza, antes de entrarem na sociedade e renunciarem em favor da comunidade; pois ninguém pode transferir a outro mais poder do que tem em si, e ninguém tem um poder arbitrário absoluto, sobre si ou sobre qualquer outro, de destruir sua própria vida ou tomar a vida ou a propriedade de outrem.
> "não se pode supor que eles [i.e., os que estabeleceram, em conformidade com a lei da natureza, uma comunidade] pudessem pretender, tivessem eles poder para tanto, dar a um ou mais de um o poder arbitrário absoluto sobre suas pessoas e propriedades e passar à mão do juiz força para executar arbitrariamente sua vontade sobre eles. Isso seria colocarem-se em condição pior que o estado de natureza, no qual tinham liberdade para defender seu direito contra os danos de outros e estavam em condições iguais de força para mantê-lo, fosse ele infringido por um único homem ou por muitos em combinação.

Verifica-se, portanto, que tanto Locke como Pufendorf afastam-se da racionalidade materialista do direito natural hobbesiano, conferindo assim um revigoramento à tradição do voluntarismo divino. Promovem, no entanto, uma reconfiguração "humanista" desse pensamento clássico para atribuir à razão, e não mais à "revelação", a tarefa de identificar e interpretar a lei natural. A razão se apresenta, assim, como instrumento suficiente para identificar, através da observância da lei natural, um critério racional para avaliar o valor moral de uma ação. Nesse sentido, e já em meados do século XVIII, Burlamaqui ainda dá continuidade às teses jusnaturalistas modernas deduzindo o que seriam os três preceitos de direito natural dados por Deus a todos os homens e passíveis de

[249] LOCKE, John apud KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 153.

identificação através do uso da razão, os quais seriam: "*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere"*.[250]

Fica evidente que, apesar de fortemente abalados pelo espírito científico do século XVII, os postulados da tradição clássica persistiam no pensamento jusnaturalista moderno. Apesar de já se fazerem presente inegáveis traços de um racionalismo e um individualismo, a idéia de que os direitos naturais tinham uma correlação direta com a vontade divina ainda permanecia central no jusnaturalismo da "escola do direito da natureza e das gentes".

Mas se desde o século XVII as teorias jusnaturalistas fundadas em postulados cosmoteológicos vinham perdendo espaço para esse novo espírito impregnado por um "humanismo" e um "racionalismo", passa a predominar a idéia de que, independentemente das bases filosóficas adotadas, o fato é que os direitos naturais do homem deveriam ser incorporados e protegidos pelas instituições civis. Com isso, a noção de lei passava a ser priorizada, representando um inegável triunfo do "convencionalismo" materialista sobre o "naturalismo" metafísico. E nesse contexto, à medida que a lei civil tinha como pressuposto as figuras do "legislador humano" e do "indivíduo", as diretrizes racionalistas da filosofia do direito passam a incorporar em suas teorias um "estatismo" e um "objetivismo" que, doravante, permitiriam que as pretensões cientificistas do positivismo, finalmente, fossem realizadas.

O juspositivismo e os primórdios de uma ciência do direito

Com a crescente racionalização das teorias jusnaturalistas estava aberto o caminho para o desenvolvimento do positivismo jurídico. Passava-se, então, cada vez mais, a se manifestar uma irresistível tendência de ruptura com as ordens cosmoteológicas tradicionais, para se estabelecer os fundamentos do direito em postulados essencialmente racionais. E, principalmente a partir da segunda metade do século XVIII, com a crescente busca pela positivação dos direitos naturais através de leis positivas, as teorizações filosóficas características do jusnaturalismo moderno passa a se deparar com os inconvenientes de uma obsessão prática.

---

[250] BURLAMAQUI *apud* GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 58

No primeiro capítulo de "O espírito das leis" Charles Louis de Sécondat, mais conhecido como Barão de Montesquieu (1689-1755), confere à idéia universal de lei natural uma nova concepção metafísica. Também na condição de adversário de Hobbes, Montesquieu entende que "as regras institucionais pelas quais a normatividade é introduzida nas condutas humanas não encontram princípio de existência nem justificação no poder de decisão dos homens". Assim, e não obstante reconhecer que existam no Estado leis que são "estabelecimentos humanos", entende que "nenhuma lei positiva deve ofender o Ideal de justiça que Deus quis superior e anterior a todos os decretos do arbítrio humano: os *dictamina* da Justiça divina impõem-se por toda parte e sempre a todos".[251]

Também contrariando o convencionalismo de Hobbes, Montesquieu sustenta que as leis dos homens extraem seu poder normativo da "justiça universal", que é divina. E, dessa maneira, seria possível que os homens identificassem e tomassem por modelo um "arquétipo transcendente" do justo. Afinal, pondera Montesquieu, "se há um Deus, ele tem necessariamente de ser justo". Ou, conforme ilustra o próprio Montesquieu:[252]

> Os seres particulares inteligentes podem ter leis que eles próprios elaboraram; mas possuem também leis que não elaboraram. Antes de existirem seres inteligentes, eles eram possíveis; possuíam, portanto, relações possíveis e, consequentemente, leis possíveis. Antes da existência de leis elaboradas, havia relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada de justo ou de injusto além daquilo que as leis positivas ordenam ou proíbem as leis positivas, é dizer que antes de se traçar o círculo todos os raios não são iguais.

Não haveria, portanto, uma separação ontológica entre o homem e o mundo natural, já que se cada ser possui sua lei, o homem também possuiria a sua lei natural. No entanto, essas leis naturais que o homem identifica ao longo da história não são obrigatórias, afirmando Montesquieu:[253]

> O homem, enquanto ser físico, é, assim como os outros corpos, governado por leis invariáveis. Como ser inteligente, viola incessantemente as leis que Deus estabeleceu e transforma aquelas que ele mesmo estabeleceu. Deve orientar a si mesmo e, no entanto, é um ser limitado; está sujeito à ignorância e ao erro, como todas as inteligências finitas; quanto aos parcos conhecimentos que possui, ainda está sujeito a perde-los. Como criatura sensível, torna-se sujeito a mil paixões. Tal ser poderia, a todo instante, esquecer-se de seu criador; Deus chamou-o a si com as leis da religião. Tal ser poderia, a todo instante, esquecer a si mesmo; os filósofos

[251] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.
[252] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 12.
[253] *Ibid*, p. 13.

> advertiram-no com as leis da moral. Feito para viver na sociedade, poderia nela esquecer-se dos outros; os legisladores fizeram-no voltar aos seus deveres com as leis políticas e civis.

Com esse ponto de vista, constata-se que Montesquieu não vê a ordem ao longo da história como um mero fato, ou mesmo como um ideal transcedental e estranho aos fatos históricos, mas sim como a própria lei de tais fatos, a sua normatividade. De forma inaugural, Montesquieu, ao contrário da filosofia tradicional, sustentava suas teorias a partir do conhecimento histórico e empírico. A principal inovação apresentada em suas obras foi a proposta de uma análise comparativa no estudo das sociedades e suas instituições, uma vez que em suas viagens constatou a diferença cultural[254] entre os povos ocidentais e orientais. Para Montesquieu, haveria um determinismo social onde cada sociedade seria regida por particularidades ligadas ao clima, à geografia, à raça e aos costumes de cada povo, mas que guardavam sempre uma harmonia com uma ordem maior.[255] Assim, seria possível ao conhecimento humano identificar quais seriam essas leis que regem as relações sociais. Nesse sentido, tem-se que Montesquieu,[256] apesar de não romper com o jusnaturalismo, avança inegavelmente em direção a um juspositivismo:

> As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis.
> (...) Existe, portanto, uma razão primitiva; e as leis são as relações que se encontram entre ela e os diferentes seres, e as relações destes diferentes seres entre si.

Através dessa célebre definição, onde as instituições jurídicas passam a ser analisadas de forma objetiva, Montesquieu abre caminho para uma ciência do

---

[254] Interessante notar que Sally Falk Moore nota importantes contribuições teóricas de Montesquieu ao que, mais tarde, seria incorporado ao campo da Antropologia Jurídica, não obstante ser questionável a referência feita por essa notável antropóloga de que Montesquieu rejeitava a idéia de uma lei natural universal: *"Many of his comparative pronouncements and reconstructions of history now seem fanciful, some of his remarks, quaint, some of them profoundly ill-informed. Some passages in which he expressed his opinion about the effect of climate on law are included below to illustrate aspects of his writings that are no longer taken seriously. But his way of thinking about legal diversity around the world, and his rejection of idea of a universal natural law made an immense mark, and are the link between him and anthropology."*, *in,* MOORE, Sally Falk. Law and Anthropology: a reader. Malden,USA: Blackwell Publishing, 2009, p. 12.

[255] Para Montesquieu, "quanto mais as causas físicas conduzem o homem ao repouso, tanto mais as causas morais o devem afastar dele. (...) Quando o clima leva os homens a fugir do trabalho da terra, as religiões e as leis devem compeli-los a trabalhar.", *apud*, ABBAGNANO, Nicola. Historia da Filosofia, 1978, Vol. VII, p. 227.

[256] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11.

direito, ao ponto de ser considerado por Henri Lévy-Bruhl seu "verdadeiro fundador".[257]

A intenção de Montesquieu era, portanto, conferir uma lógica à história, tornando coerente e inteligível uma imensa gama de costumes, idéias, leis e instituições. Os acontecimentos históricos não ocorreriam de forma totalmente irracional, de modo que seria possível descobrir uma razão ou ordem nos acontecimentos. Em sua obra "Considerações sobre as causas da grandeza e da decadência dos romanos", Montesquieu[258] diz que:

> Não é o acaso que domina o mundo. Pode-se perguntar aos romanos, que tiveram uma fase contínua de prosperidade quando se governavam de uma determinada forma, e uma sucessão ininterrupta de reveses quando agiram de outra forma. Há causas gerais, morais ou físicas, que agem em cada monarquia, levando-a, mantendo-a ou destruindo-a. Todos os acidentes estão sujeitos a essas causas, e se o acaso de uma batalha, isto é, uma causa particular, arruinou um Estado, havia uma causa geral que fazia com que esse Estado devesse perecer em uma única batalha. Numa palavra, a tendência principal traz consigo todos os acidentes particulares.

É nítida nessa citação a preocupação de Montesquieu em identificar relações de causa e efeito em uma determinada situação histórica onde, aparentemente, não houve nada a mais do que o acaso. Sob tal perspectiva, Montesquieu procurava identificar e organizar em determinados padrões uma infinidade de situações, costumes, idéias e instituições sociais que invariavelmente se faziam presentes nas mais diversas sociedades ao longo do transcorrer histórico, sem que, no entanto, os homens dessem conta de sua regularidade. Em síntese, Aron[259] aponta que da diversidade de costumes passíveis de observação podem ser explicados pela teoria de Montesquieu de duas maneiras:

> de um lado, remontando às causas responsáveis pelas leis particulares que se observam neste ou naquele caso; de outro, isolando os princípios ou tipos que constituem um nível intermediário entre a diversidade incoerente e um esquema universalmente válido.

Em relação à sua teoria política, pode-se afirmar que Montesquieu recebeu uma nítida influência da filosofia política clássica, principalmente da "Política" de Aristóteles, pois nos primeiros livros de "O espírito das leis" há em quase todas as

[257] LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 95.
[258] MONTESQUIEU, Charles *apud* ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 18.
[259] ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 19.

páginas referências a esse filósofo grego. Para Montesquieu existiriam três modalidades de governo: a república, a monarquia e o despotismo.[260] Além de seus modos, o governo também poderia ser classificado através de seus princípios, ou seja, sob quais sentimentos estariam assentados: a república depende da virtude, a monarquia da honra, e o despotismo do medo.

Mas dentro da teoria política de Montesquieu a distinção entre governo moderado e governo não-moderado é a questão que se mostra mais relevante e atual. A base de suas formulações teóricas neste ponto é o capítulo 6 do livro XI, onde Montesquieu discorre sobre a Constituição da Inglaterra, propondo sua célebre tripartição dos poderes do Estado. Afinal, foi na Inglaterra que Montesquieu encontrou um Estado onde a liberdade e a representação política consistem em seu princípio fundamental. Nesse Estado, o poder executivo é atribuído a um monarca, pois como o exercício desse mister exige rapidez de decisão e ação, é conveniente que apenas uma pessoa detenha esse poder. O poder legislativo é formado por duas assembléias: a Câmara dos Lordes, representado pela nobreza, e a Câmara dos Comuns, representado pelo povo. E o terceiro poder, o de julgar, que consiste na interpretação das leis, deve ser despersonalizado e sem iniciativa segundo Montesquieu, já que não é um poder de pessoas, mas de leis: "o que se teme é a magistratura, não os magistrados".[261]

A idéia central no pensamento político de Montesquieu consiste, portanto, na limitação do poder do Estado através de uma tripartição harmônica dos seus poderes executivo, legislativo e judiciário. Para Montesquieu, a divisão dos poderes do Estado e o exercício equilibrado desses poderes seria uma condição de liberdade política e moderação do poder. E nesse sentido, conforme escreveu o próprio Montesquieu:[262]

> para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.

[260] Citando o próprio Montesquieu: "Suponho três definições, ou antes, três fatos: um é o de que o governo republicano é aquele em que o povo, coletivamente, ou só uma parte do povo, tem o poder soberano; no monárquico, um só governa, mas por meio de leis fixas e estabelecidas; no despotismo, porém, uma só pessoa, sem lei e sem regras, tudo arrasta com sua vontade e seus caprichos", *apud* ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 21.

[261] MONTESQUIEU, Charles *apud* ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 28.

[262] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166-167.

Interessante notar ainda que ao conceber a limitação do poder através da sua célebre tripartição harmônica, Montesquieu[263] também vislumbrou uma composição democrática também no próprio Poder Judiciário, e que, lamentavelmente, somente foi incorporada, com algumas modificações, pelos países filiados à tradição da "*common law*":

> O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer.
> Dessa forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados.
> É até mesmo necessário que, nas grandes acusações, o criminoso, de acordo com a lei, escolha seus juízes; ou pelo menos que possa recusar um número tão grande deles que aqueles que sobrarem sejam tidos como de sua escolha.
> (...) É até mesmo necessário que os juízes sejam da mesma condição do acusado, ou seus pares, para que não possa pensar que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a lhe fazerem violência.

Mas ao que parece, a obra de Montesquieu contribui decisivamente para acentuar a divisão entre as correntes que pregavam uma análise racional do direito através de uma codificação capaz de trazer homogeneidade ao seu conteúdo, e àquelas outras perspectivas que conferem ênfase às particularidades da cultura, dos costumes, e da própria concepção de justiça entre os diferentes povos. De forma inovadora, Montesquieu procura fundamentar sua filosofia em aspectos essencialmente racionais, e à medida que desenvolve relações de causa e efeito do particular para o universal, inicia uma ruptura com o pensamento metafísico que até então caracterizava a filosofia do direito. Conforme escreve Montesquieu:[264]

> A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana.
> Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra.
> Devem estar em relação com a natureza e com o princípio do governo que foi estabelecido, ou que se pretende estabelecer; quer se elas o formam, como é o caso das leis políticas; quer se o mantêm, como é o caso das leis civis.

---

[263] *Ibid*, p. 169-170.
[264] *Ibid*, 16-17.

> Devem ser relativas ao físico do país; ao clima gélido, escaldante ou temperado; à qualidade do terreno, sua situação de grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos. Enfim, elas possuem relações entre si; possuem também relações com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. É de todos estes pontos de vista que elas devem ser consideradas.
> É o que tento fazer nesta obra. Examinarei todas as relações: elas formam juntas o que chamamos o espírito das leis.
> Não separei as leis políticas das leis civis; pois, como não estou tratando das leis, mas do espírito das leis, e este espírito consiste nas diversas relações que as leis podem possuir com diversas coisas, tive de acompanhar menos a ordem natural das leis do que a ordem destas relações e destas coisas.

Percebe-se, portanto, e de uma maneira geral, que o desenvolvimento das teorias jusnaturalistas ao longo do século XVIII só fizeram aumentar a incerteza semântica sobre o conceito e definição de direito natural. Devido as suas ambivalências, o projeto moderno de conferir autonomia à razão e vontade humana mediante uma ruptura com o primado cosmoteológico característico do jusnaturalismo clássico, acabou sendo, em certo sentido, preso às amarras de embaraçosas aporias filosóficas. Mas de uma forma ou de outra, e não obstante esse novo direito natural, que se pretende moderno, ainda revelar profunda imbricação às postulações teóricas do cosmoteologismo medieval, o fato é que, paradoxalmente, revelava naquele momento histórico uma clara tendência para o positivismo. Em outros termos, conforme nota Simone Goyard-Fabre, "pelo menos, o vínculo substancial entre política, direito e ética já está perigando e muito perto de se romper".[265]

Isto porque, se por um lado o constante encontro entre o pensamento jusntaturalista moderno, centrado na idéia de autonomia da vontade humana, com um pensamento filosófico ainda impregnado pela teoria tradicional que rejeita com veemência qualquer pretensão de desvincular o homem de uma ordem natural e divina, acaba impedindo o triunfo da razão e do humanismo desde meados do século XVII, simultaneamente se desenvolve a noção cada vez mais assente de que os direitos naturais do homem devem estar protegidos pelas instituições políticas civis. E é através do que pode ser considerado um triunfo do convencionalismo hobbesiano, a filosofia do direito finalmente pode se libertar de suas amarras

[265] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 68.

naturalistas metafísicas e se enveredar a passos largos por novas teorias essencialmente racionais e cientificistas na fundamentação de um positivismo jurídico.

Muito embora possa parecer tentador à primeira vista buscar estabelecer um antagonismo entre o pensamento racional e laicizado típico do "homem moderno" com aquele pensamento essencialmente cosmológico e teológico do "homem medieval", é certo que a pretendida ruptura renascentista não ocorreu de forma tão taxativa. Como visto no tópico anterior, o jusnaturalismo da "*escola do direito e das gentes"* era dividido em duas vertentes que compreendiam, em seu conjunto, aporias filosóficas que incorporavam discussões típicas entre dois tipos de pensamentos que se confrontam numa encruzilhada de épocas. A persistência de antigos pressupostos característicos de um direito natural ainda vinculado ao realismo clássico de fundamentação divina, era contrabalanceada pelas incipientes postulações de um direito natural totalmente desvinculado de suas bases cosmoteológicas. Essa indecisão metodológica revelada pelo jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII teve como efeito imediato um fortalecimento das teorias que, desde Grotius, postulavam uma racionalização e secularização do direito. Passava-se, então, a um acentuamento da noção do direito sustentada por Grotius enquanto um "estabelecimento humano" propiciado pelo uso da razão.

Mas com essa nova perspectiva epistemológica racional e secular sustentada inicialmente por Grotius, onde a conotação atribuída ao termo "direito" passa a identificar um conjunto de regras postas para definir os direitos e obrigações em determinada sociedade, novos problemas filosóficos passam a entrar em cena. Se antes prevalecia no jusnaturalismo a idéia de direito relacionada à justiça das ações humanas, agora o que passava a importar era a noção de lei como fonte exclusiva de prescrição de direitos e deveres. Com esse movimento centralizador e estatizante do direito, que passa a ser definido como uma instituição que tem por origem o legislador humano, e que cujo objetivo é regular as condutas de "sujeitos" dotados (ao menos formalmente) de liberdade, igualdade e autonomia, os aspectos ontológicos relacionados ao "valor" e à "justiça" das ações humanas passavam a ser relegadas a um segundo plano à medida em que indagações deontológicas sobre o dever-ser imposto pela "regra" eram priorizadas.

Como observa mais uma vez Simone Goyard-Fabre,[266] muito embora questionamentos ligados à distinção entre obrigação moral e obrigação jurídica já se fizesse presente nas obras de Montesquieu, Linguet ou Mably, é certo que "a cisão entre os conceitos de moral e de direito só se efetua com Kant e Fichte".

Em síntese, o idealismo transcedental kantiano separa o direito da moral à medida que atribui como fonte das regras morais comandos "*in foro* interno", e às regras jurídicas como comandos "*in foro* externo", uma vez que dotadas de coerção. Segundo Kant, a moral não poderia derivar de Deus ou dos homens. Isto porque atribuir os imperativos morais a uma origem divina implicaria partir da finitude humana em direção a uma perfeição simbolizada, mas impossível de ser alcançada sensivelmente. Por outro lado, as regras morais também não poderiam decorrer dos costumes ou valores de conduta existentes de forma difusa e variada pelas diversas sociedades, considerando a impossibilidade de obter nessas diferentes culturas princípios universais. Assim, e considerando que, ao contrário da moral, o direito encontra seu fundamento na faculdade de coação, sua realização se dá, paradoxalmente, através da restrição da liberdade. Desse modo, a lei natural onde se funda tanto o direito como a moral é a liberdade, como condição pura de possibilidade.

Tem-se, portanto, que a doutrina do direito em Kant parte do pressuposto de que a forma pura da moral de uma ação tem por fundamento somente o agir por dever, a partir da autonomia da vontade individual, não suscitando, dessa maneira, qualquer motivação de ordem empírica. De modo contrário, o direito se apresenta através da legalidade da ação, não requerendo qualquer consideração de ordem moral. Para o direito, o que importa é a fiel observância aos preceitos legais, ainda que não haja uma intenção virtuosa no cumprimento das regras.

Em seu construtivismo transcedental, Kant propõe uma "ciência pura do direito" a partir de uma concepção racional prática. Contrapondo-se à idéia de que a ciência do direito se revela através do conhecimento empírico e meramente técnico das leis positivas como resultado de uma construção legislativa ao longo da história, Kant elabora uma metodologia que tem por objetivo apenas a "forma" (*a priori*) das relações jurídicas, e não seus "conteúdos" (*a posteriori*). A respeito desse tratamento transcedental dado por Kant ao direito, estabelecendo uma distinção entre a origem

[266] *Ibid*, p. XXV.

pura do direito e a sua necessidade, é interessante notar que, conforme observa Monique Castillo, citada por Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli:[267]

> As vontades reclamam puros princípios práticos universais de ligação, incomensuráveis com os elos simplesmente antropológicos que os sujeitassem à natureza. Na medida em que a Doutrina do direito os faz derivar de princípios a priori imperativos, as leis não tiram sua força obrigatória a não ser de sua intelegibilidade prática. De sorte que o direito natural (Naturrecht), compreendido em um sentido normativo e não naturalista, não designa nada mais que a autonomia prática do puro conceito do direito, ou sua universalidade a priori exigível.

Tem-se, portanto, que para Kant a concepção do direito está atrelada à noção de transição de um estado de natureza para um estado civil, e que, não existe direito fora do Estado. E nesse movimento de construção transcedental do direito sobre a liberdade, ou seja, em sua autonomia, Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli[268] afirmam que Kant "não rompe com o jusnaturalismo e não se inclina para o positivismo jurídico". Isto porque, segundo esses autores, "a tese do positivismo jurídico é que não existe direito exterior e superior ao direito instituído pelo Estado; em Kant, trata-se apenas de afirmar que não há direito anterior ao Estado, o que é muito diferente".

Tanto que, mesmo Hans Kelsen, também entende que a filosofia do direito de Kant "é uma aplicação típica da doutrina do Direito natural", à medida que não vê como legítima qualquer resistência do povo ao poder legislativo supremo do Estado. Mas, por outro lado, o entendimento de que a interpretação do direito natural consiste em prerrogativa exclusiva das autoridades estabelecidas pelo direito positivo, e que não há qualquer direito de resistência a essas autoridades, representa, para Kelsen,[269] "uma completa desnaturalização da doutrina do Direito natural". Isto porque o jusnaturalismo clássico, cuja teoria traz implícita a idéia de um direito natural superior ao direito positivo, não tinha por função "enfraquecer, mas fortalecer a autoridade do Direito positivo".

Tem-se, portanto, que de um modo geral, ao buscar incessantemente a superação das teorias jusnaturalistas que atribuíam fundamentação ao direito a partir de noções metafísicas, o positivismo instituído na filosofia do direito tinha como

---

[267] BILLIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 159.
[268] *Ibid*, p. 163.
[269] KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 151.

idéia central a busca da exclusividade e auto-suficiência das regras postas pelo legislador humano. Em outras palavras, tratava-se, em síntese, de um triunfo racionalista onde o direito passava a ser concebido como resultado de um "estatismo", onde o legislador se apresenta como único ente legitimado para a criação da lei, fonte material exclusiva da ordem jurídica, e de um "objetivismo", que eliminava do pensamento jurídico qualquer referência ou preocupação valorativa ou axiológica.

Segundo Simone Goyard-Fabre,[270] com rigor "o positivismo jurídico só apareceu no século XIX", e não obstante alguns filósofos afirmarem que o positivismo jurídico era essencialmente diferente do positivismo filosófico, o certo é que "ambos se edificaram sobre a mesma premissa epistemológica: a saber, uma exigência de objetividade científica tal que a verdade equivale ao conhecimento dos fatos". Norberto Bobbio[271] também parece concordar com essa conclusão ao sustentar que "o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais". Efetivamente, o primado da ciência moderna tem por fundamento a distinção entre "juízos de fato" e" juízos de valor", onde somente os primeiros seriam habilitados a fornecer um conhecimento puramente objetivo da realidade, excluindo-se toda e qualquer consideração de ordem subjetiva na análise dos fatos.

E nesse âmbito de análise, Hans Kelsen entende que, não obstante as ambigüidades e falácias da doutrina do direito natural, ela sempre exerceu e exercerá grande influência no pensamento social pelo fato de satisfazer a necessidade humana de justificação. Ou, para citar o próprio Kelsen:[272]

> Para justificar os juízos de valor subjetivos que emergem do elemento emocional de sua consciência, o homem tenta apresentá-los como princípios objetivos transferindo para eles a dignidade de verdade, torná-los proposições da mesma ordem que os enunciados sobre a realidade. Portanto, pretende deduzi-los da realidade, o que implica ser o valor imanente à realidade. A realidade, porém, pode ser concebida não apenas como natureza, mas também como sociedade ou história, determinada por leis análogas às leis da natureza. Então pode-se tentar deduzir dessas leis a ordem justa das relações humanas. Essa é a tendência da sociologia e da

[270] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 72-73
[271] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.
[272] KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 161.

> filosofia da história tal como desenvolvidas no século XIX. Embora essas duas disciplinas se oponham diretamente à doutrina do Direito natural, elas aplicam o mesmo método e, portanto, incorrem na mesma falácia da doutrina que pretendem substituir – a inferência do "é" para o "deve ser".

Interessante notar que Kelsen insere na celeuma entre o jusnaturalismo e juspositivismo a questão da própria objetividade do conhecimento de um modo geral. E, já no século XIX, vê que o que antes representava para os filósofos uma reflexão sobre a ordem natural da "realidade", passa a ser trabalhada por um espírito cada vez mais científico através nas modernas noções de "sociedade" e "história".

De todo o modo, o fato é que ao longo do século XIX inicia-se um movimento positivista, que no direito pode ser definido minimamente pela busca em excluir o justo da noção de direito. Mas certamente o positivismo não pode ser compreendido somente no âmbito do direito, já que seu desenvolvimento também está centrado na teoria social (filosofia positiva) e na própria epistemologia (positivismo lógico). Tanto que o termo "positivismo" é atribuído originalmente a Auguste Comte, e está intimamente ligado à "sociologia", considerada em seu *"Cours de philosophie positive"* como a "ciência natural da sociedade", e que representaria, em sua concepção, o triunfo do positivismo no pensamento humano. E nesse ponto é que se insere a questão da existência ou não de uma relação entre o positivismo dos filósofos e o positivismo dos juristas, bem como suas eventuais similitudes na oposição entre esses positivismos em relação às ciências da natureza e ao direito natural.

OS POSITIVISMOS E A CIÊNCIA DO DIREITO

Efetivamente, as duas formas mais célebres de positivismo são, primeiramente, aquele formulado na doutrina de Auguste Comte, e que se vincula, de um modo geral, à filosofia e à teoria social, e, de outro lado, o positivismo jurídico[273] proposto por Hans Kelsen, já no início do século XX. E a questão que se

[273] Sobre a origem do termo "direito positivo", e do próprio uso da expressão positivismo associado ao direito, Norberto Bobbio escreve que "toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre 'direito positivo' e 'direito natural', distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão 'direito positivo' é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais. No latim da época romana, o uso do termo positivus em sentido análogo àquele a ser assumido na expressão 'direito positivo' é encontrado em apenas um texto. Trata-se de uma passagem das Notti Attiche de Aulo Gellio, onde se diz: *Quod P. nigidus argutissime docuit nomina non positiva*

coloca é se há conexões entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico. Sustentando haver uma nítida filiação entre esses positivismos, Jean-Cassien Billier[274] entende que é possível estabelecer essa relação entre Comte e Kelsen principalmente "pela mediação das sociologias de Durkheim, que se inscreve na linha do primeiro, e de Max Weber, que se aproxima do segundo". Em sentido diverso, Norberto Bobbio [275]entende que as origens do positivismo jurídico "nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o prieiro surge na Alemanha, o segundo surge na França". De todo o modo, e apesar do fato de haver contrastes evidentes entre o positivismo filosófico de Comte e o positivismo jurídico de Kelsen, há também claras conexões históricas e intelectuais entre ambos.

Nesse âmbito de análise, é impostante considerar que a sociologia surge no século XIX partindo da suposição de que a sociedade é regida por leis causais universais, assim como a natureza. Contando com a influência da teoria da evolução orgânica desenvolvidas no campo da biologia primeiramente por Lamarck e depois por Darwin, o pensamento social chegou à hipótese da existência de uma lei fundamental da evolução das sociedades. E os principais representantes dessas teorias sociais evolucionistas foram Auguste Comte (1798-1857) e Herbert Spencer (1820-1903), ao defenderem a tese de que não só o passado e o presente, mas também o futuro poderiam ser explicados, e até certo ponto previstos, como resultado imediato e necessário da evolução histórica das diversas socidades.[276]

Haveria, portanto, um progresso permanente da humanidade, que passava de uma fase inferior para uma superior, até alcançar sua fase mais elevada na evolução. E esse estágio mais elevado da evolução, tanto na teoria de Comte como

---

esse, sed naturalia.", *in*, BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.

[274] BILIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 187.

[275] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.

[276] Interessante notar que Henri Lévy-Bhrul, ao escrever sobre as origens da ciência do direito, informa que: "Sabe-se que a sociologia nasceu na primeira metade do século XIX e que seus promotores são dois pensadores franceses: Henri de Saint-Simon e Auguste Comte. O primeiro não tinha a menor noção de direito. Quanto a Comte, não parece tê-lo compreendido melhor. Sob a influência da escola histórica, então no seu apogeu, Comte considera a legislação como uma construção artificial e, como Marx, mas por razões muito diversas, acredita que o direito é temporário e que está destinado a desaparecer da sociedade positivista do futuro. Até meados de 1880, a atitude dos sociólogos – que são antes de tudo reformadores sociais – não parece ter sofrido grandes mudanças. Em 1882, Herbert Spencer publica seus Princípios de sociologia, em que dedica um capítulo às leis e formula a opinião, cuja justeza podemos aqui apreciar, segundo a qual o direito não passa de uma forma cristalizada do costume. No conjunto, porém, a sociologia de Spencer, discípulo de Darwin, é uma doutrina biológica e organicista que não concebe ao direito senão um lugar muito reduzido.", *in*, LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 95-96.

de Spencer, coincide com o seu ideal político, e que é deduzido, segundo Kelsen,[277] "a partir da lei fundamental da evolução progressiva, exatamente como a doutrina do Direito natural deduz a lei correta a partir da natureza". Essa suposição da existência de uma lei fundamental que impõe uma força progressiva na evolução social, tida por Comte e por Spencer como evidente, implica, como nota Kelsen, "que um valor social é imanente à realidade social – pressuposto característico da doutrina do Direito natural". No entanto, como o valor não pode ser objetivamente tido como imanente à realidade, já que é essencialmente subjetivo, Kelsen sustenta ainda ser "óbvio que a lei fundamental da evolução segundo Comte conduz a um resultado inteiramente diferente daquele que, segundo Spencer, é o efeito necessário da evolução".

O positivismo filosófico

Em seu "Curso de filosofia positiva", Comte acreditava ter descoberto uma "grande lei fundamental" a partir de provas racionais estabelecidas através de verificações históricas, e que consiste no fato de que cada ramo do conhecimento humano passaria, sucessivamente, por três estados diferentes: o estado teológico ou fictício, metafísico ou abstrato, e o estado científico ou positivo. Neste estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia sua ânsia em identificar a origem e o destino do universo, ou a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para "preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude".[278]

Dessa maneira, o caráter fundamental da filosofia positiva proposta por Comte[279] é considerar "todos os fenômenos como sujeitos a leis naturais invariáveis, cuja descoberta precisa e cuja redução ao menor número possível constituem o objetivo de todos os nossos esforços". Trata-se, em outros termos, de "fundar a física social", já que "nenhum fenômeno observável poderia evidentemente deixar de

---

[277] KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.162.
[278] COMTE, Auguste. Curso de Filosofia positive; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 4. (Os pensadores)
[279] *Ibid*, p. 7.

entrar numa das cinco grandes categorias, desde já estabelecidas: fenômenos astronômicos, físicos, químicos, fisiológicos e sociais". E através da aquisição desse caráter de universalidade que ainda lhe faltava, "a filosofia positiva se tornará capaz de substituir inteiramente, com toda a superioridade natural, a filosofia teológica e a filosofia metafísica, as únicas a possuir realmente hoje essa universalidade".[280]

Percebe-se que a lei fundamental da evolução proposta por Comte confere prioridade do mais geral e simples sobre o mais especial e complexo, e prevê que na sociedade do futuro a vida especulativa irá preponderar sobre a vida ativa. Essa preponderência é, segundo Comte, a característica do progresso humano. Assim como em "A república", de Platão, Comte parece propor que o resultado necessário da evolução social é o Estado ideal da sociedade. Isto porque, assimo como no Estado ideal de Platão, "a classe dos filósofos governa a classe trabalhadora, na sociedade do futuro; segundo a profecia de Comte, a classe dominante será uma classe de filósofos, isto é, de homens de ciência e arte".[281]

Segundo sua filosofia positiva, e numa clara ruptura com a doutrina do direito natural, Comte prevê que a sociedade do futuro não se fundamentará na idéia de direitos, mas antes num princípio de dever oriundo de uma educação universal. Esse novo "poder moral" passaria a cumprir assim o grande ofício social que o catolicismo já não exercia naquele momento. Nesse sentido, Comte[282] escreve que:

> Sem poder empreender aqui a apreciação moral da filosofia positiva, cabe entretanto assinalar a tendência contínua que resulta diretamente de sua própria constituição, científica ou lógica, para estimular e consolidar o sentimento de dever, sempre desenvolvendo o espírito de conjunto que a ela se encontra naturalmente ligado. Esse novo regime mental dissipa espontaneamente a fatal oposição que, desde o fim da Idade Média, existe cada vez mais entre as necessidades intelectuais e as necessidades morais. De agora em diante, ao contrário, todas as especulações reais, convenientemente sistematizadas, sem cessar concorrerão a constituir, tanto quanto possível, para a universal preponderância da moral, posto que o ponto de vista social virá a ser necessariamente o vínculo científico e o regulador lógico de todos os outros aspectos positivos. É impossível que tal coordenação, desenvolvendo familiarmente as idéias de ordem e de harmonia sempre ligadas à Humanidade, não tenda a moralizar profundamente, não apenas os espíritos de elite, mas também a massa das inteligências, que deverá participar, em menor ou maior grau, dessa grande iniciação, conforme um sistema conveniente de educação universal.

---

[280] *Ibid*, p. 9-10.
[281] KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.162.
[282] COMTE, Auguste. Curso de Filosofia positive; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 76. (Os pensadores)

Essa passagem parece demonstrar bem que a filosofia positiva proposta por Comte tinha por orientação um programa político essencialmente coletivista. As preocupações mefafísicas típicas do jusnaturalismo foram substituídas por uma norma social imposta por uma física social, voltada para a "realidade" e para a "utilidade". A identificação de leis universais que regem o desenvolvimento social ao longo da experiência histórica tornava possível a condução racional da história pelo homem. E, desse modo, o progresso da humanidade seria somente possível se o homem identificasse as leis que controlam o movimento da sociedade, e, com isso, pudesse influenciar racionalmente seu curso através da ação deliberada.

Não obstante sua filosofia positiva não alcançar um sucesso imediato na França, é certo que em outros países a obra de Auguste Comte reuniu uma série de seguidores. Na Inglaterra, o "Curso de filosofia positiva" conquistou a importantíssima admiração de John Stuart Mill. Mas foram nas formas pelas quais a obra de Comte foram utilizadas por Durkheim, e nas repercussões que levaram a sua filosofia positiva a estabelecer o programa filosófico desenvolvido pelo positivismo lógico, que se mostram relevantes para mostrar que há uma nítida conexão entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico.

Essa estreita conexão entre o positivismo filosófico de Comte e o positivismo lógico do Círculo de Viena é apontada por Anthony Giddens, que vê na figura de Durkheim, devido a enorme influência dos seus escritos para a disseminação da "sociologia positivista", o principal autor da ciência social para o desenvolvimento mais difuso do positivismo de Comte. Segundo Giddens:[283]

> A importância da linha de conexão que vai de Comte a Durkheim é de fácil documentação. Tanto quanto se concebe a ciência social do século XX, a influência dos escritos de Comte deriva menos do seu impacto direito do que de seu remanejamento na versão de Durkheim do método sociológico. As obras de Durkheim oferecem uma fonte próxima para o funcionalismo tanto em antropologia quanto em sociologia. Mas a obra de Durkheim também teve um efeito mais amplo e mais difuso, como um estímulo para as tradições centrais do pensamento social contemporâneo em que a finalidade de atingir uma "ciência natural da sociedade" é considerada desejável e factível.

Em outros termos, parece que Durkheim foi um autor que, dando seqüência à "sociologia positivista" sugerida por Comte, iniciou uma tradição intelectual que

[283] GIDDENS, Anthony. Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 178.

buscava formular princípios para os fenômenos sociais que se revelassem tão objetivos quanto as leis das ciências naturais. Afinal, foi através de Durkheim que, não obstante a manutenção do esquema metodológico do positivismo proposto por Comte, houve uma relativa desvinculação da teoria da mudança social para direcionar o enfoque analítico na autonomia e no rigor da sociologia enquanto disciplina científica. Por meio da observação da regularidade dos fatos sociais, seria possível identificar, pelo método indutivo, os princípios e as leis que regem o desenvolvimento social e suas instituições. Sobre a necessária objetividade do método sociológico, Durkheim[284] propôs, de forma original, que:

> O nosso método é objetivo. É totalmente dominado pela idéia de que os fatos sociais são coisas e devem ser tratadas como tais. Este princípio encontra-se, sem dúvida, sob uma forma um pouco diferente na base das doutrinas de Comte e de Spencer. Mas estes pensadores preocuparam-se mais com a sua formulação teórica do que com como pó-lo em prática. Para que não continuasse letra morta, não bastava promulga-lo: era preciso fazer dele a base de toda uma disciplina que dominasse o sábio no próprio momento em que abordasse o objeto de sua investigação, e que o acompanhasse, passo a passo, em todas as suas iniciativas. Foi à instituição dessa disciplina que nos dedicamos. Mostramos como o sociólogo devia afastar as noções antecipadas que tinha dos fatos para se debruçar sobre os próprios fatos; como devia aborda-los pelos seus caracteres mais objetivos; como devia extrair deles o processo de os classificar como sãos ou mórbidos; como, por fim, deveria inspirar-se no mesmo princípio tanto para antecipar explicações como para prova-las. Na realidade, quando temos o sentimento de que nos encontramos na presença de coisas, não sonhamos sequer explica-las por cálculos utilitários ou por raciocínios de qualquer espécie. Compreende-se demasiado bem o afastamento que há entre tais causas e efeitos. Uma coisa é uma força que só pode ser engendrada por outra força. Procuram-se, portanto, para explicar os fatos sociais, energias capazes de os produzir. Não somente as explicações são diferentes como são diversamente, ou melhor, só nesse momento se experiment a necessidade de as demonstrar. Se os fenômenos sociológicos não são mais do que sistemas de idéias objetivadas, explica-los é repensa-los na sua ordem lógica que, em si mesma, constitui a sua própria prova; quando muito, poder-se-á confirma-la com alguns exemplos. Pelo contrário, só as experiências metódicas podem arrancar às coisas o seu segredo.

De um modo geral, portanto, Durkheim pretendia demarcar melhor os métodos pelos quais a sociologia poderia ser a "ciência natural da sociedade". Em sua perspectiva, o que diferenciaria o pensamento pré-científico (metafísico) do científico seria, exatamente, questões metodológicas. Criticando diretamente tanto Comte quanto Spencer por reificarem o "progresso", e, principalmente, por não

[284] DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 160-161. (Coleção os Pensadores).

pautarem suas conclusões em observações empíricas, é bastante claro, no entanto, que Durkheim deduziu suas concepções metodológicas a partir de suas teorias.

O positivismo lógico do Círculo de Viena

Mas se é por meio da obra de Durkheim que o positivismo de Comte encontra uma das suas mais importantes linhas de ligação ao pensamento do século XX, no que diz respeito especificamente ao positivismo lógico do Círculo de Viena (*Wiener Kreise*), afirma-se normalmente que o principal mediador entre esses positivismos é o físico e fisiologista Erns Mach.[285] Fortemente influenciado pelas teorias evolucionistas de Darwin e Lamarck, Mach procurava justificar o triunfo histórico do pensamento científico sobre o metafísico a partir das melhores condições de sobrevivência e bem-estar obtidas pela espécie humana através da ciência. Assim como Comte, Mach buscava promover uma verdadeira dissolução da metafísica. Para Mach,[286] tudo o que podemos "desejar conhecer é oferecido pela solução de um problema na forma matemática, pela averiguação da dependência funcional recíproca dos elementos sensíveis. Esse conhecimento esgota o conhecimento da 'realidade'".

Mas se em Comte o positivismo de uma certa forma conciliou o empirismo e o racionalismo, assim ele o fez, segundo aponta Giddens, para "tratar a teoria, de modo relevante para o procedimento científico, como o modo de organização dos fatos". E, desse modo, não havia no positivismo de Comte um lugar para o sujeito pensante, já que a experiência subjetiva era tida como uma ficção metafísica que necessariamente deveria ser suprimida frente à realidade dos fatos. Mach, no entanto, vinculava as noções de ciência e o valor ético da personalidade individual. Acreditava que através da ciência a humanidade alcançaria um progressivo aperfeiçoamento. Sua idéia principal era reduzir a experiência a uma relação entre "elementos" simples, consistente nas "sensações", e não nos enunciados sobre as sensações, conforme descritos até então nas teorias científicas.

---

[285] Cf. GIDDENS, Anthony. Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 181.

[286] MACH, Erns. Apud GIDDENS, Anthony. Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 183.

De todo o modo, e não obstante a influência de Comte em suas teorias ter sido apenas indireta, sendo notada principalmente nas correntes intelectuais que estavam na base de sua formação científica como cientista natural, o fato é que as teses de Mach foram fundamentais para o desenvolvimento de um debate intelectual, que ficou conhecido como positivismo lógico ou empirismo lógico, que influenciaram diretamente as idéias dos mais proeminentes pensadores filiados ao Círculo de Viena. Conforme aponta Giddens,[287] a filosofia positivista de Mach foi "transformada em positivismo lógico por tratar sintaticamente os "elementos" de Mach como componentes, não da experiência, mas de uma linguagem formal no interior da qual a experiência seria descrita".

Mas, de um modo geral, conforme nota Herbert Feigl,[288] em *"The Origin and Spirit of Logical Positivism"*, os positivistas lógicos viam-se como continuadores "do espírito de Hume e de Comte, porém equipados com instrumentos lógicos mais plenamente desenvolvidos", ou, para Guiddens,[289] como "progenitores entusiastas de um novo Iluminismo". E, nessa corrente teórica, é bastante clara a influência de Mach, cuja obra, não obstante não poder ser comparada ao esforço de Comte em sintetizar o conhecimento científico dentro de um único esquema histórico e analítico, certamente renovou a proposta de Comte de promover a abolição da filosofia metafísica ou transcedental. A filosofia, tanto para Comte quanto para Mach, deveria ser a filosofia positiva, voltada ao esquema lógico que compõe a base da ciência. Mostra clara disso é que o próprio Mach[290] argumentava que "acima de tudo não há filosofia machiana", podendo-se falar, quando muito, em uma "metodologia natural científica e uma psicologia do conhecimento".

Obviamente os positivistas lógicos do Circulo de Viena também apoivam suas idéias em outras fontes intelectuais, e que muitas vezes diferem das concepções científicas propostas por Mach, como é o caso das obras de Peirce,[291] Wittgenstein,

---

[287] GIDDENS, Anthony. Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 190.

[288] FEIGL, Herbert. Apud GIDDENS, Anthony. Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 186.

[289] GIDDENS, Anthony. Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 186.

[290] MACH, Erns. Apud GIDDENS, Anthony. Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 183.

[291] Segundo Luis Alberto Warat, fazendo alusão à opinião de Nagel, haveria nítidas coincidências entre as idéias de Peirce e as do Círculo de Viena, referente, principalmente, às condições semânticas de verificação como critério de significação. Afinal, "segundo Peirce, é impossível ter em nossa mente uma idéia que não se encontre vinculada aos efeitos sensíveis das coisas. Uma idéia é sempre uma representação de certos efeitos sensíveis. Assim, com Peirce, começa a se delinear um projeto semiótico muito mais preocupado com a correção lógica e

Frege, e Russel. Sobre as idéias originais dos mais proeminentes membros do Círculo de Viena, Giddens escreve que:

> Começando com o grupo formado em 1907 em torno de Franck, um físico, Neurath, um economista, e Hahn, um matemático, os positivistas lógicos buscaram desenvolver uma visão de ciência que pudesse reconhecer a significação vital da lógica da matemática, como sistema de representações simbólicas, no pensamento científico. Isso os conduziu ao reconhecimento da importância central da linguagem: um tema que conecta seus escritos à confiança maior no desenvolvimento da filosofia como um todo no século XX. Uma linha importante de pensamento nessa direção, dentro da filosofia da ciência, foi constituída pelo convencionalismo de Poincaré, algumas vezes mencionada como o "novo positivismo". Schilick e outros foram críticos do convencionalismo, mas reconheceram a força da afirmação de que as teorias científicas incorporavam convenções lingüísticas. A tese de que as teorias eram linguarens para a representação dos fatos, despojadas de algumas das características céticas do convencionalismo, foi tomada como um elemento-chave do positivismo lógico.

Percebe-se da citação acima que, para os positivistas lógicos, a questão central do conhecimento científico passava a se relacionar diretamente ao que possuía ou não "significação". Na concepção original proposta por Schlick, seria possível distinguir o que era e o que não era científico através de métodos empíricos de "testabilidade" e "verificação" dos enunciados (sintéticos). Em outros termos, só poderia ser rotulado de científico, ou "significativo" tudo aquilo que pudesse ser testado, o que veio a ser denominado de "princípio da verificação". Por meio dessa técnica, Shclick acreditava ter encontrado um critério para distinguir os "enunciados" de outras formas de juízos, imperativos etc.

Mas considerando as dificuldades de confirmar alguns enunciados básicos, como foi o caso da impossibilidade de submissão do próprio princípio ao critério da testabilidade, o que implicaria na ausência de significação, essa versão "hard" do positivismo lógico foi sendo abandonada em favor de uma outra proposta mais "light", desenvolvida, principalmente, por Carnap. Relativizando a versão de Shclick no sentido de que os "pseudo-enunciados" da metafísica não possuíam nenhuma significação, Carnap propôs uma alternativa mais sofisticada e conciliatória,

---

sucessivas retificações das sistematizações dos diferentes discursos da ciência, do que com o aperfeiçoamento da própria ciência dos signos. Neste ponto, estamos diante de outra coincidência entre o pensamento de Peirce e o Círculo de Viena, que adjudica à semiótica uma função exclusivamente dependente das linguagens da ciência.", *in*, WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

sustentando que “faltava às doutrinas metafísicas significação cognitiva, apesar de elas poderem possuir significação emocional”.[292]

O fato é que tanto Carnap quanto Neurath promoveram um certo afrouxamento do rigor metodológico encontrado no positivismo lógico de Schlick e Waismann, inclusive se opondo à tradição das “ciências do espírito” (*Geisteswissenschaften*) que proclamava diferenças lógicas e metodológicas entre as ciências sociais e as ciências naturais. Mais uma vez Giddens aponta que Neurath sustentava que tudo ocorre na natureza “como parte do mundo físico”, enquanto em sentido análogo Carnap tentou mostrar que “todo o conhecimento poderia ser reduzido a proposições de linguagem na sua dimensão física”. Ou, para ficar um pouco mais claro a sua tese, Carnap sugeria que todos os enunciados em psicologia, por exemplo, “quer fossem sobre um estado mental do próprio indivíduo, que de outros, poderia ser traduzidos em uma linguagem que se referisse a eventos físicos no corpo da pessoa ou pessoas envolvidas”.

Mas um dos pontos do positivismo lógico que, num primeiro momento, parece correlacionar a importância das idéias do Círculo de Viena como influência direta na teoria do positivismo jurídico desenvolvido por Hans Kelsen é exatamente a complexa e polêmica noção de “regras de correspondência”. Reconhecendo a importância fundamental dos conceitos teóricos para o desenvolvimento do conhecimento científico, Carnap passou a enfatizar a incompletude desses conceitos, que não poderiam derivar diretamente da linguagem dos protocolos de observação (aquela afeta ao conhecimento dos fenômenos propriamente ditos) ou reduzidos a ela. Em outros termos, Carnap passou a sustentar que a linguagem teórica e a linguagem de observação, que no modelo ortodoxo estavam conectadas exatamente através das “regas de correspondência”, não poderiam ser consideradas teoricamente sob um mesmo crivo. Para ilustrar melhor essa aporia epistemológica, Giddens[293] exemplifica que:

> Uma ciência como a física era concebida como um cálculo cujos axiomas eram as leis físicas fundamentais. O cálculo não seria diretamente interpretado, mas era um “sistema livre flutuante”, em relação ao qual outros termos teóricos se definiam. Alguns destes poderiam ser interpretados por regras semânticas que os relacionariam a um terreno de fatos observáveis; porém, a interpretação dos termos teóricos nunca estaria completa.

[292] Cf. GIDDENS, Anthony. Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 187.
[293] *Ibid*, p. 191.

E a solução proposta por Carnap para articular essa reivindicada diferença entre a linguagem teórica e a linguagem de observação, e a conclusão de que estes últimos, segundo Herbert Feigl, não podem ser inteiramente "desprovidos de teoria", expressada por Carnap no sentido de que:[294]

> A coesão teórica do sistema deveria se constituir por meio do seu caráter hipotético-dedutivo, no qual os teoremas pudessem ser deduzidos a partir dos axiomas e, assim, por meio das regras de correspondência, as observações particulares pudessem ser "explicadas".

Ora, a questão da definição clara entre a linguagem teórica e a linguagem da observação, assim como todo o rigor metodológico da tradição do positivismo lógico, que considerava desprovido de "sentido" aquilo que escapa aos testes de "verificação" dos enunciados, e que, de um modo geral, o científico deveria ser sempre compreendido no âmbito de uma linguagem teórica específica, são aspectos que nitidamente caracterizam o positivismo jurídico de Kelsen. Tanto que em sua "Teoria pura do direito", Kelsen[295] enfatiza que o "seu único propósito é conhecer seu objeto". A "pureza" atribuída a sua teoria deve-se, exatamente, pelo pretendido rigor em delimitar seu objeto de cognição, e a utilização de uma linguagem própria do que passava a ser a "ciência do direito". E, numa demonstração clara da sua influência pelo positivismo lógico, que relega à filosofia metafísica todos os enunciados que não podem ser "verificados" pelos seus critérios metodológicos, como é o caso de responder se determinado direito é justo ou injusto, ou mesmo a questão mais fundamental do que constitui a justiça, Kelsen[296] sustenta que "a Teoria Pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas questões porque elas absolutamente não podem ser respondidas cientificamente".

Parece ficar claro, portanto, que devido à nítida influência do positivismo lógico do Círculo de Viena sobre o positivismo jurídico de Kelsen, e considerando os débitos metodológicos que seus membros guardavam em relação ao positivismo filosófico de Comte, há relações umbilicais entre as diferentes formas de positivismo. De modo que, não obstante a posição de Norberto Bobbio[297] no sentido de que a

---

[294] *Ibid*, p. 191.
[295] KELSEN, Hans. O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 261.
[296] *Ibid*, p. 262.
[297] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.

origem do positivismo jurídico "nada tem a ver com o positivismo filosófico", se mostra, ao menos diante dos pressupostos considerados acima, relativamente equivocada. E, como puderam mostrar Alain Renaut e Lukas Sosoe,[298] em oposição à "lenda que pretende que não exista qualquer relação entre o positivismo filosófico originário de A. Comte e o positivismo jurídico sistematizado por Kelsen, que existe uma filiação principalmente através da sociologia durkheimiana", e, também, como visto, pelo pensamento de Erns Mach.

O positivismo jurídico

Obviamente, é necessário considerar que, não obstante a apontada relação entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico, os fundamentos ideológicos deste último possui outras tantas influências históricas, políticas, e teóricas que devem, necessariamente, ser consideradas para a melhor apreensão do seu significado. A própria relação entre direito e legislação, ou seja, somente é direito o que está "positivado" na legislação, é mostra clara de que, além de aspectos lógicos e metodológicos, o próprio fato histórico da produção legislativa do direito já representa, por si só, como um dos fundamentos do positivismo jurídico.[299] Para Norberto Bobbio,[300] "o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social".

Nesse âmbito de análise, algumas correntes de pensamento desenvolvidas no século XIX também atuaram de forma fundamental para a consolidação do positivismo jurídico. E o fato que pode ser considerado como um verdadeiro marco para o desenvolvimento do que viria a se tornar a "ciência do direito" foi a promulgação, na França, do Código Civil de Napoleão Bonaparte (*Code Napoleón*),

---

[298] *Apud* BILIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 186.

[299] Interessante notar que, a respeito do surgimento da idéia de legislação no processo de formação do Estado moderno, Norberto Bobbio cita a obra de Gagner, publicada em 1960, onde esse autor "quis situar a origem de tal idéia já nos séculos XII e XIII, isto é, na época em que se constitui a doutrina canonista; segundo esse autor a idéia da lei, isto é, da produção de normas jurídicas gerais por parte de uma pessoa investida de um poder soberano, surgiu por obra dos estudiosos do direito canônico e somente num segundo período foi passada para a sociedade civil e ingressou no patrimônio conceitual dos juristas.", *in*, BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 119.

[300] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 120.

em 1804.[301] Com efeito, a idéia de codificação, como um conjunto de normas sistematicamente organizadas em um único documento escrito, surgiu na segunda metade do século XVIII como fruto do pensamento iluminista, e ganhou consistência políticia e histórica durante a Revolução Francesa.

Com o avanço da codificação francesa (código civil de 1804, código de processo civil de 1807, os códigos de comércio e de processo penal de 1808 e o código penal de 1810), houve a necessidade de sistematização de critérios capazes de conferir um tratamento científico da legislação. Esse trabalho foi desenvolvido pela denominada "escola da exegese", que tinha como característica a busca por uma interpretação realizar uma interpretação livre de qualquer filosofia ou subjetivismos, visando essencialmente o estudo "científico" da legislação codificada. Como esclarece Norberto Bobbio,[302] a técnica utilizada pela escola da exegese "consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código".

Nessa perspectiva, fica claro que é através da escola da exegese que se estabelece o princípio de que a lei não deve ser interpretada tomando em consideração os critérios valorativos de quem deve aplicar a lei, mas apenas a razão transcrita e expressa na própria lei. O direito passa a ser visto e identificado, portanto, à vontade ou intenção do legislador. De modo que os textos legais passam a assumir um aspecto quase que "sagrado" para o intérprete, em detrimento de quaisquer considerações de ordem dogmática e filosófica.

O positivismo jurídico também tem suas origens no universo anglo-saxão da *common law*,[303] principalmente através da corrente utilitarista[304] de Jeremy Bentham

---

[301] Segundo Norberto Bobbio, "o projeto definitivo do Código Civil foi obra de uma comissão instalada por Napoleão, primeiro-cônsul, em 1800, e composta por quatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis. O papel mais importante nesta comissão foi desempenhado por Portalis". Mas também não se pode deixar de lançar nota que "o projeto definitivo, aprovado em 1804, foi precedido por alguns outros projetos, nascidos no clima da Convenção e, portanto, ainda com um caráter nitidamente iluminista, os quais, porém, como foi indicado, nunca foram aprovados. O protagonista desta primeira fase da história da codificação francesa foi Cambacérès (1753-1824).", *in*, BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 68-71.

[302] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 83.

[303] Norberto Bobbio observa que o objetivo de Bentham era, num primeiro momento, promover "uma reforma e uma reorganização sistemática do direito inglês nos seus vários ramos. O direito inglês era – e ainda é – um direito não codificado, cujo desenvolvimento era confiado essencialmente ao trabalho dos juízes; tal direito, portanto, não se fundava em leis gerais, mas em 'casos', segundo o sistema do precedente obrigatório. Era, assim, radicalmente assistemático, visto que não apresentava uma linha uniforme de desenvolvimento legislativo, mas antes uma pluralidade de linhas de desenvolvimento judiciário, sendo que cada uma delas se interrompia num certo ponto para ser substituída por uma outra, salvo sempre a possibilidade de que aquela

(1748-1832). No âmbito de um sistema jurídico que por tradição conferia um amplo espaço à jurisprudência e ao poder do juiz, Bentham elaborou a mais ampla teoria da codificação e teve enorme influência no pensamento ocidental. Mas, curiosamente, não foi seguido na Inglaterra, onde não houve um movimento de codificação.

A teoria da codificação desenvolvida por Bentham, apesar da nítida oposição ao jusnaturalismo, também assume claros contornos iluministas devido à sua pretensão de racionalizar a legislação, tendo por um dos seus pressupostos básicos a possibilidade de identificar uma "ética objetiva". Buscando estabelecer critérios objetivos e científicos para deduzir todas as regras para o comportamento humano, Bentham buscava depurar a noção de direito eliminando todo elemento extrajurídico, construindo, assim, uma ciência do direito perfeitamente autônoma. Segundo sua teoria da codificação, as duas qualidades essenciais da lei seriam a "clareza" e "brevidade" dos seus enunciados.

Mas, não obstante o positivismo de Bentham pretender introduzir bases científicas ao direito, paradoxalmente sua teoria ainda revelava nítidos resquícios jusnaturalistas devido ao postulado fundamental de sua teleologia utilitarista, que ao propor que o objetivo que uma lei deve visar é o "bem público", insere claramente um elemento ético-político em seu empreendimento. Segundo Norberto Bobbio,[305] essa inspiração iluminista do pensamento de Bentham expresso na fórmula "a maior felicidade do maior número", repete quase que literalmente a de Beccaria, "a maior felicidade dividida no maior número". O utilitarismo de Bentham[306] fica evidente quando este filósofo escreve que "a natureza colocou a humanidade sob o governo de dois mestres soberanos, o *prazer* e a *dor*. São eles, só eles, que podem indicar o que devemos fazer, tanto quanto o que vamos fazer".

O positivismo na Inglaterra seria ainda retomado pelo filósofo John Austin (1790-1859), que radicaliza a teoria de Bentham conferindo-lhe uma orientação lógico-descritiva. Também compartilhando de uma base utilitarista, Austin

---

precedentemente abandonada fosse retomada. Esta situação parecia intoleravelmente caótica à mente de um pensador racionalista como Bentham, que, depois de haver realizado estudos jurídicos e haver empreendido a carreira forense, abandonou a atividade prática (mesmo porque se desgostou com o baixo nível moral nela existente), para se dedicar inteiramente ao estudo dos problemas fundamentais relativos à reforma legislativa.", *in*, BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 94.

[304] Para Bentham, o útil pode ser definido como "a propriedade ou a tendência que tem uma coisa de prevenir um mal ou de procurar um bem.", *in*, FARAGO, France. A justiça. Barueri: Manole, 2004, p. 186-187.

[305] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 92.

[306] BENTHAM, Jeremy. *apud* FARAGO, France. A justiça. Barueri: Manole, 2004.

desenvolve uma doutrina onde a norma jurídica é vista, sobretudo, como um mandamento estatal geral e abstrato, provido de sanção, e de observância obrigatória. Diferentemente de Bentham, Austin não se opõe frontalmente ao sistema da *common law*, entendo que a positividade da norma não depende do fato da mesma provir diretamente do poder soberano, de modo que mesmo o direito oriundo da criação jurisprudencial consiste em direito positivo justamente pelo fato de que o mesmo, segundo Jean-Cassien Billier,[307] "deriva indiretamente do Estado soberano, que conferiu voluntariamente seu poder de decretar o direito a tais juízes". Ou, segundo o próprio John Austin,[308] ainda que por via direta a lei "teve origem numa outra nascente ou fonte, é uma lei positiva ou lei em sentido estrito por obra da instituição do presente soberano, que tem o caráter de superior político". De modo que "o objeto da jurisprudência é o direito positivo, ou o chamado simples e estritamente de direito, ou o direito *posto* pelos superiores políticos aos inferiores políticos".

Mas certamente há outras influências para o desenvolvimento do positivismo jurídico que não decorrem diretamente do impulso para a legislação. Diversamente da experiência histórica francesa da codificação, e também das teorias cientificistas anglo-saxãs, na Alemanha do século XIX a chamada Escola Histórica se opunha ao racionalismo construtivista típico do Iluminismo (*Aufklärung*), que concebia o direito como fruto da vontade do legislador, através da positivação de direitos naturais. O "historicismo" apresentava-se como uma reação a essas idéias iluministas adotando a concepção de um direito originário de uma construção popular espontânea e enraigada historicamente. A crítica formulada pela Escola Histórica contra os "mitos" jusnaturalistas (estado de natureza, lei natural, contrato social etc) tinha como fundamento as mesmas teses que caracterizavam a polêmica geral entre o racionalismo e o historicismo como movimentos filosóficos-culturais no final do século XVIII e início do século XIX.

O precursor da Escola Histórica foi Gustav Hugo (1764-1844), mas seu maior expoente foi Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), principalmente por suas teses desenvolvidas em sua polêmica com Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). Enquanto o positivismo científico (*wissenschaftlicher Positivismus*) de Thibaut

[307] BILIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 189.
[308] AUSTIN, John. *apud* BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 106-109.

pautava-se na idéia de unificação de todas as leis em vigor nos diversos Estados alemães e reduzi-las de forma lógica e sistematizada em um único código, ou seja, um direito fundado "na razão" (*auf die Vernunft*) e voltado à constituição de um *"jus certum et universale"*, Savigny se opunha com veemência a essa proposta adotando uma postura "romântica" frente a esse racionalismo.[309] A síntese do pensamento de Savigny em sua oposição às idéias de Thibaut é encontrada em seu célebre escrito "Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência[310]" (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*),[311] onde esse autor recusa o projeto de codificação do direito pelo fato de que as leis e os códigos, forçosamente, "impõem uma rigidez contra-natureza ao direito, que deve, ao contrário, seguir os meandros da prática e do costume e permanecer como a expressão mais imediata da consciência de um povo".[312] Nessa perspectiva, o historicismo de Savigny, segundo Norberto Bobbio,[313] era caracterizado, basicamente, por tomar como pressupostos a individualidade e variedade do homem, a irracionalidade das forças históricas e do sentimento de justiça, o pessimismo antropológico em relação à idéia de progresso, o amor pelo passado, e o sentido da tradição e do costume de um povo.

Mas não obstante o historicismo de Savigny, em princípio, se opor ao positivismo, Jean-Cassien Billier[314] nota que a Escola Histórica do direito implica, sem dúvida, "em muito mais positivismo que a escola francesa da exegese ou a escola anglo-saxônica da jurisprudência analítica, no sentido em que ela nega todo valor superior à história e no fundo reduz o direito ao próprio fato das normas em

---

[309] É importante considerar, todavia, que esse racionalismo atribuído à obra de Thibaut não era assim tão radical. Segundo nota Norberto Bobbio, "Thibaut, de resto, não assumia absolutamente uma atitude extremista. Para ele, a interpretação 'filosófica' (isto é, lógico-sistemática) não se contrapõe à interpretação histórica, mas a integra. Procurava, portanto, assumir uma posição moderada, de conciliação, entre história e razão – como resulta desta afirmativa: 'sem filosofia não há realização de nenhuma história; sem história nenhuma aplicação segura da filosofia'. (Esta formulação nos traz à mente a posição de um grande filósofo italiano da história e do direito, G. B. Vico, segundo a qual no estudo da história é necessário unir 'filosofia' e 'filologia'.)", *in*, BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 57.

[310] A expressão "jurisprudência" deve ser entendida aqui como "ciência do direito".

[311] Nessa obra, fazendo referência direta às teses de codificação propostas por Thibaut, Savigny conclui que "quanto ao objetivo, estamos de acordo: queremos os fundamentos de um direito não dúbio, seguro quanto às usurpações da arbitrariedade e dos assaltos da injustiça, este direito igualmente comum a toda a nação, e a concentração de seus esforços científicos. Para esta finalidade desejam um código, que, contudo, a uma metade somente da Alemanha traria a ansiada unidade, enquanto que a outra metade ficaria ainda mais aviltada. Quanto a mim, vejo o ponto de equilíbrio numa ciência do direito organizada, progressiva, que pode ser comum à nação toda.", *apud*, BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 62

[312] BILIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 191.

[313] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 51-52.

[314] BILIER, Jean-Cassien. História da filosofia do direito. Baureri, SP: Manole, 2005, p. 191.

vigor". Efetivamente, Savigny desenvolve em sua obra um método formalista voltado a estabeler as bases de um direito científico, ou seja, um direito que seria fruto de uma ciência jurídica. Através do sentido romântico atribuído à expressão *Volksgeist* (o espírito de um povo), Savigny supera a idéia de direito natural, atribuindo à "consciência jurídica de um povo" a construção histórica e espontânea do direito, revelada socialmente por meio de atos simbólicos coletivos e no próprio costume. Desse modo, para Savigny as fontes do direito seriam, basicamente, o direito popular, o direito científico e o direito legislativo. Mas é pelo conceito romântico de *Volksgeist* que o direito alcançaria uma unidade lógica e sistemática. Esse enfoque direcionado a identificar o espírito jurídico do povo alemão, rementendo às suas origens o direito romano, foi chamado de "pandectismo" e resultou no método da "jurisprudência dos conceitos" (*Begriffsjuridprudenz*), que tem em Georg Puchta o seu principal teórico.

Nesse âmbito de análise, nota-se que, como conclui Jean-Cassien Billier, "o positivismo jurídico firmou-se na Alemanha, portanto, pela via aparentemente desviada do historicismo jurídico". E o historicismo, ao conferir ao passado, à tradição histórica, ao costume, e ao espírito popular, os valores e princípios objetivos de explicação, afasta-se das generalizações metafísicas abstratas e universais, para conferir ênfase à força da experiência concreta e individual, o que revela uma clara influência da filosofia de Burke e Montesquieu. Considerando que o valor do direito provém do caminhar histórico de um povo, Simone Goyard-Fabre[315] nota que "a história tornou-se assim um meio de inteligibilidade da ordem jurídica". Mas, não obstante os entusiasmos provenientes de suas premissas românticas, esse mesmo autor escreve que "a historicização do direito, devido ao procedimento reducionista pelo qual foi realizada, é sua desnaturação e provoca o aniquilamento de sua essência".

Essa observação mostra-se bastante pertinente considerando que no início do século XX o positivismo jurídico da Escola Histórica e do pandectismo na Alemanha passou a sofrer fortes críticas por parte de pensadores que pretendiam estabelecer uma autêntica ciência do direito. Para que esse empreendimento fosse alcançado com sucesso, o positivismo jurídico alemão, que nesse período foi chamado de *"allgemeine Rechtslehre"*, passa encontrar uma forte expressão nas

[315] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 187.

obras de Karl Bergbohm e Adolf Merkel, onde esses autores pretendiam definitivamente excluir do domínio jurídico toda especulação filosófica.[316]

Mas foi através do pensamento de Hans Kelsen (1881-1973) que a ciência jurídica obteria o seu paradigma mais sólido e revolucionário. Em sua célebre obra "Teoria pura do direito" (*Reine Rechtslehre*), publicada originalmente em 1934, efetivamente procura demarcar epistemologicamente o objeto da ciência do direito, diferenciando-o de outros similares, como é o caso das análises sociológicas, filosóficas e jurisprudenciais. E para definir seu objeto, Kelsen[317] diz que a ciência do direito, como qualquer ciência, deve "partir de certo uso da língua, do significado usual da palavra pela qual é designado seu objeto". Nesse trecho é nítida a influência do positivismo filosófico do Círculo de Viena. E para proceder a esse trabalho de demarcação epistemológica, Kelsen sustenta que é preciso verificar se "os fenômenos sociais designados como 'Direito' apresentam uma característica comum que os distinga de outros fenômentos sociais", uma vez que por meio dessa metodologia é que se poderia identificar "uma característica suficientemente significativa a ponto de constituir um conceito geral para a compreensão racional da vida social". E a característica básica encontrada por Kelsen[318] após um cuidadoso exame das mais distintas e variadas ordens sociais é exatamente a suposição de que "a coerção é um elemento essencial do Direito", já que "todas elas prescrevem atos coercitivos como sanções". Esse é para Kelsen, o "significado que o termo 'Direito' assumiu na história da humanidade".

Percebe-se, portanto, que a "Teoria pura do direito" tem por objetivo uma análise estrutural do direito positivo, e Kelsen toma como fundamento para sua elaboração "um estudo comparativo das ordens sociais que efetivamente existem e existiram historicamente sob o nome Direito". Mas, não obstante essa consideração de ordem histórica, sociológica e antropológica para sua construção teórica, Kelsen

---

[316] Mesmo Hans Kelsen faz duras críticas à doutrina de direito apresentada pela escola histórica alemã, afirmando que "os seguidores dessa escola partiam da suposição básica de que o Direito, como a língua e a religião, está essencialmente ligado ao caráter específico de um povo, suposição bastante paradoxal em vista do fato de que o povo alemão foi obrigado a renunciar ao seu Direito e à sua religião para adotar o Direito romano e a religião cristã, ambos os quais se originaram em povos totalmente diferentes e em documentos escritos em línguas estrangeiras. Apesar desses fatos históricos, a escola alemã sustenta que o Direito tem origem no espírito do povo (*Volksgeist*), que é o real criador do Direito. Portanto, mesmo o Direito consuetudinário não é criado pelo costume. O costume não é um fato criador de um Direito, é apenas o testemunho de um Direito preexistente, criado pelo misterioso espírito.", *in*, KELSEN, Hans. O que é justiça? São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 296.

[317] KELSEN, Hans. O que é justiça? São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 286.

[318] *Ibid*, p. 286.

adverte, numa clara crítica ao jusnaturalismo, que enquanto a "Teoria pura do direito" estuda o direito como um sistema de normas válidas criadas por seres humanos, numa abordagem jurídica do direito, a sociologia e a história partem de uma análise diferente, voltada à descrição e explicação do direito em épocas e lugares distintos e a observância e relação empírica dos homens com essas idéias.

Nesse ponto, é interessante citar a justificativa apresentada pelo próprio Hans Kelsen até para notar como sua teoria incorpora muitos dos postulados do positivismo lógico do Círculo de Viena, o que remontaria, ao menos na origem, a sua vertente do positivismo jurídico ao positivismo filosófico de Auguste Comte, através da sociologia durkeiminiana. Ademais disso, o próprio Kelsen reconhece a necessidade e importância de um estudo sociológico e histórico do fenômeno jurídico, e que a diferença entre as disciplinas é essencialmente metodológica. Nesse sentido, Kelsen[319] escreve que:

> É evidente que o pensamento jurídico difere do pensamento sociológico e histórico. A "pureza" de uma teoria do Direito que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico. O postulado da pureza é a exigência indispensável de evitar o sincretismo de métodos, um postulado que a jurisprudência tradicional não respeita ou não respeita suficientemente. A eliminação de um problema da esfera da Teoria Pura do Direito não implica, é claro, negar legitimidade desse problema ou da ciência que dele trata. O direito pode ser objeto de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A sociologia do Direito e a história do Direito são outras. Elas, juntamente com a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito.

Nota-se claramente, portanto, que Kelsen resolve a clássica aporia filosófica jusnaturalista relacionada aos critérios e fundamentos da noção de justiça estabelecendo uma distinção conceitual entre direito e justiça. Para Kelsen, o uso do termo "direito" deve possuir uma conotação de que qualquer direito positivo seja considerado, à primeira vista, como justo, já que "se apresentam como Direito e são geralmente chamados 'Direito'". Até mesmo porque, não seria sequer possível negar a justiça de tal "direito" uma vez que simplesmente não há como provar o que é chamado "direito" não é efetivamente um direito "verdadeiro" pelo fato de que não há um critério objetivo de justiça. Considerando que o "sentido" de justiça possui caráter

[319] *Ibid*, p. 291-292.

essencialmente subjetivo, e os homens diferem muito quanto aos seus sentimentos, o justo ou o injusto não podem ser verificados por fatos. Desse modo, Kelsen[320] conclui que "o efeito real da identificação terminológica de Direito e justiça é uma justificação ilícita de qualquer Direito positivo".

Mas situação diversa seria, no entanto, a respeito dos enunciados sobre a realidade. Apesar de também serem formulados a partir das experiências sensoriais, os enunciados sobre a realidade estariam, segundo Kelsen, sujeitos ao controle pela razão em grau muito maior do que os sentimentos, já que, como exemplifica, ninguém duvida que a água seja mais pesada que a madeira. Desse modo o direito positivo, compreendido como uma lei criada por atos de seres humanos datados e localizados historicamente, em contraposição à lei natural, que se pressupõe difusa e constante na história da humanidade, não tem sua existência vinculada a qualquer sentimento dos sujeitos sobre os quais ela se impõem. E, nesse sentido, ela pode ser objetivamente observada, ao passo que a questão de determinado direito ser justo ou injusto, segundo Kelsen,[321] "depende da idéia de justiça pressuposta pelo sujeito que responde, e essa idéia baseia-se na função emocional de sua mente".

Já em relação à dificuldade de definir se um determinado direito positivo está ou não em conformidade ao "direito objetivo", Kelsen vislumbra duas possíveis respostas:

> Uma, de que é da competência exclusiva do criador positivo de leis, o legislador e o juiz, decidir essa questão se houver disputa. Assim sendo, o Direito positivo sempre será declarado em conformidade com o "Direito objetivo", e o dualismo dos dois Direitos terá o efeito de uma justificação do Direito positivo por um "Direito objetivo" fictício. A outra possibilidade é que qualquer indivíduo é competente para decidir a questão crucial. Então, os indivíduos que são os órgãos legisladores da comunidade têm o mesmo direito de decidir a questão que os indivíduos sujeitos ao Direito positivo.

Mas Kelsen parte do pressuposto de que a imperatividade do direito positivo não está condicionada, como sustentava Duguit, da sua adequação ao "direito objetivo", uma vez que as normas positivas são atos originários de seres humanos, que, por serem iguais por natureza, não tem qualquer direito de comandar os outros. De modo que a opinião de um juiz ou legislador não é superior à opinião do indivíduo que se sujeita ao direito positivo. E, partindo dessas premissas, Kelsen conclui que:

---

[320] *Ibid*, p. 293.
[321] *Ibid*, p. 294.

> A possibilidade de um Direito positivo ser objetivamente conflitante com o "Direito objetivo" está praticamente excluída se não houver nenhuma autoridade objetiva para decidir a disputa sobre a questão. O que existe na realidade são duas opiniões contraditórias sobre o que é o "Direito objetivo". Mas a opinião dos indivíduos governantes difere da opinião dos indivíduos governados porque os primeiros têm o poder de impor sua opinião, e sua competência para impor uma lei que pensam estar em conformidade com o "Direito objetivo" não pode ser abolida pela opinião contrária dos sujeitos governados, já que a opinião dos indivíduos governados não tem autoridade maior que a opinião dos indivíduos governantes.

Percebe-se, de um modo geral, que o positivismo jurídico formulado na teoria pura de Kelsen tem como postulado básico a distinção entre o conceito de direito e de justiça. Essa separação se tornou originalmente possível na concepção de Kelsen por sua renuncia a qualquer fundamentação ou justificação do direito positivo em uma base transcedental ou superior ao direito. O direito passava, assim, a fundar o próprio direito (*autopoiése*).

A ciência do direito passa a ser tratada por Kelsen de forma separada da política, ou de qualquer juízo relacionado à "valores políticos". De modo que o cientista jurídico deve abster-se de realizar qualquer tipo de consideração a outras normas sociais que não àquelas do direito positivo. A incumbência de realizar juízos de valor político passa a consistir em função do poder legislativo, que além de ser determinado por normas jurídicas, também é regida por normas políticas. Há, portanto, uma nítida distinção entre as normas jurídicas (*Rechtsnormen*), que consistem em objeto da ciência do direito, e as outras proposições normativas (*Rechtssätze*), por meio das quais a ciência do direito descreve as normas jurídicas. Separam-se, portanto, as tarefas de estabelecer as normas jurídicas e a de descrever essas prescrições segundo critérios lógico-dedutivos e de validade dentro do sistema normativo. Ao cientista do direito, cabe unicamente realizar a atividade de verificar se uma determinada norma é compatível com uma norma superior, que lhe garante validade, a qual, por sua vez, também deverá ser compatibilizada e validada por outra norma superior, e assim por diante, até que se alcance à norma fundamental (*Grundnorm*), que consiste no ápice do sistema normativo e cuja existência não pode ser provada, mas apenas deduzida.

De um modo geral, Kelsen foi o responsável direto por tentar fazer da ciência do direito um modelo análogo ao das ciências da natureza, opondo-se frontalmente à distinção fundamental, concebida a partir da obra de Dilthey, entre as ciências da

natureza (*Naturwissencschaften*) e as ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*). Não obstante as nítidas dificuldades em assegurar objetividade no trabalho de interpretação das normas jurídicas mediante critérios lógicos e empíricos das ciências naturais, principalmente, quando essas normas fazem referência a outras normas que não fariam parte do sistema jurídico positivo, como é o caso das normas de moral e de justiça representadas, por exemplo, nas expressões “bem comum”, “interesse geral”, etc., o fato é que o paradigma normativo kelseniano ainda hoje consiste no principal modelo de aplicação e ensino do direito, apresentando-se como *doxa* no campo jurídico.

CAPÍTULO 3

UMA BREVE GENEALOGIA DOS FUNDAMENTOS DO DISCURSO ANTROPOLÓGICO

OS PRECURSORES DO PENSAMENTO ANTROPOLÓGICO

Muito embora a reflexão sobre o homem em sociedade ser muito antiga,[322] é certo que a antropologia, enquanto disciplina científica, somente surgiu na Europa em meados do século XIX. Para Jean Poirier, a história do pensamento antropológico pode ser definida, em síntese, na noção de variabilidade do homem no espaço e no tempo.[323] Com essa definição Poirier procura lembrar que a história do conhecimento sobre o *"anthropos"* precede muito amplamente as terminologias específicas das disciplinas que historicamente passaram a se ocupar desse estudo, como a etnologia ou antropologia, cujos conceitos nasceram em 1787, e da própria etnografia, datada de 1810. Efetivamente, para o referido autor a história do desenvolvimento do pensamento antropológico está totalmente atrelada à aquisição da consciência das "sociedades exóticas".

Portanto, não se pode cometer o equívoco de confundir a história do pensamento antropológico com o surgimento da antropologia ou etnologia, já que estas disciplinas nada mais fizeram do que adjudicar um campo de conhecimento humano já existente. Como lembra Poirier, os relatos minuciosos de Heródoto de Halicarnasso (484-425 a.C.) sobre suas viagens por várias partes da Ásia Ocidental e Egito já continham muito mais do que meros aspectos históricos, o que o levou a

---

[322] Aristóteles (384-322) já afirmava na Grécia Antiga que "o homem é um animal social", enquanto que "A República" de Platão era uma verdadeira teoria do Estado ideal inspirado pela razão: "Compreendi, finalmente, que todas as cidades estavam mal governadas, porque as suas leis não podiam ser corrigidas sem uma extraordinária preparação, somada a um feliz acaso, e vi-me obrigado a afirmar que só a reta filosofia possibilita o domínio da justiça nos assuntos públicos e privados, e a louvar essa justiça. Compreendi, pois, que as desgraças das gerações humanas jamais terminariam se antes não ascendessem ao poder político homens verdadeira e sinceramente filósofos, ou se os chefes políticos não se convertessem, por seu turno, em autênticos estudiosos da Filosofia, por vontade dos deuses." (apud Horkheimer e Adorno, 1973, p. 12)

[323] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992.

ser visto por muitos como o "primeiro antropólogo".[324] Isto porque em seus relatos havia uma clara preocupação em ir além das aparências e curiosidades das outras sociedades antigas, contendo indagações aos membros das comunidades visitadas assemelhando-se a um prévio esboço daquilo que futuramente seria identificado como pesquisa de campo na antropologia. Evidência disso seria um relato também mencionado por Heródoto consistente na primeira menção histórica dos "períodos de licença ritual" que se sucedem após a morte de um chefe ou líder em uma comunidade persa, onde se descrevia que durante os cinco dias seguintes à morte do rei, não era permitida a aplicação de nenhuma lei, havendo uma verdadeira suspensão da ordem e do poder.

Ainda na Grécia Antiga também se encontra a origem da aporia filosófica da oposição entre o "universalismo" e o "relativismo", diretamente relacionada aos questionamentos sobre o modo como nos relacionamos com "os outros", e que se revelou como verdadeira matriz paradigmática do pensamento antropológico. Enquanto pensadores universalistas, como Sócrates, acreditavam poder identificar certos aspectos e elementos culturais que seriam comuns entre as mais diversas sociedades, pensadores relativistas como os sofistas de Atenas contestavam qualquer possibilidade de uma razão universal, já que a verdade seria fruto de uma experiência local ou individualizada, e que, dessa maneira, sofreria profundas variações de uma sociedade para outra. Nos séculos seguintes, encontramos também na Antiguidade referências que já revelavam um interesse pelo "outro", como em Alexandre Magno (356-323 a. C.), que na sua famosa expedição à Ásia reuniu um farto material etnográfico através dos relatos feitos pelos intelectuais que o acompanharam. Ou mesmo o geógrafo Estrabão (63-4 a.C. – 21 d. C.), que escreveu sobre povos estrangeiros e lugares distantes enfatizando a diversidade cultural.

Já na Idade Média,[325] embora caracterizados pelo desprezo da experiência enquanto método, do fetichismo do argumento de autoridade e pela intolerância

[324] COPANS, Jean. *et al*. Antropologia: ciência das sociedades primitivas? Lisboa: Edições 70, 1971, p. 16.

[325] Com a queda do Império Romano em 410 d.C., "processou-se uma mudança fundamental na vida cultural européia. Os cidadãos abastados da Antiguidade, que graças às suas receitas provenientes do comércio e do trabalho escravo podiam dedicar-se à ciência e à filosofia, desapareceram. Na verdade, desapareceu toda a cultura urbana, o próprio elemento aglutinador que mantinha coeso o Império Romano como um Estado integrado (embora de modo instável). Em seu lugar, manifestava-se um sem-número de culturas européias locais, portadoras de tradições germânicas, eslavas, fino-ugrianas e celtas, tão antigas quanto as da Grécia pré-urbana. Politicamente, a Europa se desagregou em centenas de soberanias, cidades e enclaves locais autônomos, que só

religiosa que conferia primazia à lenda e ao mito na formação do conhecimento, aspectos de um pensamento antropológico já se mostravam presentes. Em tais circunstâncias de extrema pobreza na produção do conhecimento, o tema teratológico emergia imbuído pelas descobertas de diversos povos primitivos fora do continente europeu, servindo bem para exemplificar o pensamento medieval. Mostra clara disso é o próprio fato de que a questão da existência da alma nos africanos e nos índios americanos foi objeto de debates e divergências durante um longo período de tempo.

Tanto Eriksen como Poirier citam os documentos escritos por Marco Pólo (1254-1323) no século XVIII como importante exceção, entendendo que muito embora seus relatos, escritos após vinte e cinco anos de permanência com os povos mongóis do Extremo Oriente, especialmente em seu "Livro das maravilhas" publicado em 1477, fossem recebidos inicialmente como verdadeiras fábulas, podem ser identificadas diversas passagens textuais que guardam grande similitude às etnografias modernas. Mas, além disso, Poirier lembra ainda que há diversos documentos produzidos na Idade Média com relatos das sociedades orientais, tais como os documentos bizantinos (Procópio, Constantino Porfirogeneta), as crônicas e memórias dos eruditos árabes, persas e hindus (as descrições de viajantes árabes como El Idrisi, Ibh Batuta e Al Biruni), e os trabalhos chineses produzidos por monges budistas (Chouang Tsé, Miuan-tsang e Yitsing), os quais poderiam ilustrar uma história do pensamento antropológico desvinculado na tradição ocidental, ainda estão por ser exploradas.[326]

Mas por outro lado, se a Idade Média demonstrava pouca disposição em aceitar o homem "diferente", o Renascimento dedicou ao mesmo um profícuo apreço. Afinal, "as grandes descobertas" e os povos exóticos cumpriram um importante papel na reformulação dos conceitos e valores tradicionais das sociedades ocidentais. A imensa diversidade cultural apresentada pelas sociedades ameríndias, oceânicas e australianas parecia não se encaixar nos esquemas clássicos de vida social. Jean Copans afirmar que o etnocentrismo é "a reação

---

foram integrados em unidades maiores com o crescimento do Estado moderno, do século dezesseis em diante. No decorrer de todo esse longo período, o que manteve o continente unido foi em grande parte a Igreja, a última depositária da estrutura 'universal' de Roma. Sob a égide da Igreja, redes internacionais entre monges e clérigos surgiram e floresceram, interligando nichos de saber em que sobreviveram as tradições filosóficas e científicas da Antiguidade.", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 12.

[326] Paul Mercier lembra que a antiga obra de Chouang Tsé "havia formulado a hipótese de uma evolução biológica que ia dos microorganismos ao homem, tema ignorado pela nossa Antiguidade clássica", *in*,

instintiva do Ocidente face aos povos exóticos (...) que, implícita ou mesmo explicitamente, ajuíza das sociedades 'não européias' pelo modelo europeu".[327] Ademais disso, a produção de documentos contendo relatos de viagens passou a ser cada vez mais volumosa e, aos poucos, ia despertando o interesse de um público fascinado pelas novas descobertas e as formas exóticas de vida em sociedade.[328] Como exemplo desses documentos Poirier cita os textos de Jean Fonteneau (que procurou estabelecer uma primeira classificação das tribos ameríndias), de Villegagnon, Jean de Léry; dos cronistas portugueses e espanhóis Sahagún e Las Casas; de outros compiladores que tentaram fazer sistematizações como André Thevet, o chamado "cosmógrafo do Rei", organizador das coleções exóticas do Museu do Louvre. Já em meados do século XVI começaram a surgir as primeiras publicações de "Grandes Viagens" (Ramusio, de Bry, Walter Raleigh).

Com o conhecimento dessas sociedades exóticas, começaram a surgir várias correntes de idéias e pensamentos procurando, onde por um lado se negava aos "selvagens" o acesso à dignidade de seres humanos sob fundamentos de ordem religiosa ou mesmo mitológica, e por outro, de forma totalmente antagônica, o desenvolvimento de teorias que valorizavam as sociedades exóticas a partir de postulados filosóficos, como é o caso do termo "Le bom sauvage" (o bom selvagem), utilizado por Michel de Montaigne (1533-1592) em seu ensaio "Dos Canibais",[329] e que depois serviu de inspiração para Rousseau. Como diz Todorov, citado por Eriksen, "os índios atingiram a própria essência da idéia européia do que significa ser um ser humano. Os índios eram humanos, mas não se comportavam do modo como os europeus consideravam 'natural' para seres humanos".

Inicia-se, com isso, no século XVII, um trabalho de reflexão filosófica cada vez mais constantemente pautada numa perspectiva comparativista, estabelecendo sistematicamente vários paralelismos culturais entre as sociedades exóticas e as antigas sociedades greco-romanas e judaicas, as quais eram as únicas conhecidas naquela época que poderiam ser utilizadas como modelo de sociedade nesse

[327] COPANS, Jean. *et al*. Antropologia: ciência das sociedades primitivas? Lisboa: Edições 70, 1971, p. 16.
[328] Para Eriksen, "essas narrativas de viagens, além disso, chegaram a um público insolitamente numeroso, uma vez que a imprensa, inventada em 1448, transformou o livro num produto comum e relativamente barato em toda a Europa.", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 13.
[329] Também conforme aponta Eriksen, "diferentemente da maioria dos seus contemporâneos, em seus escritos sobre povos remotos Montaigne se revela alguém que hoje chamaríamos de relativista cultural. No ensaio 'Dos Canibais', ele inclusive conclui que se tivesse nascido e sido criado numa tribo canibal, com toda probabilidade teria comido carne humana", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 15.

trabalho comparativo. Embora de conteúdo e orientação extremamente variáveis, as obras produzidas nesse período passaram, em sua grande maioria, a conferir ênfase na idéia de pureza e inocência do homem "selvagem", uma vez que representativo do "estado da natureza" e não corrompido pelos males da civilização.

É importante considerar que muito embora "os outros" ganhassem cada vez mais espaço nas sociedades européias, causando enorme repercussão, principalmente, nas produções literárias e artísticas, ainda não havia no campo das idéias uma preocupação metodológica que, somente algum tempo depois, caracterizaria o pensamento antropológico como disciplina científica. Se por um lado, como enfatiza Eriksen, "todo grande filósofo desde Descartes (1596-1650) até Nietzsche (1844-1900) desenvolveu sua própria doutrina sobre a natureza humana, sua própria antropologia filosófica", é certo que o tratamento conferido à questão do "outro" na maior parte das vezes não abordava o modo de vida e as condições materiais e simbólicas de existência desses povos.[330] Mostra clara disso é o fato de que os debates filosóficos predominantes no século XVII e mesmo XVIII, giravam em torno da polêmica entre *empiristas* e *racionalistas*. Enquanto que para os primeiros, representados, num primeiro momento, por John Locke (1632-1704), e depois por David Hume (1711-1776), a mente humana do recém nascido podia ser comparada a uma tabula rasa, pois todas as nossas idéias seriam resultado das nossas experiências de vida no mundo. Nessa perspectiva empirista, todos nascemos iguais, e o que nos torna diferentes um do outro é a singularidade das nossas experiências pessoais.[331] Já para o racionalismo de René Descartes, o conhecimento humano não seria resultado somente das nossas experiências de mundo captadas por nossos sentidos, já que mostrava-se necessário perquirir sobre a existência de idéias verdadeiras que possam ser tomadas como "uma base sólida para o conhecimento positivo".[332] Essa dúvida metodológica de Descartes está expressada em sua máxima do "*cogito, ergo sum*" (Penso, logo existo).

---

[330] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 15.

[331] Para Eriksen, "o empirismo de Locke teve assim repercussões diretas sobre seu argumento político a favor de um princípio de 'lei natural' (jus naturel) – que é a base da idéia moderna dos direitos humanos universais. A idéia de que todos os seres humanos nascem com certos direitos intrínsecos remota à Idade Média, quando Tomás de Aquino (1225-1274) afirmava que os direitos do Homem eram dados por Deus. Mas no século dezessete filósofos como Locke e Thomas Hobbes (1588-1679) defendiam que a lei natural não era 'dada' do alto, mas estava implícita nas necessidades biológicas do indivíduo. Assim, o argumento é invertido: o indivídio tem direitos porque é um ser humano, e não pela graça de Deus (ou do rei).", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 16.

[332] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 17.

Apesar da contraposição entre os postulados empiristas e racionalistas, tem-se que, ao situarem o indivíduo no centro do debate filosófico, essas idéias foram fundamentais para que, no século XVIII, o pensamento humano convergisse vigorosamente para a secularização do pensamento através do culto à razão e à ciência. Com o Iluminismo, o homem volta a ser a medida de todas as coisas. Conforme lembra Abbagnano, em "O que é o Iluminismo?" (*Was ist Aufklärung?*) Kant afirma que o Iluminismo "constitui a emancipação de uma menoridade que só aos homens se devia. Menoridade é a incapacidade de se servir do seu próprio intelecto sem a orientação de um outro".[333] Daí o lema do Iluminismo, sintentizado na máxima "*Sapere aude!*" (ousa conhecer).

E nesse âmbito, a contribuição do século XVIII para a criação de uma ciência antropológica foi determinante, e resultou em aspectos complementares entre si, da contribuição de relatos escritos de viajantes, e pela elaboração de teorias filosóficas e naturalistas.

No que diz respeito aos viajantes, primeiramente, não se pode negar que a descoberta de "novos mundos" havia conferido contornos universais ao conhecimento do homem exótico, que se estendia por todos os continentes. E com base nos inúmeros relatos escritos dos descobridores, exploradores e viajantes surgiu a premente necessidade de uma compilação de suas experiências com os outros povos, dentre as quais merecem destaque as sínteses de Prévost e do magistrado De Brosses. Contudo, não se trata mais aqui de um trabalho meramente descritivo da experiência com essas sociedades exóticas, mas de um esforço intelectual onde são esboçados modelos e sistemas comparativos de categorias sociais em comum, como crenças religiosas, parentesco, leis e costumes etc. Como bons exemplos de obras voltadas a esse paralelismo cultural Poirier cita *"*o Espírito dos usos e costumes dos diferentes povos*"*, de Demeunier; "Costumes dos selvagens americanos comparadas com as costumes dos primeiros tempos", do padre Lafitau; e "Da origem das leis, as artes e as ciências, e de seus progressos nos povos antigos", de Goguet.

Já em relação à influência dos filósofos para a consolidação do pensamento antropológico sua importância é evidente. Afinal, foi exatamente devido à fecundidade do pensamento filosófico no século XVIII, fundada na compreensão da variabilidade das sociedades sob a influência do meio, que se tornou possível a

[333] ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia (col.). Lisboa: Editorial Presença, 1978, p. 179, v. VII.

concepção não só da antropologia enquanto disciplina acadêmica, mas sim das próprias ciências humanas em geral.

Mas não obstante as inegáveis contribuições de filósofos do porte de Barão de Montesquieu (1689-1755), que em *"O espírito das leis"*[334] ilustra o determinismo dos comportamentos sociais[335], de outros enciclopedistas franceses como Denis Diderot (1713-1784)[336], com obras de caráter anti-colonialista como "O suplemento de viagem de Bougainville", Jean La Rond d'Alembert (1717-1783), Marquês de Condorcet (1743-1794), além de, na Itália, o nome de Giambattista Vico (1668-1744), e do Alemão Johann Gottfried von Herder (1744-1803), merecerem destaque nos esforços de criação de uma ciência antropológica, foi com o pensamento de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Voltaire (1964-1778) que advieram, sem dúvida nenhuma, as maiores colaborações para a formação do que poderia ser concebido como um "estado embrionário" da antropologia. No entanto, esses verdadeiros precursores do pensamento antropológico expressavam idéias absolutamente antagônicas no que diz respeito à forma como as sociedades exóticas deveriam ser vistas e tratadas. Enquanto Rousseau sustentava a tese do "bom selvagem" em *"*A origem da desigualdade entre os homens*"* e reconstruía os fundamentos da vida em sociedade com seu "Contrato social", Voltaire, ainda que fosse um anticolonialista, pregava a necessidade de civilizar as sociedades que entendia como menos desenvolvidas, rompendo assim com a noção de selvagem. Segundo Poirier foi no plano da história cultural comparada que a contribuição de Voltaire possui maior importância, uma vez que em sua obra *"*Ensaio sobre os costumes*"*, de 1756, utiliza vários documentos etnográficos para elaborar sistematizações e classificações consubstanciado em idéias já voltadas a um

---

[334] Essa obra foi considerada por Auguste Comte, em seu Curso de filosofia positiva, como um dos marcos fundamentais na constituição das ciências sociais.

[335] Para Montesquieu, haveria um determinismo social onde cada sociedade seria regida por particularidades ligadas ao clima, à geografia, à raça e aos costumes de cada povo, mas que guardavam sempre uma harmonia com uma ordem maior. Assim, seria possível ao conhecimento humano identificar quais seriam essas leis que regem os movimentos sociais: "Não é o acaso que domina o mundo. Pode-se perguntar aos romanos, que tiveram uma fase contínua de prosperidade quando se governavam de uma determinada forma, e uma sucessão ininterrupta de reveses quando agiram de outra forma. Há causas gerais, morais ou físicas, que agem em cada monarquia, levando-a, mantendo-a ou destruindo-a. Todos os acidentes estão sujeitos a essas causas, e se o acaso de uma batalha, isto é, uma causa particular, arruinou um Estado, havia uma causa geral que fazia com que esse Estado devesse perecer em uma única batalha. Numa palavra, a tendência principal traz consigo todos os acidentes particulares", *in*, ARON, Raymond.. 1999, p. 18.

[336] Nicola Abbagnano escreve que Diderot, "no Suplemento à viagem de Bougainville, descreve uma ilha de fantasia em que a vida humana se abandona aos instintos primitivos, independentemente de qualquer prescrição moral e religiosa; e demonstra que tais instintos garantem a liberdade e a felicidade dos indivíduos e da sua comunidade" (1978, v.VII, p. 250).

relativismo cultural e uma objetividade própria do pensamento científico. Poirier lembra ainda que Voltaire foi o primeiro a utilizar, em 1765, a expressão "filosofia da história", e a aparição dos conceitos de "evolução" e "progresso" se deve muito à reflexão voltairiana. Sintomático da importância de Voltaire para o pensamento antropológico é a referência feita por G. Klemm, um dos primeiros clássicos da antropologia, que o considerou como o primeiro dos antropólogos.[337]

E foi nesse cenário que o homem passou a ser estudado, já se tornando possível que, como adverte G. Gusdorf, a expressão "ciência do homem" fosse utilizada por Hume em 1739 no seu *"Tratado da natureza humana"*[338]. Se a heterogeneidade da realidade cultural apresentada pelos vários povos "não europeus" causava um paradoxo, fazia-se necessário o desenvolvimento de uma metodologia nova capaz de apreender essa diversidade.

Sob o terceiro e último aspecto, não se pode deixar de considerar também a contribuição dos naturalistas, que ainda no século XVIII também passaram a estudar o homem não apenas como um ser social e cultural, mas também em seu aspecto biológico, enquanto ser integrante de um grupo zoológico. Nesse passo, foi decisiva a formulação dos conceitos de gênero humano e espécie humana. Apesar de o termo "espécie" ter sido aplicado à botânica pela primeira vez em 1686 pelo inglês John Ray, Poirier refere que foi o sueco Linneo em *"Sistema natural"*, de 1735, o primeiro a enquadrar e classificar o homem dentro de um sistema animal. Também mereceu particular menção a obra de Buffon *"História natural do homem"* que já trazia traços etnológicos que, mais tarde seriam sintetizados por Broca numa antropologia física, voltada ao estudo da fisiologia comparada, da dietética, e da lingüística.

PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS

Ainda no final do século XVIII, mais precisamente no período da Revolução Francesa, surgiram várias terminologias dispostas à definição de um nome àquilo

---

[337] MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 27.

[338] Segundo o próprio Hume, "a natureza humana é a única ciência do homem; e contudo tem sido até agora a mais descurada. Terei feito bastante se contribuir para a pôr um pouco mais em moda: esta esperança ajuda-me a dissipar o meu humor melancólico e a dar-me força contra a indolência que às vezes me domina." (apud Abbagnano, 1978, v. VII, p. 148)

que já começava a ganhar os contornos de uma "ciência do homem", compreendida como o estudo da diferença entre as culturas, raças e etnias. Desde então a denominação dada à disciplina vem sofrendo freqüentes mudanças, ao passo que, atualmente, na maioria dos países cujas tradições intelectuais mais contribuíram para seu desenvolvimento prevalece o termo antropologia, enquanto que em outros a expressão etnologia ainda tem sido utilizada.

Tanto Mercier[339] quanto Poirier[340] destacam que a palavra antropologia é a mais antiga.[341] Segundo consta, os naturalistas teriam sido os responsáveis pela atribuição do nome de antropologia em substituição ao que até então se designava como história natural, conforme a perspectiva que havia sido traçada por Hume, voltada ao estudo do homem dentro dos esquemas biológicos da criação. Mas o que teria conferido popularidade ao termo antropologia enquanto um campo próprio do conhecimento foi a publicação, em 1798, de *"Anthropologie in pragmatischer Hinsicht"* (Antropologia sob o ponto de vista pragmático), de Kant. Muito embora esse filósofo não possa ser considerado um dos precursores diretos da Antropologia, nessa obra Kant propunha uma classificação das raças humanas utilizando como subsídio, dentre outros elementos, de relatos escritos de exploradores.

Por outro lado, as palavras etnologia e etnografia seriam verdadeiros neologismos, segundo aponta Poirier.[342] Etnologia teria sido utilizada inicialmente em 1787 no livro "Ensaio sobre a educação intelectual, com o projeto de uma ciência nova", da autoria de Chavannes, um filósofo que via essa disciplina primeiramente como um ramo da filosofia e da história, também voltada à análise das características raciais, e "ocupada em estudar as etapas do homem em sua marcha para a civilização, dentro de um marco que era uma antecipação do evolucionismo". Somente no início do século XIX é que a etnologia passou a possuir o significado atual, mais relacionado, segundo Mercier, a "um aspecto ou procedimento antropológico". Já a palavra etnografia teria aparecido de forma mais tardia, sendo que Poirier aponta que o historiador alemão B. G. Niebuhr foi o responsável pela sua concepção mediante a introdução do termo em seus cursos na Universidade de

[339] MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 7.
[340] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 25.
[341] Paul Mercier destaca ainda que Aristóteles e outros autores gregos já haviam empregado o termo antropologia.
[342] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 26.

Berlim em 1810. Mas a popularização do termo é atribuída ao italiano Balbi, que residiu em Paris durante cerca de doze anos, e durante esse período publicou vários livros utilizando o conceito de etnografia, especialmente em sua obra "Atlas Etnográfico do globo", de 1826.

Apesar de inicialmente a expressão etnografia ter sido utilizada para a classificação dos grupos humanos em função de suas características lingüísticas, mais tarde a análise etnográfica veio a se ocupar dos documentos básicos obtidos no trabalho de campo. Ou, na definição de Claude Lévi-Strauss[343]:

> "Ela corresponde aos primeiros estágios da pesquisa: observação e descrição, trabalho de campo (field-work). Uma monografia, que tem por objeto um grupo suficientemente restrito para que o autor tenha podido reunir a maior parte de sua informação graças a uma experiência pessoal, constitui o próprio tipo do estudo etnográfico. Acrescentar-se-á somente que a etnografia engloba também os métodos e as técnicas que se relacionam com o trabalho de campo, com a classificação, descrição e análise dos fenômenos culturais particulares (quer se trate de armas, instrumentos, crenças ou instituições)."

Á etnologia caberia o mister de classificar e comparar os dados etnográficos. Interessante notar ainda que Copans identifica um movimento interno na matriz disciplinar que teria levado a etnologia a se converter numa antropologia, uma vez que esta última, ao se ocupar da "reflexão sobre si própria e a comparação de todas as sociedades humanas", supera o princípio constitutivo daquela, construído a partir da "distinção entre sociedades européias e 'não européias'".[344] Até mesmo porque, com o advento do processo de descolonização, que transformava os nativos em cidadãos de nações independentes, seguido pelas múltiplas implicações sociais, culturais e econômicas trazidas com o fenômeno da globalização, passou-se a reforçar a noção de que o que interessa à antropologia são principalmente as "diferenças", as quais nunca desapareceriam do âmbito das relações humanas, sendo o antropólogo um legítimo intermediário dessa relação.[345]

Em razão desses fatores de ordem etmológica e histórica que apontam uma proeminência do termo antropologia sobre as outras denominações tradicionalmente adotadas na referência à disciplina, também neste estudo foi adotada a terminologia antropologia, que, aliás, já é consagrada na tradição brasileira.

---

[343] LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975, p. 394-395.
[344] COPANS, Jean. *et al*. Antropologia: ciência das sociedades primitivas? Lisboa: Edições 70, 1971, p. 17.
[345] LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975.

A "CIÊNCIA DO HOMEM" E SEUS IDEÓLOGOS

O período que sucedeu a Revolução Francesa, mais precisamente após a queda do primeiro Império Napoleônico, pode ser caracterizado como um período de transição entre o Antigo Regime, superado pela revolução industrial e política, e um novo mundo que se apresentava ao ocidente ainda de forma multifacetada, mas que já reunia um conjunto de condições intelectuais, sociais, e institucionais que, de forma lenta e dispersa, ao longo de todo o século XIX, foram determinantes para a constituição de uma ciência do homem.

Sob a bandeira do liberalismo, que no início do século XIX era essencialmente político, e da ideologia, a atividade intelectual desenvolvida naquele determinado período histórico revelava um novo matiz, marcado muito mais pela razão e pela experiência, do que pela idéias metafísicas. A partir desses ideólogos, inspirados pelas idéias de Condorcet,[346] as ações humanas, incluindo a própria política, deveriam ser pautadas no conhecimento científico. Buscava-se, assim, naquele momento histórico superar uma tradição erudita pautada, fundamentalmente, em discussões teóricas próprias da filosofia e em aproximações literárias. Os esforços intelectuais confluíam para a fundação de uma "Ciência do Homem", ao mesmo tempo compreensiva, já que voltada às diversas atividades físicas e morais, e também objetiva, devido à necessidade de estrita observância ao método científico e livre de preconceitos filosóficos e religiosos.

Como exemplos desses novos ideólogos cujos trabalhos já podiam ser identificados à epistemologia e filosofia das ciências, tanto Cuin[347] como Poirier[348] citam principalmente os nomes de Destutt de Tracy (Elementos de ideologia, 1804), Cabanis (Das relações entre o físico e o moral, 1799), Daunou (organizador dos Arquivos de França no início do século XIX), Volney (Lições de historia, de 1795), Gerando (Considerações sobre os diversos métodos a seguir para a observação dos

[346] Em sua obra "Ensaio de um quadro histórico dos progressos do espírito humano" , de 1794, Condorcet reformula as idéias de Voltaire e Turgot sobre a história em um sentido mais otimista do que esses antecessores, acreditando na capacidade de um aperfeiçoamento indefinido do espírito humano. "Ao aperfeiçoamento das faculdades humanas", diz ele, "não é fixado nenhum limite, e a perfectibilidade – doravante desvinculada de todo o poder que pretenda sustenta-la – não tem outro termo senão a duração do planeta sobre o qual a natureza nos colocou" (Abbagnano, 1978, v. VII, p. 241)

[347] CUIN, Charles-Henry. História da Sociologia. São Paulo: Editora Ensaio, 1994, p. 26.

[348] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 27.

povos selvagens, de 1799), Jauffret (Memória para o estabelecimento de um museu antropológico, de 1803). A maioria desses intelectuais franceses, considerados verdadeiros precursores da Antropologia enquanto disciplina científica, fundaram em 1799, segundo aponta Poirier, a "Sociedade dos Observadores do Homem", que após encerrar precocemente suas atividades já em 1805, muito provavelmente por haver suscitado uma certa inquietude em Napoleão Bonaparte, teve seu programa retomado posteriormente pela "Sociedade Filantrópica". [349]

Mas o que chama a atenção nessas duas instituições francesas, as quais podem ser consideradas como embrionárias do que viria a ser no fim do século XIX a Escola Francesa de Antropologia, é que seus membros eram médicos, naturalistas, historiadores e juristas. Apesar de todos estes intelectuais de profissões variadas também serem considerados "filósofos" àquele tempo, é importante considerar que suas reflexões não estavam mais voltadas a estabelecer considerações meramente teóricas sobre a humanidade em geral, mas sim em estudar o homem em sua "empiria", ou seja, analisar o homem concreto em seu meio, de forma positiva e experimental.

E foi com fundamento nessas novas idéias que a antropologia foi se desenvolvendo progressivamente ao longo do século XIX, também compreendida num movimento intelectual que culminou no advento das ciências humanas em geral. Não obstante a singularidade e especificidade que marcou o desenvolvimento de cada uma das ciências humanas e sociais ao longo do século XIX, certos pensadores foram particularmente determinantes para consolidar essa nova era. É o caso de Claude-Henri de Saint-Simon (1760-1825), que já em 1808 pregava a constituição de uma "Ciência do Homem",[350] enquanto uma ciência positiva que tivesse como objeto o homem em suas relações sociais. E nesse aspecto, Saint-Simon já suscitava indicativos de uma reflexão epistemológica sobre diferenças essenciais entre a idéia de uma ciência do homem e as ciências da natureza, apesar de sustentar que todas as ciências que "começaram sendo conjecturais (...), estão

[349] Ibid, p. 29.

[350] Em sua obra "Carta ao Bureau de Longitudes", escrita em 1808, Saint-Simon propunha que,"para acelerar os progressos da ciência, o maior, o mais nobre dos meios é fazer experiências com o universo; ora, não é com o grande mundo, mas com o pequeno mundo, ou seja, com o homem, que podemos fazer experiências. Uma das experiências mais importantes a ser feita sobre o homem consiste em colocá-lo em novas relações sociais. Ora, toda nova ação que resulte de semelhante experiência só pode ser classificada como boa ou má depois das observações feitas sobre seus resultados.", *in*, CUIN, Charles-Henry. História da Sociologia. São Paulo: Editora Ensaio, 1994.

destinadas a se tornarem positivas".[351] Também as crises experimentadas pelas sociedades européias naquele turbulento início do século XIX, que já prenunciavam uma nova organização social a que Saint-Simon denominava de "sociedade industrial", indicavam, no âmbito de uma filosofia da história, o advento de um outro tipo racionalidade onde o econômico sobrepujaria o político, eliminando as antigas formas sociais.

Nesse cenário marcado por profundas transformações que caracterizavam a transição entre os ranços políticos e religiosos do Antigo Regime para uma outra sociedade onde a principal força motiz era a ciência, a influência de Saint-Simon foi fundamental para que, seu então secretário Auguste Comte, a partir de 1830, inicia-se suas conferências sob o título de "Curso de Filosofia Positiva", as quais se estenderiam até 1842. Foram nessas conferências que, segundo Cuin, o termo sociologia foi utilizado pela primeira vez.[352]

Inicia-se assim uma diversificação no estudo científico do homem. A multiplicidade de formas de abordagem sobre as relações humanas em sociedade acabou por impor a necessidade de uma especialização por parte dos pesquisadores. Com isso, para cada tipo de investigação sobre determinados aspectos particulares do homem em sociedade houve a necessidade de desenvolvimento de uma teoria específica, que fosse capaz de fornecer modelos e categorias apropriados para estudos que passavam a seguir direções cada vez mais autônomas. A crescente especialização do conhecimento sugeria assim a viabillidade de se promover uma classificação dos diversos temas e objetos de pesquisa em disciplinas científicas, com objetos próprios de estudo.

OS PARADIGMAS DE ORIGEM DA ANTROPOLOGIA

Nesse contexto, o pensamento antropológico já começava a ser identificado, segundo Poirier, a partir de suas principais manifestações.[353] Esses verdadeiros paradigmas de origem da antropologia inicialmente apontavam para tentativas de

[351] SAINT-SIMON, Claude-Henry *apud* POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 28.
[352] CUIN, Charles-Henry. História da Sociologia. São Paulo: Editora Ensaio, 1994, p. 32.
[353] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 28.

reconstituição do passado humano, ensaios teóricos acerca da origem das raças humanas, e ainda para uma reflexão objetiva sobre as sociedades exóticas.

A pré-história da humanidade

Na primeira metade do século XIX, muitos investigadores procuravam descobrir vestígios da antiguidade humana entre as camadas geológicas. Como grande representante desses estudiosos destaca-se o nome de Boucher de Perthes (1788-1863), que ao publicar o primeiro volume de sua obra "Antiguidades célticas e antidiluvianas", que tinha por título "Da indústria primitiva ou das artes em suas origens", causou furor no meio acadêmico francês, enfrentando várias resistências que, aos poucos, foram sendo dissipadas pelo crescente número de descobertas arqueológicas, como é o caso do próprio "Homem de Neandertal", encontrado em julho de 1856.

Segundo Mercier,[354] Boucher de Perthes foi o primeiro a apresentar indutivamente, em 1838, o "problema da evolução da humanidade", o que levou R.H. Lowie a considerá-lo como um dos pais da antropologia.

A antropologia física

Apesar de inicialmente as idéias preconizadas por Lamarck não ter exercido praticamente nenhuma influência sobre seus contemporâneos de início do século XIX, aos poucos o estudo e a classificação dos diferentes aspectos físicos humanos ia se consolidando como um dos campos do pensamento antropológico. E o principal debate que se desenvolvia a respeito naquele momento consistia na unidade ou pluralidade do homem, ou seja, entre o monogenismo (todos os homens foram gerados a partir de um ancestral comum) e poligenismo (os homens foram originados a partir de ancestrais diversos). As diversas classificações raciológicas propostas procuravam fundamento em características antropológicas, formulando

[354] MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes.

explicações para os fenômenos sociais a partir de critérios pautados na hereditariedade, seleção das espécies, e no antropo-racismo.[355]

Mas o que despertava maiores controvérsias eram as teorias em torno da origem dos negros. Isto porque muitos intelectuais, ainda fortemente influenciados por superstições preconceituosas e dogmas religiosos, resistiam a uma classificação estritamente científica a esse respeito. Afinal, desde a Idade Média havia argumentações no sentido de provar a existência de uma origem específica dos negros, que não se confundia com os demais humanos, procurando, com isso, justificar a escravidão. Para exemplificar a arbitrariedade e do despautério dessas idéias que, naquele momento, se pretendia qualificar como científicas, Poirier faz referência às obras dos americanos Nott e Gliddon (*Types of Mankind*, de 1854, e *Indigenous Races of the Earth*, de 1857) que consideravam que os negros deviam ser colocados numa classificação diversa dos demais humanos, uma vez que não haviam sido mencionados na descendência de Noé, apontada no livro do Gênesis.[356]

Outras classificações apontavam ainda para um critério baseado nas medidas e proporções do crânio humano, que indicariam não só características raciais mas também um índice encefálico que permitiriam avaliar aspectos intelectivos e psicológicos. Mas apesar da resistência inicial, essas idéias foram sendo superadas pelo trabalho de observação científica, pautada em critérios estritamente objetivos.

O estudo das sociedades exóticas e a reflexão sobre o homem social

Além do estudo dos aspectos relacionados à pré-história humana e à origem das raças e classificações físicas humanas, havia ainda um segmento de intelectuais que direcionavam seus estudos sobre o homem em seus diversos aspectos culturais e sociais. Como exemplo desses ideólogos precursores Poirier recorda a curiosa e pouco conhecida tentativa de Saint-Simon, que em 1813, escreveu uma "Memória sobre a ciência do homem", que buscava erigir ao estatuto

[355] Conforme alguns exemplos trazidos por Charles-Henry Cuin, "Henri Martin, em sua monumental História da França, tenta mostrar a persistência ao longo dos séculos de uma raça gaulesa a partir da qual se teria edificado a França moderna. O próprio Renan vê na raça um elemento importante na gênese das sociedades. No entanto, a tentativa mais famosa é feita por um diplomata, incentivado à carreira por Tocqueville, o conde Arthur de Gobineau, que, em seu Ensaio sobre a Desigualdade das Raças Humanas (1855), afirma que o fator racial é o critério essencial na expansão (ou na decadência) das sociedades humanas.", *in*, CUIN, Charles-Henry. História da Sociologia. São Paulo: Editora Ensaio, 1994, p. 65.

[356] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 37.

de ciência os estudos relacionados ao homem e suas culturas.[357] A escola de Le Play, embora mais afeta à Sociologia, também teve enorme influência na consolidação da Antropologia pelos métodos propostos a partir de observações diretas sobre os meios populares e o estabelecimento dos orçamentos familiares típicos, que chamava de monografias. A partir disso, Le Play procurou sintetizar um "método de observação"[358] de cunho notadamente antropológico, uma vez que já acenava, ainda que superficialmente, para o que algum tempo depois se tornaria o método etnográfico clássico da observação participante.

Os estudos sobre sociedades exóticas também já consistia na primeira metade do século XIX um tipo de investigação propriamente antropológica. Nessa linha de intelectuais de se propuseram a estudar sociedades exóticas já sob uma perspectiva científica, merece especial destaque o nome de Alexander von Humboldt, naturalista enviado à América Central e do Sul, que em suas obras "Ensaio político sobre o reino da Nova Espanha", de 1811, e "Vistas das cordilheiras e dos monumentos dos povos indígenas da América", de 1816, já constatava a necessidade de desacondicionamento mental como verdadeiro pressuposto para uma análise científica de uma civilização diferente, verdadeiro esboço do que viria a ser a categoria antropológica do etnocentrismo.[359] Mas conforme aponta Poirier, o autor responsável pelo início da investigação etnológica propriamente dita foi o alemão Gustave Klemm, que em suas pesquisas propôs classificações, analisa categorias e formula interpretações, mostrando como as sociedades humanas se organizaram em dois tipos básicos: um ativo, portador de inovações e voltada ao progresso, e outra passiva, submetida à tradição.[360] Essa teoria fez com que Klemm fosse posteriormente considerado como o primeiro evolucionista unilateral, já que defensor de um avanço progressivo da história cultural, com etapas definidas de desenvolvimento.

Paralelamente aos estudos etnográficos, a Antropologia se desenvolvia não somente pelas investigações de campo, mas também pelos pesquisadores que se dedicavam aos estudos e formulações teóricas direcionados ao estabelecimento das

---

[357] Ibid, p. 39.
[358] O método de observação de Le Play era definido a partir de três meios principais de investigação:"o primeiro consiste em observar os fatos, o segundo em interrogar o trabalhador sobre as coisas que fogem a uma investigação direta, o terceiro em tomar informações junto a pessoas do lugar que conhecem há muito a família ou que influem sobre sua existência através de relações patronais", *in*, CUIN, Charles-Henry. História da Sociologia. São Paulo: Editora Ensaio, 1994.
[359] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 41.
[360] *Ibid*, p. 43.

bases epistemológicas da disciplina, como é o caso de François Bopp, Guillaume de Humboldt e Renan, aos quais se atribui a criação da lingüística.

PRINCIPAIS TEORIAS E ESCOLAS ANTROPOLÓGICAS

Apresentadas, em uma breve síntese, as manifestações do pensamento antropológico que poderiam ser consideradas como verdadeiros "paradigmas" de origem da antropologia no século XIX, cabe agora apresentar, também apenas de forma superficial, como a influência de certos temas no pensamento de diversos autores dos séculos XIX e XX permitiu a formação daquilo que se convencionou denominar de teorias e escolas antropológicas. Não que houvesse "escolas" de antropologia propriamente ditas, ou que um autor representativo de uma determinada escola não pudesse compartilhar, eventualmente, das teorias associadas a uma outra escola, ou mesmo se identificar a alguma escola. A utilização do conceito de escola procura identificar, no âmbito da "história da ciência", certas tendências particulares compartilhadas por um determinado grupo de pensadores, e que, à medida que se consolidam, passam a configurar verdadeiros paradigmas[361] que compõem a matriz disciplinar de um determinado campo do conhecimento científico.

Mas não se pode deixar de considerar o caráter arbitrário das classificações das idéias em disciplinas, escolas e teorias, já que concebidas sob fundamentos essencialmente pragmáticos, não havendo marcos formais ou rígidos em suas denominações e identificações. Assim, quando há referência a algum tipo de escola ou grupo de pensadores, como, por exemplo, o "Círculo de Viena", apesar de associarmos imediatamente esse nome a determinados pensadores que no início do século XX eram de fato vinculados àquela instituição, o que realmente importa é identificar a tradição intelectual que dali se originou. Tais considerações mostram-se importantes para que fique mais evidente o pressuposto de que as teorias, métodos e tendências descritas abaixo não podem ser vistas como excludentes entre si, de modo que o advento de uma teoria implique necessariamente na total superação de

[361] Na concepção original de Thomas Kuhn em sua célebre obra "A estrutura das revoluções científicas", paradigmas são considerados como "as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.", *in*, KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1991, p. 13.

outra. Na verdade, os paradigmas a seguir descritos[362] são complementares, e todos responsáveis pela formação do que pode ser concebido como a matriz disciplinar da Antropologia.

O evolucionismo cultural

A antropologia evolucionista do século XIX partia do pressuposto de que todos os povos, por mais "primitivos" e "selvagens" que pareçam, possuem cultura e o mesmo potencial de desenvolvimento de outros povos considerados evoluídos. Partindo dessa premissa, o observador europeu-ocidental que se propusesse a estudar os costumes e idéias desses povos deveria considerar que, por mais exótica e sem sentido que essa cultura pudesse se revelar à primeira vista, a organização social era sempre regida por algum tipo de ordem. Para os teóricos do evolucionismo unilinear, as sociedades humanas seguem um determinado padrão de desenvolvimento, seguindo sempre um mesmo movimento global. Assim como as teorias biológicas que apontam para a evolução das espécies, também as sociedades humanas tenderiam a obedecer uma lei natural que, ao longo do decorrer histórico, as levariam a um progresso cultural.

Desse modo, de acordo com a perspectiva evolucionista a humanidade estaria sujeita, desde os primórdios, a seguir por determinadas fases de desenvolvimento cultural e tecnológico. E nessa evolução linear, "a civilização ocidental aparece como a expressão mais avançada da evolução das sociedades humanas, e os grupos primitivos como 'sobrevivências' de etapas anteriores, cuja classificação lógica fornecerá, simultaneamente, a ordem de aparição no tempo".[363] Mas ao contrário do que se pode pensar, os primeiros teóricos do evolucionismo social não tiveram influência direta da teoria de Charles Darwin (1809-1882), uma vez que muitos desses intelectuais já desenvolviam idéias evolucionistas antes da publicação da sua célebre obra "A evolução das espécies".

---

[362] As teorias e escolas antropológicas apresentadas neste capítulo são, em sua maioria, e com algumas poucas adequações terminológicas elaboradas pelo próprio autor, as mesmas propostas por Jean Poirier para identificar as teorias e métodos desenvolvidos ao longo da história da Antropologia. Mas, de todo modo, é importante consignar a observação feita por Mercier apontando o caráter arbitrário de qualquer tentativa de "dividir a história da antropologia em período delimitados", uma vez que "as correntes de pensamento características de determinado período ultrapassam largamente os limites que lhe são atribuídos.", *in*, MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 55.

[363] LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975, p. 15.

O principal representante dessa teoria foi Lewis Henry Morgan (1818-1881).[364] Além de suas importantíssimas contribuições à formulação de uma teoria do parentesco, com a publicação em 1871 de *"Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family"*, foi com a publicação de *"Ancient Society"*, em 1877, que causou grande repercussão, já que no bojo dessa obra formulou uma teoria que acreditar ter identificado os princípios lógicos das etapas de desenvolvimento das sociedades humanas. Morgan[365] distinguia três estágios na evolução humana: o selvagem, o bárbaro, e o civilizado, sendo que as definições dessas fases de evolução eram feitas com fundamento em critérios tecnológicos: os "selvagens" eram basicamente caçadores e coletores; os "bárbaros" eram, sobretudo, agricultores; enquanto os "civilizados" eram cidadãos urbanos. Os estudos e as teses evolucionistas de Morgan consistiram ainda em importante fonte de pesquisa e referência para Marx e Engels nos seus modelos de sucessão histórica dos "modos de produção", especialmente pelo interesse no conhecimento das estruturas das sociedades primitivas. Apesar de incompletos, os resultados dessa tentativa só foram publicados em 1884 em *"The Origin of the Family, Private Property, and the State"*.

O difusionismo

Numa perspectiva antagônica à defendida pelo evolucionismo, os defensores do difusionismo sustentavam que as sociedades não evoluem em decorrência de profundas mudanças tecnológicas e culturais ocorridas em distintas e sucessivas fases de evolução, mas através dos contatos experimentados entre elas. A evolução tecnológica ou cultural não seria, assim, resultado de um lento e gradual aprimoramento interno de uma determinada sociedade, e sim fruto da incorporação de uma inovação adquirida em outra sociedade. De forma antagônica à proposta evolucionista predominante no século XIX, a história cultural passou a deixar de ser vista como resultado de um movimento unilinear que percorria estágios evolutivos

[364] Conforme aponta Eriksen, Henry Morgan "cresceu numa fazenda no Estado de Nova York, formou-se em advocacia e participou de modo ativo e bem-sucedido na política local. Um dos primeiros defensores dos direitos políticos dos nativos americanos, ele era fascinado pelos índios desde a juventude. Na década de 1840 ele viveu com os iroqueses durante algum tempo, quando foi adotado por uma das tribos e recebeu o nome Tayadaowuhkuh: 'aquele que constrói pontes'", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 29.
[365] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 69.

distintos e bem definidos. Para o difusionismo, o desenvolvimento social ocorre através de uma miscigenação cultural, já que a capacidade de invenção de novos elementos culturais é muito baixa. Somente através da difusão das inovações obtidas entre as mais diversas culturas é que se tornou possível um desenvolvimento social da humanidade ao longo da história.

Caracterizado inicialmente por sua forte reação contra o evolucionismo predominante no Século XIX, o difusionismo tinha por fundamento metodológico uma abordagem mais diretamente relacionada a analise dos fatos históricos do que na formulação de teorias culturais. Havia, assim, uma ênfase na abordagem empírica e sistemática dos fatos culturais. Esta perspectiva difusionista foi desenvolvida, principalmente, na Alemanha e Áustria, através da chamada escola "histórico-cultural", e nos Estados Unidos. As principais investigações foram elaboradas por Fritz Graebner (1877-1934) e Wilhelm Schmidt (1844-1904), que caracterizava-se pela elaboração de sistematizações complexas, denominadas de "círculos culturais" (*Kulturkreise*), com o objetivo de descrever a difusão dos elementos culturais presentes nas sociedades primitivas até a atualidade. Poirier afirma que quem produziu a primeira metodologia para análises difusionistas foi Leo Frobenius (1873-1938), que de forma bastante avançada para sua época, já defendia que as conclusões obtidas em investigações culturais deviam estar fundamentadas em bases sólidas, pois, do contrário, não passariam de meras hipóteses de trabalho.[366]

A crítica que se fazia a essa perspectiva de análise dos fenômenos culturais fundava-se no fato de que, devido à sua característica reacionária contra os excessos do evolucionismo, o difusionismo acabou por sucumbir a esquematizações exageradas ao reduzir em demasia os núcleos de dispersão cultural. Tanto que para hiperdifusionistas como G. Elliot Smith e W. J. Perry haveria, em última instância, apenas um único centro inicial de dispersão cultural, que seria o Egito antigo. Com efeito, esses antropólogos chegaram à conclusão em suas pesquisas que todos os elementos culturais que formam a base do da civilização teriam sido inventados há sete mil anos pelos egípcios. Desse modo, as mais diversas formas culturais existentes não passariam de uma imitação ou resultado da cultura egípcia. Efetivamente, essas esquematizações analíticas próprias do hiperdifusionismo, que

[366] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 103.

beiram o teratológico, implicavam indiretamente, e até por questão de lógica, numa pressuposição cética em relação ao potencial de invenção humana, que seria assim muito mais propenso à imitação e ao conformismo do que ao espírito criativo. Além disso, não havia no difusionismo uma preocupação científica em se comprovar essas conclusões, que passavam a ser consideradas quase como que evidentes diante da riqueza da cultura egípcia e sua aproximação com as outras culturas, deixando margem à arbitrariedades e construções lógicas desprovidas de base objetiva.

Mas, no geral, há que se levar em consideração que os difusionistas, ao buscarem dar conta da totalidade cultural através de sistematizações e paralelismos entre múltiplos elementos culturais das mais diversas sociedades, acabaram por tornar sua tarefa tão ampla que a fragilidade de suas conclusões era esperada. Contudo, esse relativo fracasso metodológico do difusionismo deve ser mitigado frente aos resultados práticos de imenso valor obtidos com essas pesquisas, que contribuíram enormemente para a compreensão da formação das culturas.

As tendências analíticas morfologistas

Essa escola surgiu inicialmente como uma reação aos extremismos que caracterizavam as teorias evolucionistas unilineares, e teve como seus principais expoentes os antropólogos Franz Boas (1858-1942)[367] e seu discípulo Robert H. Lowie (1883-1957). É possível situar o início desse período por volta de 1896, quando foi publicado o artigo de Franz Boas *"The limitations of comparative method in Anthropology"*, onde se apresentava uma vigorosa crítica aos métodos até então utilizados por quase todos os antropólogos, fortemente impregnados pelas teses evolucionistas, contendo ainda novas propostas metodológicas, com forte apego

[367] Interessante notar que apesar de ser considerado o antropólogo norteamericano mais respeitado, e precursor da maioria dos seus antropólogos clássicos, o israelita-alemão Franz Boas, professor de Antropologia da Universidade de Columbia em Nova York, nunca apresentou uma teoria antropológica geral, tendo publicado apenas três livros que, de todo modo, não possuem um lugar de destaque entre as mais importantes obras de Antropologia (POIRIER, p. 95; ERIKSEN, p. 54). Isto se deve, provavelmente, ao seu ceticismo em relação à grandes generalizações. Suas principais colaborações foram feitas através da publicação de diversos artigos científicos em revistas e periódicos especializados. Seus principais livros são *"The mind of primitive man"*, de 1911; *"Primitive art"*, de 1926; e *"General Anthropology"*, de 1938.

cientificista, para a abordagem dos fatos socioculturais.[368] Contrários à tese de que as formas de cultura resultariam de um processo evolutivo atrelado a determinadas "leis universais", Boas e Lowie defendiam, em princípio, um maior rigor científico nas análises culturais. Isso porque, segundo esses antropólogos, as teses evolucionistas partiriam de um erro fundamental na elaboração de suas conclusões parciais, uma vez que a síntese obtida nas pesquisas não era, na maior parte das vezes, precedida de uma análise pautada exclusivamente em métodos científicos. As tentativas constantes de se enquadrar em esquemas genéricos de evolução social qualquer tipo de forma cultural encontrada nos trabalhos etnográficos, fazia com que os antropólogos adeptos das teorias evolucionistas qualificassem de instituição o que, muitas vezes, não passaria de um conjunto incoerente de costumes, que não poderiam ser considerados como um todo sem abusos de linguagem.[369]

Iniciava-se, assim, com Boas e Lowie, uma nova tendência reacionária contra os excessos cometidos por alguns autores evolucionistas. Conforme essa proposta, as análises culturais deviam ser sempre precedidas de um tratamento comprometido unicamente com a metodologia científica, evitando com isso que a busca incessante por generalizações e universalismos comprometesse os resultados das pesquisas etnográficas. Os dados etnográficos deviam manter correspondência analítica ao conjunto fático estudado, e não adequação sintética a esquematizações teóricas preestabelecidas. Essas tendências analíticas são chamadas de "morfologistas", por apresentarem mais as disparidades do que as semelhanças culturais, e seus objetivos consistem somente em dar conta da multiplicidade das formas de organização social elaboradas pelo homem.[370]

Em substituição ao evolucionismo, Franz Boas propôs o princípio do "particularismo histórico", sustentando que cada cultura deveria ser estudada segundo seus próprios valores e sua própria história.[371] A aplicação desse princípio pressupõe que a imensa variedade cultural torna utópica qualquer proposta de sistematização que procurasse estabelecer determinados marcos temporais na evolução de determinadas sociedades, e muito menos a definição de paralelismos entre os dados colhidos que levassem a identificação de regularidades universais. Propunha-se a adoção de uma dúvida metodológica, já que as formas culturais

[368] MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 29.
[369] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 59.
[370] *Ibid*, p. 94.
[371] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 54.

seriam particulares, "sui generis", só podendo ser consideradas de forma intrínseca, ou seja, tomando-se como referência a própria cultura de onde elas são provenientes. Esse imperativo metodológico foi cunhado por Boas sob a terminologia de "relativismo cultural".[372] Contudo, apesar de o relativismo de Boas ter propiciado um estímulo ao desenvolvimento da Antropologia enquanto disciplina científica, sua aplicação poderia levar, no limite, a um ceticismo generalizado que acabaria por esvaziar toda e qualquer pretensão analítica dos fatos culturais. Mas os resultados da obra antropológica de Franz Boas certamente são mais positivos do que negativos, uma vez que suas teorias e métodos foram fundamentais para que novas formulações teóricas fossem produzidas na Antropologia norteamericana,[373] sobretudo pelos seus alunos mais notáveis, como Alfred L. Kroeber (1876-1960),[374] Edward Sapir (1884-1939),[375] Ruth Benedict (1887-1948),[376] e Margareth Mead (1901-1978).[377]

O psicologismo, a etnolinguística, e o culturalismo

Uma outra grande tendência que caracterizou o pensamento antropológico foi o psicologismo desenvolvido na escola de Émile Durkheim, uma vez que, conforme a análise de Poirier, alguns estudos buscavam estabelecer uma substituição de categorias culturais identificadas nas sociedades indígenas por conceitos ocidentais, que se mostraram, posteriormente, inadequados às suas pretensões analíticas.[378] De outra parte, o primitivismo de Lucien Lévy-Bruhl buscava uma contraposição

---

[372] *Ibid*, p. 54.

[373] Eriksen aponta que, para Boas a Antropologia seria a ciência da humanidade, dizendo respeito a tudo que fosse humano, e como ninguém teria condições de contribuir com todas as ramificações dessa disciplina, defendia uma "abordagem de quatro campos", dividindo a Antropologia em Lingüística, Antropologia Física, Arqueologia, e Antropologia Cultural. Assim, inicialmente os alunos tinham uma formação geral, e posteriormente se especializavam na área de maior interesse, diferentemente no que ocorria na França e Inglaterra, onde predominava uma abordagem generalista. Cf, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 53.

[374] Primeiro aluno de Boas, fundo com a colaboração de Robert H. Lowie o Departamento de Antropologia da Universidade da Califórnia em Berkeley.

[375] Fundou o Departamento de Antropologia da Universidade de Yale, onde criou sua famosa escola de "etnolinguística".

[376] Foi sucessora de Franz Boas na cadeira de Antropologia da Universidade de Colúmbia, onde organizou a escola "cultura e personalidade".

[377] Deu continuidade à obra de Ruth Benedict e, segundo Eriksen, "possivelmente se tornou a figura pública mais influente na história da antropologia.", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 55.

[378] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 60.

entre dois tipos de mentalidade, atribuindo os procedimentos míticos aos povos primitivos. Num segundo momento, mais recente, surgiram algumas tendências que procuravam aplicar os métodos da psicanálise à interpretação das formas culturais das sociedades primitivas.

É importante notar que no período histórico em que tais tendências começaram a aflorar, mais precisamente a partir de 1920, os objetivos analíticos já estavam voltados muito mais à identificação das bases e princípios organizativos de uma determinada sociedade, destacando a singularidade de suas formas e elementos culturais, do que propriamente em elaborar as esquematizações genéricas tão recorrentes aos evolucionistas novecentistas. Inspirados originalmente na abordagem de caracterização psicológica das sociedades obtida nas obras de Frobenius e Boas, as bases desse movimento foram lançadas por Sapir em sua obra "Language", de 1921, e Margaret Mead, em seu primeiro trabalho importante, "Coming of age in Samoa", de 1927.[379] Também tiveram destaque nesse período os estudos de Ruth Benedict e, posteriormente, as investigações desenvolvidas por Abraham Kardiner – psicanalista de formação – e Ralph Linton. Mas conforme ressalva Eriksen, "a linha de sucessão direta vai de Boas à escola da cultura e personalidade de Ruth Benedict (1887-1948) e Margaret Mead (1901-1978)".[380]

Seguindo a linha antropológica concebida por Boas, Benedict e Mead priorizavam em suas análises a relação entre fatores psicológicos dos indivíduos pertencentes a determinado grupo cultural e as condições culturais a que encontravam submetidos. Os aspectos políticos e econômicos das sociedades estudadas passaram a ser relegados a segundo plano, erigindo-se como problema fundamental "saber até que ponto as características mentais humanas são inatas e até que ponto são adquiridas".[381] De forma inovadora, e contrariando a concepção adotada principalmente pela antropologia inglesa, Mead e Benedict sustentavam uma relação entre padrões de emoção individuais com as formas culturais das sociedades, iniciando, assim, os contornos de uma antropologia psicológica. Segundo essa proposta, cada unidade ou conjunto cultural apresentaria uma marca ou um estilo próprio impostos pelo grupo social, e que caracterizaria uma espécie de "padrão cultural" (*pattern*) dessa sociedade, ou mesmo uma "personalidade cultural",

[379] *Ibid*, p. 129.
[380] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 77.
[381] *Ibid*, p. 78.

à qual Benedict, em sua conceituada obra *"Patterns of culture"*,[382] de 1934, referia-se como *"ethos"*.[383] Ainda nessa mesma perspectiva, Mead identificava que as nações desenvolviam "tipos de personalidade" característicos de uma espécie de *ethos* nacional, procurando explorar o "caráter nacional" dos mais diversos países. [384]

De forma diversa ao psicologismo desenvolvido por Benedict e Mead, outros alunos de Boas acabaram por seguir caminhos diferentes, mais afetos à história cultural. É o caso de Kroeber,[385] que depois de criar o Departamento de Antropologia da Universidade da Califórnia em Berkeley, desenvolveu relevantes estudos históricos, que mais tarde seriam definidos sob a denominação de culturalismo. A proposta de pesquisa de Kroeber consistia em "empreender a comparação e a análise das relações históricas entre muitas centenas de populações, cada uma com cultura própria, e que não se haviam abastecido da mesma maneira nos fundos culturais comuns que tinham à disposição".[386] O trabalho antropológico realizado por Kroeber tinha, assim, como principal característica o tratamento das culturas estudadas como uma totalidade que não podia ser fragmentada em partes sem que isso ocasionasse a perda do seu significado.[387] Mostra disso é que "Kroeber se referia ao todo cultural como o "superorgânico", um sistema integrado que era mais do que biológico, e no entanto parecia ter sua própria dinâmica interna, quase viver sua própria vida". [388]

Uma outra importante ramificação da antropologia boasiana foi o empreendimento levado a cabo por Edward Sapir voltado a estabelecer uma síntese entre a linguística e a antropologia. Após ter estudado várias línguas indígenas americanas, redigiu sua principal obra, *"Language"*, de 1921, onde definiu os traços

---

[382] Eriksen destaca ainda que "durante a II Guerra Mundial, Benedict recebeu a incumbência de escrever um relatório sobre o caráter nacional japonês. Impossibilitada de realizar trabalho de campo no Japão (e não sabendo ler japonês), ela baseou suas conclusões na literatura existente e escreveu o *best-seller The Chrisantemum and the Sword*, ainda hoje muito respeitado entre os asianistas orientais. O livro procura descrever o *ethos* da cultura japonesa e estabelece uma tensão psicológica fundamental nessa cultura entre a violência brutal e o estetismo delicado.", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 79.

[383] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 78.

[384] A proposta teórica de Mead consistia, basicamente, na concepção de que "se a cultura modela a personalidade, então é possível mudar a personalidade mudando a cultura.", *in*, ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 80.

[385] As principais obras de Kroeber são a obra etnográfica "Handbook of the indians of California", de 1925, e "Cultural and natural areas of native north américa", de 1939.

[386] MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 66.

[387] Outra característica atribuída à obra de Kroeber é o requinte de pormenores de suas coletas de dados. Mostra disso é que, em relação ao conjunto da região pesquisada, "a primeira lista de elementos culturais compreendia em 1935 um pouco mais de 400 traços significativos; uma lista, publicada em 1942 e relativa somente a uma sub-região, chegava aproximadamente a 8.000, números que exigiam um tratamento estatístico, ao qual de fato se recorreu.", *in*, MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 66.

[388] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 82.

teóricos da etnolinguística moderna, e que, ainda hoje, é considerada como uma das principais referências na aptura ca antropológica. A relação entre língua e cultura concebida por Sapir, juntamente com seu aluno e depois colega, Benjamin Lee Whorf (1897-1941), tinha por fundamento a constatação empírica de que "as línguas diferem profundamente em sua sintaxe, gramática e vocabulário, e essas diferenças implicam distinções profundas no modo como os usuários dessas línguas percebem o mundo e nele vivem".[389] Em outras palavras, a língua influencia o pensamento, de modo que pode ser tomada como fonte de análise das representações culturais de determinada sociedade. [390]

Mas de qualquer modo, compactuando com a conclusão de Poirier, cumpre ressaltar a dificuldade de agrupar todas estas tendências do psicologismo ao culturalismo sob um mesmo termo.[391] Já se propôs a designação de configuracionalismo, reservando-se a denominação de culturalismo exclusivamente para definir a obra de Kroeber. A opção terminológica adotada por Poirier foi enquadrar esses autores sob a designação de tipologistas.[392]

O funcionalismo

A idéia central da teoria funcionalista está baseada no pressuposto de que uma determinada instituição cultural só pode ser explicada ou apreendida de forma adequada através da análise da função que ela exerce dentro do contexto social em que se encontra inserida. Em outras palavras, para os funcionalistas um fato ou instituição social só mantém sua própria significação enquanto for considerado como parte de um determinado complexo cultural. Nessa perspectiva, privilegia-se a análise sincrônica (não histórica) da sociedade estudada em detrimento de qualquer verificação diacrônica, caracterizada por questionamentos históricos que passam, então, a ser considerados irrelevantes ao olhar antropológico.

---

[389] *Ibid*, p. 78.
[390] Exemplo disso é que "um falante hopi perceberá um mundo diferente daquele percebido por um europeu de língua inglesa. A língua hopi é pobre em substantivos e rica em verbos, favorecendo uma visão de mundo rica em movimento e processo, mas pobre em coisas. As línguas européias, em contraposição, têm mais substantivos e menos verbos, fato que as orienta para uma visão de mundo voltada para objetos.", *in*, MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 82-83.
[391] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 61.
[392] *Ibid*, p. 61.

O principal responsável pela elaboração desse novo método foi o polonês Bronislaw Malinowski (1884-1942),[393] após estudo de campo realizado por quase dois anos (entre 1915 e 1918) nas Ilhas Trobriand, que culminou na publicação de "Argonauts of the Western Pacific", em 1922, considerada, por muitos autores, "a obra mais revolucionária da história da antropologia".[394] Nessa obra, Malinowski descreve de forma extremamente rica e detalhada uma única instituição cultural entre os trobriandeses, que consiste no sistema de comércio denominado *"kula"*, onde objetos de valor simbólico circulam entre as Ilhas Trobriand, na Melanésia, estabelecendo relação dessa prática com outras instituições sociais como política, parentesco, posição social etc. Mas é importante consignar desde logo que as noções centrais da interpretação funcionalista dos fatos sociais não foram formulados pela primeira vez por Malinowski, uma vez que Durkheim, Boas, Mauss, Radcliffe-Brown já haviam feita análises semelhantes.[395] Isso também se aplica ao próprio trabalho de campo, que muitas vezes também é equivocadamente considerado como invenção malinowskiana, mas que já era realizado anteriormente com freqüência em expedições etnográficas, como a expedição a Torres. O que pode ser considerado criação de Malinowski não foi o trabalho de campo, mas sim um método específico de realização desse trabalho, ao qual denominou "observação participante". A idéia central desse método que revolucionou o pensamento antropológico era simples, partindo da proposta consistente "em viver com as pessoas que estavam sendo estudadas e em apreender a participar o máximo possível de suas vidas e atividades".[396] Para a realização de um trabalho de campo seria, portanto, fundamental que o antropólogo permanecesse durante um período de tempo convivendo como a sociedade estudada a fim de se familiarizar com o modo de vida e o idioma utilizado pelos "nativos" daquele local.

Com o método da "observação participante" houve uma mudança radical no padrão até então adotado nas pesquisas etnográficas, caracterizados, principalmente, pela elaboração de entrevistas formais com os "nativos", utilização

[393] Segundo Paul Mercier: "O termo 'funcionalismo' está ligado ao nome de B. Malinowski, que foi quem tentou, partindo da teoria desenvolvida sob este nome, definir a realidade sócio-cultural e todos os instrumentos de que o antropólogo dispunha. Se ele próprio manifestou certa tendência a exagerar os méritos pessoais, seria injusto minimizar o seu merecimento, o que parece fazer R. H. Lowie, embora prestando-lhe homenagem: 'Em resumo, pode-se apenas dizer que (ele) foi o pai ou o único intérprete do funcionalismo e nele saudamos, com alegria, o seu arauto mais claro e persuasivo. Outros praticaram ou professaram esta fé, ele fez as duas coisas'.", *in*, MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 98.
[394] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 55.
[395] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 112.
[396] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 116-117.

de intérpretes para a tradução dos diálogos, e pelo distanciamento social entre pesquisador e pesquisado. De forma inovadora, Malinowski propôs estudar a outra cultura a partir da mesma perspectiva dos seus "nativos". Para tanto, seria necessário que o investigador analisasse a cultura estudada de forma objetiva, deixando de lado seus próprios valores culturais para que assim fosse possível apreender os fatos culturais de forma científica, livre de qualquer tipo de preconceito ou juízo de valor. A convivência com o grupo permitiria uma integração do antropólogo ao cotidiano e às práticas sociais habituais, viabilizando, assim, uma adequada identificação da real significação das instituições e demais elementos culturais da sociedade estudada. Nesse mister, o antropólogo deveria, primeiramente, estabelecer uma esquematização geral da sociedade, passando, num segundo momento, pelo trabalho etnográfico propriamente dito, com a coleta detalhada de histórias e fatos reais ocorridos na vida cotidiana, para que, enfim, escrevesse sua etnografia na forma de uma crônica real e dramatizada, com detalhes significativos e particulares daquela cultura específica.[397]

Em suma, pode-se afirmar que o mérito de Malinowski foi ter estabelecido bases sólidas para o desenvolvimento de uma Antropologia científica.[398]

O estruturalismo

O estruturalismo na Antropologia está totalmente ligado ao nome de Claude Lévi-Strauss (1908-2009). Filho de pais judeus radicados na França, estudou Filosofia e Direito em Paris no início dos anos 30, na Universidade Sorbonne, tendo participado do círculo intelectual formado em torno das teorias propostas pelo filósofo existencialista Jean-Paul Sartre. Enquanto esteve no Brasil entre 1935 e 1939, foi um dos responsáveis pela implantação da Universidade de São Paulo, realizando estudos de campo junto a várias tribos indígenas da região amazônica. Na condição de judeu, Lévi-Strauss foi obrigado a sair da França durante a II Guerra Mundial, passando a residir em Nova York, onde lecionou até 1945 junto à New School of Social Research. Nesse período sofreu forte influência da antropologia boasiana e da lingüística estrutural de Roman Jakobson (1896-1982). Suas

[397] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 112.
[398] MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 99.

principais obras são “As estruturas elementares do parentesco”, de 1949, “Tristes Trópicos”, de 1955, “Antropologia Estrutural”, de 1958.

Efetivamente, apesar de Radcliffe-Brown ser considerado como um dos precursores do estruturalismo[399], a noção de “estrutura” proposta por este autor se revela muito diferente daquela que, pouco tempo depois, seria desenvolvida por Lévi-Strauss. Para Radcliffe-Brown os conceitos de estrutura e função eram considerados categorias essenciais para a análise da sociedade, sendo que enquanto aquela referia à “morfologia” desta, esta seria afeta a sua “fisiologia”. Este conceito de estrutura acabou se mostrando muito restrito e superficial quando comparado àquele que Lévi-Strauss procurou desenvolver, uma vez que, conforme suas próprias palavras, reduzia “a estrutura social ao conjunto de relações existentes numa determinada sociedade”.[400] De forma muito mais ampla e refinada, a teoria estruturalista de Lévi-Strauss propõe uma apreensão de aspectos gerais de “sistemas significativos”, como seriam os sistemas de parentesco, casamento, e de mitos. São a essas instituições sociais que Lévi-Strauss remete suas primeiras definições de estrutura e sistemas estruturais, mas não somente enquanto realidades empíricas numa sociedade, e sim como base para que o observador extraia delas os modelos estruturais enquanto sistemas significativos. Numa definição do próprio Lévi-Strauss[401]:

> “O princípio fundamental é que a noção de estrutura social não se refere à realidade empírica, mas aos modelos construídos em conformidade com esta. Assim aparece a diferença entre duas noções, tão vizinhas que foram confundidas muitas vezes: a de estrutura social e a de relações sociais. As relações sociais são a matéria-prima empregada para a construção dos modelos que tornam manifesta a própria estrutura social. Em nenhum caso esta poderia, pois, ser reduzida ao conjunto das relações sociais, observáveis numa sociedade dada. As pesquisas de estrutura não reivindicam um domínio próprio, entre os fatos de sociedade; constituem antes um método suscetível de ser aplicado a diversos problemas etnológicos, e têm parentesco com formas de análise estrutural usadas em diferentes domínios.”

Em outros termos, os sistemas de parentesco, de casamento, e de mito não são analisados enquanto categorias ou objetos delineados, mas como “relações

[399] Conforme observou Lévi-Strauss, referido por Mercier, “A. R. Radcliffe-Brown foi o primeiro a mostrar a eficácia da pesquisa estrutural, definindo, antes que fosse observado em campo, o sistema de parentesco e casamento dos kariera australianos; a partir de materiais incompletos, e como conseqüência de uma tentativa de reduzir a diversidade dos sistemas, já conhecidos, de parentesco australiano”, *apud*, MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 104.
[400] LÉVI-STRAUSS, Claude *apud* MERCIER, Paul, p. 104.
[401] LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975, p. 315-316.

sociais" dotadas de significados determinados. Nessa perspectiva, a paternidade não é considerada enquanto posição ou status numa sociedade, e sim enquanto uma relação significante. Ou como explica Eriksen,[402] "um pai não é em si mesmo um pai, mas apenas em relação a seus filhos".

A idéia do significado como relação já compunha uma importante posição na lingüística estrutural de Jakobson e da lingüística semiótica proposta por Ferdinand de Saussure. Segundo estas teorias, o significado "deriva da relação – o contraste ou a diferença – entre elementos lingüísticos (fonemas, palavras, signos)".[403] Desse modo, percebe-se claramente que Lévi-Strauss conferiu em sua teoria novos horizontes de problematização à Antropologia, utilizando, para isso, modelos metodológicos de outras disciplinas, dedicando especial atenção ao estudo da linguagem como veículo do sistema de significação da sociedade observada. A vantagem desse tipo de análise, que reduz sistemas significativos a estruturas diferenciadas, é que a mesma possibilita uma visão sincrônica da cultura, facilitando uma compreensão ampla da realidade cultural estudada.[404] Mas esse tipo de abordagem estruturalista parte do pressuposto da existência de uma unidade essencial entre todos os tipos de sociedade. Conforme refere Paul Mercier,[405] seria indispensável para a viabilidade desse modelo analítico a definição de uma "base comum", ou, valendo-se da definição do próprio Lévi-Strauss, de um "substrato universal" presente no inconsciente coletivo, ou na identidade das estruturas mentais. Sob tais condições, o método estruturalista alcançaria condições mais efetivas de realização quando aplicado a uma realidade cultural relativamente homogênea, onde as diferentes culturas analisadas pertencessem a uma base de origem comum, já que a partir daí seria possível analisar as transformações sofridas por um determinado sistema. De modo contrário, se o método fosse empregado em culturas mais heterogêneas, os resultados obtidos seriam mais conjunturais do que estruturais.

---

[402] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 128.
[403] *Ibid*, p. 128.
[404] Segundo o próprio Lévi-Strauss: "Os fenômenos sincrônicos oferecem, no entanto, uma homogeneidade relativa que os torna mais fáceis de estudar que os fenômenos diacrônicos. Não é, pois, surpreendente que as pesquisas mais acessíveis, relativamente à morfologia, sejam aquelas que dizem respeito às propriedades qualitativas, não mensuráveis, do espaço social, isto é, à maneira pela qual os fenômenos sociais se distribuem no mapa e as constantes que ressaltam desta distribuição.", *in*, LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975, p. 329.
[405] MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 99.

Eriksen[406] procura sintetizar de forma aproximada a análise estruturalista, que consistiria, primeiramente, "em trazer essa estrutura à superfície; segundo, em deduzir seus princípios subjacentes – sua 'lógica'; e, finalmente, em chegar a uma 'lógica das lógicas' universal da comunicação humana". Muito embora não tenha se detido em esclarecer maiores aspectos técnicos referentes a este processo, esse autor traz um breve esboço da forma com que ele foi expresso em "As estruturas elementares do parentesco". Nessa obra, Lévi-Strauss altera o modelo até então utilizado pelo funcionalismo estrutural que, assentado na análise dos sistemas de linguagem segmentária, resolvia satisfatoriamente o papel fundamental do parentesco na organização das sociedades tribais. Nessa abordagem pautada na teoria da linhagem, se conferia ênfase às relações de parentesco linear (avô-pai-filho), relegando a um segundo plano as relações colaterais (marido-mulher, irmão-irmão). Mas para Lévi-Strauss o parentesco não podia ser visto somente enquanto um modo de organização social, mas sim como um sistema significativo, um sistema de relações, onde o principal fundamento não era o "laço de sangue" que une pais e filhos, e sim o laço construído socialmente entre marido e mulher. A explicação para essa conclusão é que o casamento consiste em um ponto de indeterminação no parentesco biológico, uma vez que você não pode escolher seus pais, mas seus cônjuges sim. Fato que demonstra, para Lévi-Strauss, que é através dessa indeterminação biológica que a cultura penetra no parentesco, transformando a sociedade tribal de biologia em cultura.[407]

O impacto da obra de Lévi-Strauss foi um pouco limitada na Inglaterra e Estados Unidos da América antes de 1960 em virtude da demora na tradução do seus textos para o inglês. Enquanto que na França o estruturalismo se tornou uma alternativa ao marxismo e à fenomenologia, influenciando importantes intelectuais de outras áreas do conhecimento, como Roland Barthes, Michel Foucault e Pierre Bourdieu,[408] os quais, posteriormente, teceriam acirradas críticas ao estruturalismo, iniciando um debate com seus adeptos que acabaria por introduzir esses autores nos cânones da antropologia.

---

[406] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 128.
[407] *Ibid*, p. 129.
[408] Segundo Pierre Bourdieu (2005, P. 3), "levar a sério a noção de estrutura social supõe que cada classe social, pelo fato de ocupar uma posição numa estrutura social historicamente definida e por ser afetada pelas relações que a unem às outras partes constitutivas da estrutura, possui *propriedades de posição* relativamente independentes de propriedades intrínsecas como por exemplo um certo tipo de prática profissional ou de condições materiais de existência".

CAPÍTULO 4

UMA BREVE GENEALOGIA DOS FUNDAMENTOS DO DISCURSO JURÍDICO-ANTROPOLÓGICO

AS TEORIAS "CLÁSSICAS" PRECURSORAS DA ANTROPOLOGIA JURÍDICA

Após uma rápida revisão sobre os aspectos histórico-teóricos que serviram de base para o desenvolvimento da antropologia enquanto disciplina científica, mostra-se necessário, num segundo momento, e em atenção aos objetivos deste trabalho, promover uma abordagem mais específica nas relações entre juristas e antropólogos na fase dos primórdios do que, somente muito tempo depois, viria a ser chamado de antropologia jurídica.

Ainda em meados do século XIX, quando a antropologia se consolidava enquanto campo profissional e disciplina acadêmica, já havia registros de investigações antropológicas sobre o direito. Até mesmo porque muitos dos

primeiros “antropólogos” e pensadores sociais oitocentistas eram juristas de formação, como é o caso do britânico Henry S. Maine (1822-1888), o norte-americano L. H. Morgan (1818-1881), Karl Marx, Emile Durkheim, e Max Weber. Para Estebam Krotz,[409] um dos pontos comuns que teria favorecido essa aproximação entre a antropologia e o direito teria sido o fato de que os estudantes universitários europeus tinham necessária familiaridade com o latim, e por intermédio dessa língua, com a história antiga e a cultura clássica das civilizações grega e romana, as quais se apresentavam como uma das *outras* culturas frequentemente invocadas nas teorias antropológicas daquela época, de cunho eminentemente evolucionista devido à influência darwiniana. A forte influência da “Escola História de Direito” e a expansão colonial, que impingiam uma tendência comparativa dos institutos jurídicos de outras épocas e de outros povos, também seriam fatores que possibilitaram o encontro das disciplinas.

Deve-se ter em conta ainda que a separação do conhecimento em disciplinas específicas ainda era muito incipiente em meados do século XIX, e se de um lado o positivismo de Auguste Comte havia retirado o estudo da sociedade do campo de especulação da filosofia, ainda era o direito que se apropriava dos fenômenos sociais e culturais, incorporando em seu campo de estudo temas que hoje são próprios da sociologia, ciências políticas, e da própria antropologia. Dessa maneira, também era esperado que, de forma antagônica, muitos precursores da antropologia elegessem como objeto específico de estudo e pesquisa temáticas que até então eram adjudicadas pela comunidade jurídica, como, por exemplo, as relações de parentesco, que interessavam ao direito principalmente para a definição dos direitos e obrigações no âmbito familiar. A própria diversidade social e cultural que caracteriza a comunidade européia ensejava relevantes discussões e investigações jurídicas, dado o pluralismo normativo vigente, notadamente, nas sociedades campesinas. Em contrapartida, as pesquisas antropológicas sobre a origem de instituições sociais como a propriedade, o matrimônio, e a família revelaram-se de grande interesse para os juristas.

Porém, à medida que a antropologia se firmava como um campo próprio de conhecimento científico, houve um gradual distanciamento das suas temáticas e

[409] KROTZ, Esteban, ed. Antropología jurídica: perspectivas socioculturales em el estúdio del derecho. Barcelona: Anthropos Editorial, 2002.

objetos específicos de estudo e pesquisa daqueles tradicionalmente apropriados pelos juristas. Isto porque se de um lado a antropologia passava a incorporar em seu referencial teórico e metodológico conceitos e categorias que se revelavam mais específicos para uma análise científica das diferentes culturas e instituições sociais, os juristas, por sua vez, também passaram a deixar para um segundo plano indagações e especulações históricas e filosóficas em prol de um aprimoramento técnico de seus institutos e práticas.

Com essa crescente especialização experimentada por todas as áreas do conhecimento, a antropologia também passava por um período de fortalecimento e enriquecimento de suas bases disciplinares, o que se revelava através de novas teorias e idéias paradigmáticas sobre os mais variados fenômenos sociais e culturais, as quais também compreendiam o estudo antropológico dos fenômenos jurídicos. E nesse âmbito de análise, H. S. Maine, K. Marx, É. Durkheim e M. Weber, são considerados como os responsáveis pelo estabelecimento dos paradigmas centrais daquilo que pode ser identificado como a matriz disciplinar da antropologia jurídica.[410] Suas convicções epistêmicas acabaram por configurar um domínio próprio para a antropologia jurídica, e por esse fato adquiriram o estatuto de seus "Pais Fundadores", principalmente, conforme aponta Marques Guedes, "no que diz respeito à delineação do que foi considerado a progressiva separabilidade do 'jurídico' e da 'lei' em relação a outros âmbitos do social". [411] Vejamos, então, as principais contribuições desses teóricos contribuíram para a progressiva delimitação dos objetos de estudo da antropologia jurídica.

Henry Sumner Maine: A evolução do direito

Como já tivemos oportunidade de expor no capítulo anterior, o Século XIX foi, em grande parte, caracterizado pelas idéias evolucionistas não apenas pela publicação das teorias biológicas de Jean-Baptiste Lamarck e Charles Darwin, mas

[410] Conforme refere Eriksen (2007, p. 48): "Em nossos dias, os antropólogos citam Marx, Durkheim e Weber com frequência muito maior do que citam Morgan, Bastian ou Tylor, que em pouco tempo seriam realmente desacreditados pelos seguidores de Durkheim. Num curto período de tempo, o impacto de Durkheim abalaria profundamente a antropologia, enquanto Weber e Marx continuavam envoltos em sombras, só aparecendo como influências importantes depois da II Guerra Mundial".

[411] MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 66.

principalmente porque os intelectuais que se dedicavam ao estudo do homem em sociedade já haviam adotado um enfoque similar em suas pesquisas. E neste ponto é interessante notar que o próprio Darwin reconhecia que havia recebido inspiração teórica na obra de Thomas Malthus para escrever sua principal obra, "A origem das espécies".

E é nesse contexto, composto por uma série de publicações de obras sócio-evolucionistas, que Henry James Sumner Maine (1822-1888) iniciava seus estudos e pesquisas pelas quais, muito tempo depois, seria reconhecido como o grande pai fundador da antropologia jurídica.[412] Insigne jurista e professor de Direito em Oxford e em Cambridge, se aproximou da antropologia através do direito comparado, tendo sido o criador, em 1869, da primeira cadeira britânica da disciplina que denominou de *"Historical and Comparative Jurisprudence".*[413] Profundo conhecedor da história do direito, tem como sua principal obra *"Ancient Law"*, de 1861.

Impregnado pelas idéias evolucionistas de sua época, Maine partia do pressuposto de que o direito também evoluía e se modificava na medida em que as sociedades primitivas se tornavam mais complexas. Dessa maneira, as idéias jusnaturalistas que postulavam a imutabilidade de alguns princípios básicos de direito ao longo do decorrer histórico eram rechaçadas por Maine, que não admitia a concepção escolástica de que o direito deriva da "natureza humana". As explicações clássicas sobre as variações do direito ao longo do tempo, como as contratualistas, defendidas por Hobbes, Rousseau e Locke; a utilitarista, concebida por Bentham; ou mesmo a relativa a uma ecologia social, formulada por Montesquieu, eram consideradas insuficientes para Maine, que entendia necessária uma proposta metodológica que conduzisse a um exame sistemático sobre as relações e modificações históricas entre as categorias da sociedade e autoridade. E como método apropriado para a realização dessa proposta analítica, Maine defende a necessidade de um estudo comparativo, principalmente através de documentos e relatos, sobre a evolução do direito em diversas sociedades ocidentais e orientais.

---

[412] Para Vanderlinden, Maine é o personagem *"le plus influent aux origines de la discipline [de Antropologia Jurídica]"*, opinião que é compartilhada pela grande maioria dos estudiosos desta disciplina. *Apud*, MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 66.

[413] Sua brilhante carreira ainda registra uma passagem pela Índia, onde ocupou os cargos de Vice-Chanceler da Universidade de Calcutá e Conselheiro do Governador-Geral do Vice-Reino, ocasião em que participou ativamente nos trabalhos de codificação e tradução do Direito colonial britânico.

Fundamentado nessa perspectiva histórica, também característica do "progressivismo" que matizava as formulações teóricas da segunda metade do século XIX, Maine defendia, com base em fontes diversas,[414] que o Direito também se desenvolvia de forma paralela ao desenvolvimento de outras instituições sociais, em estágios sucessivos e relativamente padronizados de evolução.[415] No primeiro ciclo evolutivo, de ordem notadamente religiosa, as sociedades mais primitivas se constituíam em um grupo familiar patriarcal, cuja unidade fundamental derivava da autoridade ilimitada do patriarca, de modo que sua vontade se confundia com a própria norma. Num segundo estágio de desenvolvimento já se identificava à predominância de um princípio autorregulador que enfraquecia a autoridade e arbitrariedade do patriarca, de modo que a lei e o costume passavam a ser vistas de forma praticamente indissociáveis, considerando que nessas sociedades a mutabilidade das práticas sociais é praticamente inexistente. E no terceiro e último estágio de evolução, encontrado nas sociedades ocidentais contemporâneas, o direito já é visto como uma instituição autônoma, e as relações sociais são caracterizadas, principalmente, pela realização de contratos. [416]

Identificando que nessa evolução do direito no decorrer histórico há uma progressão do "simples" ao "complexo",[417] assim como já se postulava naquele momento em relação à Biologia, e considerando ainda que no segundo estágio de evolução começava a se formar aquilo que denominamos de "esfera pública", Maine buscava ainda identificar qual seria o processo pelo qual a sociedade foi se descorporativizando para dar passo a uma organização jurídica centrada na relação direta entre o indivíduo e o Estado. Para encontrar uma resposta a essa indagação, Maine procura associar a emancipação do indivíduo dos vínculos predominantemente familiares para uma tipo de embrionário de cidadania pela constatação de que se podia reconhecer como membros da tribo a indivíduos não pertencentes a nenhuma das linhagens ou clãs que a constituíam (como é o caso da adoção, pois o filho adotivo gozava dos mesmos direitos conferidos aos filhos nascidos do matrimônio), como também pelo reconhecimento da legitimidade de

[414] Como poemas homéricos e épicos, histórias e crônicas clássicas, relatos hindus, códigos da Roma antiga etc.
[415] Maine identificava seu sistema de evolução gradual de forma análoga ao esquema biológico de definição consistente na infância, adolescência e fase adulta.
[416] KROTZ, Esteban, ed. Antropología jurídica: perspectivas socioculturales em el estúdio del derecho. Barcelona: Anthropos Editorial, 2002, p. 53.
[417] MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 69.

agrupamentos constituídos a partir de fundamentos diferentes dos familiares (como os constituídos com base em critérios meramente territoriais, onde o "*jus sanguinis* " [direitos transmitidos somente de pais para filhos] dava lugar ao "*jus soli*" [o membro adquiria direitos pelo nascimento ou residência em um território]).[418]

A teoria apresentada por Maine em *"Ancient Law"* tinha, assim, como principal objetivo identificar os movimentos característicos da progressiva evolução das sociedades de uma condição arcaica para uma modernidade. Algumas passagens de Maine[419] retratam bem sua teoria:

> *The movement of progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by de gradual dissolution of family dependency, and the growth of individual obligation in its place.*
> *(...) Starting, as from one terminus of history, form a condition of society in which all the relations of Persons are summed up in the relations to Family, we seem to have steadily moved towards a phase of social order in which all these relations arise form the free agreement of individuals.*
> *(…) All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from… the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status… to signify these personal conditions only… we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement form Status do Contract.*

Partindo dessas e outras observações que apontariam para uma evolução do direito ao longo do decorrer histórico, passando de uma sociedade regulada pelo *status* social para uma sociedade de contrato,[420] Henry S. Maine constatou que a tendência à universalização dos contratos como forma básica de relação social favorecia uma expansão da esfera pública,[421] com o Estado passando a ocupar uma posição de regulador supremo da vida em sociedade.

---

[418] KROTZ, Esteban, ed. Antropología jurídica: perspectivas socioculturales em el estúdio del derecho. Barcelona: Anthropos Editorial, 2002, p. 53-54.

[419] MAINE, Henry Sumner, *apud* FALK MOORE, Sally. Law and Anthropology: a reader. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2009, p. 21.

[420] Em relação a essa passagem de uma sociedade de status para uma sociedade de contrato, Armando Marques Guedes (2005, p. 67) aponta que: "Para esta progressão-maturação Maine gizou, com efeito, um mecanismo na prática bastante semelhante ao de um processo 'biológico' de crescimento. Nos agrupamentos 'patrilineares e patriarcais' primitivos (um bom exemplo disso, para ele, era o de muitos dos grupos da Índia sua contemporânea, onde vivera e trabalhara, bem como outros do passado clássico 'ocidental') os direitos e as obrigações de cada pessoa eram pura e simplesmente definidos em termos do respectivo estatuto social. Segundo Maine, terá sido apenas com a 'mobilidade' (e a geminada 'maturação', ambas a seu ver características das 'sociedades modernas') que à 'liberdade individual' veio a ser dada uma mais plena expressão, consubstanciada na emergência da figura do 'contrato livre'.

[421] Ainda com relação à idéia fundamental da teoria de Maine no sentido de que o direito evolui de status ao contrato, Robert Weaver Shirley escreve que esse autor, considerado por muitos como o pai da Antropologia Jurídica, "percebeu que a evolução do direito processava-se 'naturalmente' dos grupos familiares e da posição de um indivíduo dentro da comunidade e da família para uma simplificação de regras até o ponto em que cada

Esses são, em breve síntese, os principais legados do pensamento inovador de Henry Sumner Maine, que além de formular uma tipologia das sociedades segundo critérios diferenciais pautados, principalmente, na progressiva maturação das sociedades primitivas e estamentais para uma sociedade moderna regida por contratos, também centrava seus estudos nas diferentes relações entre indivíduo e o grupo social ao longo da história, buscando identificar as condições que favoreceriam o aparecimento de uma esfera pública onde o indivíduo converte-se em sujeito de direito.

Karl Marx: O direito como instrumento de dominação e alienação social

Mas, diferentemente da perspectiva histórica defendida por Maine, seu contemporâneo Karl Marx (1818-1883), tomando por base os modelos evolucionistas alternativos de Lewis Henry Morgan, e impregnado pela filosofia do direito de Hegel, via os sistemas jurídicos típicos do modo de produção capitalista como resultado da "luta de classes". Sob esse viés "materialista", o direito, assim como a moral, as crenças religiosas, as ciências, a arte, a estética, a linguagem, e as formas de consciência coletiva, seriam sempre uma superestrutura que apenas reflete, de forma não aparente (ou mesmo mascarada) uma ideologia dominante na estrutura de classe da sociedade burguesa. Assim, enquanto componentes de uma "superestrutura ideológica" das sociedades, as leis e o direito foram vistos por Marx como um verdadeiro instrumento capaz de impor e assegurar ao grupo detentor dos meios de produção a dominação sobre o grupo detentor apenas da força de trabalho. Nessa perspectiva, tanto na sociedade feudal como na sociedade capitalista, o direito seria uma verdadeira "arma de classe" utilizada de forma instrumental e dissimulada para manter, através da opressão, um determinado "status quo" na estrutura econômica que constitui a base material de cada uma dessas sociedades.

---

pessoa era totalmente livre para organizar seus próprios grupos e padrão de vida, através de uma série de contratos que faria com outros indivíduos e instituições. De certo modo, Maine argumentava que o direito evoluiria como a economia social, isto é, como o homem deslocou-se do mundo fechado da vila rural com seu intenso entrelaçamento de parentela e vínculos de vizinhança à cidade industrial, o direito, baseado no status familiar, tornar-se-ia impossível, desnecessário, e o único papel do sistema jurídico, especialmente dos tribunais, seria o de executar os contratos espontaneamente feitos entre cidadãos livres.", *in* SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia jurídica. São Paulo: Saraiva 1987, p. 15.

Analisando mais especificamente a teoria do Direito ocidental resultante da revolução liberal burguesa, Marx identificava no individualismo característico daquele período histórico uma evidência de uma ideologia política que escondia a estrutura de classes da sociedade burguesa, favorecendo a manutenção das relações de produção e de troca capitalistas. O indivíduo abstrato, representado na inovadora noção jurídica de "sujeito de direito",[422] não seria mais do que uma ilusão concebida pela burguesia para facilitar a ocultação dos problemas materiais advindos da profunda desigualdade experimentada pelo homem concreto em suas relações sociais de produção. Em razão disso, e criticando a filosofia do direito de Hegel, Marx via a esfera jurídica como sítio de uma dupla ilusão: primeiramente uma ilusão legalista, uma vez que o Poder Legislativo não criaria a lei, mas sim a identificaria nas relações sociais vigentes, de modo que, em tais condições, e ao contrário do que supunha o pensamento revolucionário, a lei não consiste em instrumento para a libertação dos homens, mas sim para "captura-los nas armadilhas de sua própria miséria"; e em segundo lugar, consequentemente, a ilusão gerada através da "mentira da igualdade dos direitos e da liberdade dos cidadãos", uma vez que a promulgação meramente formal da lei em nada modificaria a realidade material da maioria oprimida.[423] Portanto, o direito não

[422] "Com efeito, o sujeito de direito é sujeito de direitos virtuais, perfeitamente abstratos: animado apenas pela sua vontade, ele tem a possibilidade, a liberdade de se obrigar, designadamente de vender a sua força de trabalho a um outro sujeito de direito. Mas este ato não é uma renúncia a existir, como se ele entrasse na escravatura; é um ato livre, que ele pode revogar em determinadas circunstâncias. Só uma 'pessoa' pode ser a sede de uma atitude destas. A noção de sujeito de direito é, pois, absolutamente indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista. A troca das mercadorias, que exprime, na realidade, uma relação social – a relação do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho – vai ser escondida por 'relações livres e iguais', provindas aparentemente apenas do seu funcionamento, a 'atomização', quer dizer, a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres. No plano jurídico, esta representação toma a forma de uma instituição: a do sujeito de direito. (...) Com efeito, se, diferentemente do escravo, o servo é um sujeito de direito, ele não é, no entanto, um sujeito de direito comparável, *a fortiori* equivalente àquele que o senhor incarna. Esta diferença é marcada pelo fato de nem as regras nem os tribunais lhes serem comuns. Plebeus e nobres pertencem a duas ordens diferentes. Que isso fique bem compreendido: a dois universos jurídicos. Em definitivo, não há medida comum entre estas duas pessoas, ou melhor, não há estatuto jurídico comum que sirva de equivalente, de medida. Não há, pois, 'sujeito de direito' abstrato que possa preencher esta função de denominador comum, de 'norma-medida'. (...) O servo não é pois livre de vender a sua força de trabalho, visto que ele está preso à terra e ligado ao senhor. Para que ele se torne assalariado, será necessário reconhecer-lhe um poder de direito abstrato de dispor da sua vontade e, para fazer isto, é necessário quebrar os vínculos feudais (...) Fica-se, pois, com a noção de que a categoria jurídica de sujeito de direito não é uma categoria racional em si: ela surge num momento relativamente preciso da história e desenvolve-se como uma das condições da hegemonia de um novo modo de produção. (...) É preciso compreender que, ao fazer isso, o novo sistema jurídico não cria *ex nihilo* uma pessoa nova. Pela categoria de sujeito de direito, ele mostra-se como parte do sistema social global que triunfa nesse momento: o capitalismo. É preciso, pois, recusar todo ponto de vista idealista que tenderia a confundir esta categoria com aquilo que ela é suposta representar (a liberdade real dos indivíduos). É preciso toma-la por aquilo que é: uma noção histórica." (Michel Miaille, Introdução Crítica ao Direito, Lisboa, Editorial Estampa, 1994, p. 118, 119 e 121)

[423] GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica – São Paulo: Martins Fontes, 2002, 170-171.

passaria de uma mentira, um engodo, um expediente artificioso e obscuro utilizado para a dominação e opressão de um grupo social sobre o outro.

Subjacente a essa síntese do pensamento marxista sobre o Direito, encontra-se toda uma crítica à filosofia do direito de Hegel, onde o Estado assume um caráter "ideal" e distinto da sociedade civil. Como é cediço, o idealismo hegeliano parte da noção de que "o Estado é o 'objetivo imanente' da família e da sociedade civil, e se, como tal, 'tem sua força na unidade entre seu objetivo final universal e o interesse particular dos indivíduos'".[424] E é sobre essa tese fundamental que Marx estabelece sua crítica denunciando que o idealismo hegeliano, ao pressupor uma falsa identidade entre o particular e o universal, também não apresenta o processo pelo qual o Estado se relaciona de forma concreta com a sociedade civil. Isto porque no âmbito da democracia formal a participação do indivíduo (particular) no Estado (universal) ocorre através de sua condição de cidadão, cuja participação política ativa encerra-se com o exercício do voto. Fora disso, esgotado o exercício da cidadania através do sufrágio universal, o indivíduo encontra-se situado na sociedade civil, não possuindo mais nenhum canal efetivo de comunicação com o universal. Essa democracia meramente formal consistiria em fonte de alienação, uma vez que cria a ilusão no indivíduo de uma efetiva participação na universalidade enquanto que, na realidade, o mesmo se vê preso às suas particularidades e submisso a todas as formas de dominação e opressão.

O discurso idealista de Hegel sobre o Estado consistiria, assim, em mera filosofia política vazia de possibilidades práticas e que, ao contrário da perspectiva "materialista histórica", não forneceria mecanismos reais para "transformação do mundo". A filosofia hegeliana do direito político se limitaria apenas em retratar o Estado em seu aspecto formal, à medida que desconsidera as relações concretas de poder experimentadas nos canais de mediação entre a sociedade civil e o governo, e pressupondo, de forma temerária, portanto, uma identidade dialética na comunicação entre o particular e o universal.

Ou, conforme a célebre síntese elaborada pelo próprio Marx sobre suas conclusões críticas à filosofia do direito de Hegel, apresentada no prefácio de "Para a crítica da economia política":[425]

---

[424] *Ibid*, p. 390.

[425] MARX, Karl. Para a crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 25-26. (Os economistas)

> O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de fio condutor aos meus estudos, pode ser formulado em poucas palavras: na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência. Em uma certa etapa de seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que nada mais é do que a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade dentro das quais aquelas até então se tinham movido. De formas de desenvolvimento das forças produtivas essas relações se transformam em seus grilhões. Sobrevém então uma época de revolução social. Com a transformação da base econômica, toda a enorme superestrutura se transforma com maior ou menor rapidez. Na consideração de tais transformações é necessário distinguir sempre entre a transformação material das condições econômicas de produção, que pode ser objeto de rigorosa verificação da ciência natural, e as formas jurídicas, política, religiosas, artísticas ou filosóficas, em resumo, as formas ideológicas pelas quais os homens tomam consciência desse conflito e o conduzem até o fim. Assim como não se julga o que um indivíduo é a partir do julgamento que ele se faz de si mesmo, da mesma maneira não se pode julgar uma época de transformação a partir de sua própria consciência; ao contrário, é preciso explicar essa consciência a partir das contradições da vida material, a partir do conflito existente entre as forças produtivas sociais e as relações de produção. Uma formação social nunca perece antes que estejam desenvolvidas todas as forças produtivas para as quais ela é suficientemente desenvolvida, e novas relações de produção mais adiantadas jamais tomarão o lugar, antes que suas condições materiais de existência tenham sido geradas no seio mesmo da velha sociedade. É por isso que a humanidade só se propõe as tarefas que pode resolver, pois, se se considera mais atentamente, se chegará à conclusão de que a própria tarefa só aparece onde as condições materiais de sua solução já existem, ou, pelo menos, são captadas no processo do seu devir. Em grandes traços podem ser caracterizados, como épocas progressivas da formação econômica da sociedade, os modos de produção: asiático, antigo, feudal e burguês moderno. As relações burguesas de produção constituem a última forma antagônica do processo social de produção, antagônicas não em um sentido individual, mas de um antagonismo nascente das condições sociais de vida dos indivíduos; contudo, as forças procriam ao mesmo tempo as condições materiais para a solução desse antagonismo. Daí que com essa formação sócia se encerra a pré-história da sociedade humana.

Percebe-se, em suma, que de forma inaugural, e também antagônica àquela expressada pelo idealismo hegeliano, Marx passa a analisar as relações jurídicas, como a própria estruturação do Estado moderno, não a partir dos seus próprios elementos, compreendidos a partir da noção de soberania, povo, território e finalidade, e muito menos a partir de qualquer especulação filosófica sobre o desenvolvimento da razão humana, mas sim com fundamento nas “relações

materiais da vida", e que cuja totalidade teria sido conceituada por Hegel sob a denominação de "sociedade civil".

O interesse de Marx pela produção, relacionada com um determinado grau de desenvolvimento social, também compreende a produção dos indivíduos sociais, o que revela nítida feição antropológica em sua análise. No lugar dos indivíduos abstratos e ideais concebidos por filósofos como Rousseau, conforme exemplifica o próprio Marx,[426] que "relaciona e liga sujeitos independentes por natureza, por meio de um contrato", numa mera aparência ou suposição de uma natureza humana, o materialismo marxiano parte do indivíduo histórico, envolto e determinado por específicas relações de produção que condicionam sua consciência. E apesar de nas sociedades mais primitivas o indivíduo se mostrar mais dependente e naturalmente adaptado às formas sociais às quais pertencia, como sua família, ou tribo, já na sociedade burguesa do século XVIII as variadas formas de composição social passaram a se mostrar ao indivíduo como alternativas ou meios de realizar suas potencialidades e interesses. Na sociedade burguesa moderna, o indivíduo passa então a assumir uma representação individualizada em suas relações sociais, e não pode mais ser compreendido enquanto indivíduo fora da sociedade. Ou, conforme sintetiza Marx, compactuando com a máxima aristotélica, "o homem é no sentido mais literal, um *zoon politikon*,[427] não só animal social, mas animal que só pode isolar-se em sociedade".[428]

Nesse âmbito de análise, tem-se que com Marx o jurídico passa a ser visto também sob um aspecto material e instrumental, e não mais somente numa perspectiva evolutiva, histórica e filosófica, como aquela trazida pelos seus antecessores. De forma totalmente inovadora, Marx supera uma concepção do Direito pautada em aspectos biológicos, como a defendida por Maine, para apontar uma suspeição em relação às instituições jurídicas, que não passariam de mais uma forma de obscurantismo e opressão imposta pela classe dominante. Essa conclusão é identificada, segundo Marx, a partir do fato histórico de que cada forma de produção cria suas própria relações de direito, formas de governo, instituições políticas etc:[429]

---

[426] *Ibid*, p. 3.
[427] *Zoon politikon* (ser social, animal social).
[428] MARX, Karl. Para a crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 4.
[429] *Ibid*, p. 11.

> Considerando as sociedades na sua totalidade, a distribuição, de um outro ponto de vista, parece preceder à produção e determina-la – a bem dizer com um fato pré-econômico. Um povo conquistador partilha a terra entre os conquistadores, impondo assim uma certa repartição e uma certa forma de propriedade de terra. Determina, portanto, a produção. Ou então escraviza os povos conquistados, fazendo assim do trabalho escravo a base de produção, ou ainda, por meio de uma revolução, um povo destrói a grande propriedade fundiária e divide-a em parcelas; dá assim, com essa nova distribuição, um novo caráter [à produção]. Ou a legislação perpetua a propriedade fundiária em certas famílias; ou faz do trabalho um privilégio hereditário, imprimindo-lhe desse modo um caráter de casta. Em todos esses casos – e todos são históricos –, a distribuição não parece ser articulada e determinada pela produção, mas, pelo contrário, é a produção que parece sê-lo pela distribuição.

É a partir de um referencial histórico que Marx se opõe veementemente ao pensamento liberal burguês reinante em sua época, questionando de forma crítica o fato desses teóricos não estabelecerem em suas análises uma relação adequada elementos tão unidos organicamente como as relações de produção e as relações de direito. Essa incompreensão podia ser notada, por exemplo, segundo Marx, quando os economistas burgueses sustentavam que "a polícia é mais favorável à produção que o direito da força", esquecendo-se apenas que "o direito da força é também um direito, e que o direito do mais forte sobrevive ainda sob outra forma em seu 'Estado de Direito'.[430]

A crítica de Marx ao direito burguês reside, portanto, no fato de que o mesmo, ao ser elaborado tendo como fundamento o homem abstrato, compreendido na noção de sujeito de direito, acaba por não considerar o homem concreto e todos os seus problemas materiais. Por sua vez, a igualdade meramente formal proclamada pela legislação burguesa em nada modifica a miserável condição real da maioria, sendo, assim, mera fonte de ilusão, opressão, mentira e hipocrisia. Em sua radical visão transformadora da sociedade, Marx previa a morte do direito, uma vez que com a consolidação da fraternidade comunista, as leis e regras jurídicas seriam absolutamente desnecessárias.[431]

---

[430] *Ibid*, p. 6.

[431] Para Lévy-Bruhl, "o que caracteriza a teoria marxista do direito, em oposição às que a precederam, é sua ligação íntima, indissolúvel, com uma certa organização política e social. Para Marx, o direito não existe sem o Estado, nem o Estado sem o direito, e o Estado nada mais é que um instrumento de dominação de uma classe (a burguesia) sobre outra (o proletariado). Portanto, para existir, o direito supõe uma sociedade hierarquizada e dividida em classes, é uma arma na luta de classe travada entre os capitalistas e os trabalhadores. Porém, nem o direito nem o Estado existiriam em todos os tempos. Na era pré-escravagista e, com maior razão, entre as populações primitivas, não se pode falar de direito. Todos os litígios regulam-se amigavelmente, sob um regime de arbitragem ou por uma decisão imperativa emanada, por exemplo, do chefe de família. No outro extremo da cadeia, quando a classe oprimida tiver triunfado sobre seus inimigos, o direito terá, por isso mesmo, deixado de existir, pois a harmonia irá se estabelecer espontaneamente e sem obstáculo para o bem de cada um e de todos. O

Emile Durkheim: O direito e as formas de solidariedade social

Ainda sob a influência do evolucionismo que caracterizou o pensamento social no século XIX, Émile Durkheim (1858-1917) pretendia desenvolver um método capaz de conferir à sociologia uma objetividade que lhe assegurasse um status de cientificidade semelhante aos das demais ciências naturais. A sociologia, na concepção de Durkheim, deveria ter por objeto específico o estudo dos fatos sociais, cuja principal característica é a coerção exercida sobre os indivíduos. Ao contrário dos pensadores sociais que lhe antecederam, como Comte e Marx, inclinados a uma análise do social a partir da dedução de leis supostamente universais capazes de indicar um devir histórico, com etapas distintas do progresso humano, Durkheim não via nessas propostas uma utilidade para o estudo dos fatos sociais concretos. Seria tarefa da sociologia identificar e compreender os fenômenos sociais, tanto no seu aspecto objetivo (fatos sociais), como também no plano das idéias (consciência coletiva).

Assim como Maine, Durkheim desenvolveu suas pesquisas analisando a evolução das sociedades primitivas a partir de fontes históricas e alguns dados etnográficos que já se faziam disponíveis, buscando compreender a evolução das sociedades formadas basicamente por sujeitos coletivos para uma sociedade caracterizada por sujeitos individuais, e de que modo o direito se apresentava, dentro dessas diferentes sociedades, como garantidor da ordem social. A resposta encontrada por Durkheim nessas investigações foi construída através do conceito de solidariedade e na diferença entre organizações sociais simples e complexas.

Nessa perspectiva, disseminada ao longo de sua obra “Da divisão do trabalho social”, tanto a evolução como a própria definição do direito estaria diretamente relacionado ao papel atribuído às formas de repressão social e ao contrato. O Direito estaria, assim, intimamente associado à noção de solidariedade, que se apresenta sob dois diferentes aspectos dependendo do grau de divisão do trabalho social: solidariedade orgânica nas sociedades simples (semelhança nas relações solidárias

---

direito é, pois, uma instituição – ou um conjunto de instituições – puramente temporária e destinada a ser abolida – mais exatamente, a desaparecer por si mesma – uma vez cumprida sua tarefa histórica”, in, LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.15-16.

entre indivíduos), e solidariedade mecânica nas sociedades complexas (complementariedade nas relações solidárias entre indivíduos).

A problemática da ordem social desenvolvida por Durkheim busca essencialmente identificar em que medida a solidariedade produzida pela divisão do trabalho social colabora para a integração da sociedade. Mas considerando que a solidariedade social é, em essência, um fenômeno abstrato, moral, não sendo passível, portanto, de uma observação exata da sua medida, para tornar possível uma classificação e uma análise científica das formas de solidariedade seria necessário estudar a forma de expressão desses fenômenos de consciência, que são, segundo Durkheim,[432] os fenômenos jurídicos.

> Este símbolo visível é o direito. Com efeito, lá onde a solidariedade social existe, malgrado seu caráter imaterial, ela não permanece no estado de pura potência, mas manifesta sua presença por efeitos sensíveis. Ali onde ela é forte, inclina fortemente os homens uns em direção aos outros, coloca-os frequentemente em contato, multiplica as ocasiões de relacionamento. Falando exatamente, no ponto a que chegamos é difícil dizer se foi ela que produziu estes fenômenos ou, ao contrário, se ela resulta deles; se os homens se aproximam porque é enérgica ou se é enérgica porque eles se aproximaram uns dos outros. Mas não é necessário para o momento elucidar a questão, é suficiente constatar que estas duas ordens de fatos estão ligadas e variam no mesmo tempo e no mesmo sentido. Quanto mais os membros de uma sociedade são solidários, tanto mais mantêm relações diversas, seja uns com os outros, seja com o grupo tomado coletivamente: pois, se seus encontros fossem raros, dependeriam uns dos outros apenas de uma maneira intermitente e fraca. Por outro lado, o número destas relações é necessariamente proporcional àquele das regras jurídicas que as determinam. Com efeito, a vida social, em todas as partes em que ela existe de uma maneira durável, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a organizar-se; o direito não é outra coisa senão esta organização mesma, no que ela tem de mais estável e de mais preciso. A vida geral da sociedade não pode se desenvolver num ponto se que a vida jurídica se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Portanto, podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.

Partindo do pressuposto de que o direito expressa as principais formas de solidariedade social, Durkheim entendeu necessário classificar as diferentes espécies de direito para que, assim, fosse possível num segundo momento identificar quais as diferentes espécies de solidariedade social que a elas são correspondentes. E para esse trabalho, a clássica distinção entre direito público e direito privado não foi utilizada por Durkheim por entender que a linha que separa essas duas conceituações, apesar de bastante clara à primeira vista, acaba sendo ofuscada e se apagando quando observadas empiricamente. Desse modo, haveria a

[432] DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 32.

necessidade de encontrar alguma característica essencial dos fenômenos jurídicos que fosse suscetível de variação quando esses fenômenos se manifestassem de forma diferente. Considerando que todo preceito de direito pode ser definido como "uma regra de conduta sancionada", Durkheim elaborou sua classificação das regras jurídicas a partir da variação das sanções dependendo da gravidade atribuída aos preceitos violados. Essa gravidade varia conforme a importância conferida ao preceito pela consciência pública e ao próprio papel que o mesmo desempenha na sociedade.

Ao classificar as regras jurídicas segundo as diferentes sanções que lhes são atribuídas, Durkheim constatou duas grandes espécies: as que possuem sanções repressivas e as que prevêem apenas sanções restitutivas. As primeiras correspondentes ao direito penal, e as segundas relacionadas ao direito civil, comercial, processual, administrativo e constitucional, excluindo-se, evidentemente, as regras penais que porventura ali se encontrassem. Durkheim[433] justifica essa classificação das regras jurídicas do seguinte modo:

> Existem dois tipos. Umas consistem essencialmente numa dor, ou, pelo menos, numa diminuição infligida ao agente; têm por objeto atingi-lo em sua fortuna, ou em sua honra, ou em sua vida, ou em sua liberdade, priva-lo de algo que ele desfruta. Diz-se que são repressivas; é o caso do direito penal. É verdade que aquelas ligadas às regras puramente morais têm o mesmo caráter: apenas são distribuídas de uma maneira mais difusa por todos indistintamente, enquanto que as do direito penal são aplicadas pelo intermediário de um órgão definido; são organizadas. Quanto ao outro tipo, ela não implica necessariamente um sofrimento do agente, mas consiste somente na *restituição das coisas nas devidas condições,* no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, quer o ato incriminado seja reconduzido à força ao tipo do qual foi desviado, quer seja anulado, isto é, privado de todo valor social. Portanto, devemos dividir as regras jurídicas em duas grandes espécies, segundo tenham sanções repressivas organizadas ou sanções apenas restitutivas.

Nestes termos, o direito repressivo revelaria a consciência coletiva nas sociedades representativas de uma solidariedade mecânica, uma vez que o próprio fato da multiplicação das sanções revela e fortalece os sentimentos comuns. Para Durkheim, o crime seria definido como todo ato que provoca contra seu autor uma reação característica chamada pena. E por mais diversos que possam ser esses atos considerados crimes nas mais diferentes sociedades, sempre há entre eles um traço comum, já que em toda a parte afetam a consciência coletiva e provocam as

[433] *Ibid*, p. 34.

mesmas conseqüências, pois são sempre passíveis de repressão através de punições definidas.

A definição de crime apresentada por Durkheim consiste, portanto, uma ofensa aos sentimentos coletivos. Muito embora determinado fato possa ser visto como lícito ou justo em outra sociedade ou mesmo em outro período histórico, o que deve ser levado em conta é que aquela conduta é considerada criminosa numa determinada sociedade. Não se trata, portanto, de um juízo de valor sobre a conduta em si, mas sim que essa conduta é descrita como crime e, assim, passível de punição. Até mesmo porque existem certas condutas que ofendem o sentimento coletivo e que, apesar disso, não são consideradas criminosas. É o caso do incesto, que apesar de causar aversão muito geral, consiste em uma ação meramente imoral.

Desse modo, Durkheim sustenta que os sentimentos coletivos que recaem sobre uma determinada conduta ao ponto de considerá-la criminosa devem possuir uma "certa intensidade média", ao ponto de estarem "gravados em todas as consciências; aliás fortemente gravados". Em suma, um ato é criminoso "quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva".[434] Assim, o ato não fere a consciência coletiva porque é criminoso, mas é criminoso porque fere a consciência comum. Ou, como diz o próprio Durkheim:[435]

> Não o reprovamos porque é um crime, mas é um crime porque o reprovamos. Quanto à natureza intrínseca destes sentimentos, é impossível especificá-las; eles têm os objetivos mais diversos e não se poderia dar uma forma única. Não se pode dizer que eles se relacionam nem aos interesses vitais da sociedade nem a um mínimo de justiça; todas estas definições são inadequadas. Mas, apenas porque um sentimento, quaisquer que sejam sua origem e seu fim, encontra-se em todas as consciências com um certo grau de força e de precisão, todo ato que o fira é um crime. A psicologia contemporânea retorna cada vez mais à idéia de Espinosa segundo a qual as coisas são boas porque as amamos e não que as amemos por serem boas.

Essa consciência coletiva difusa na sociedade que, segundo Durkheim, define como crimes certas condutas que ferem fortemente esse sentimento comum para a preservação dos valores, crenças, tradições, e práticas sociais, é ainda mais forte nas sociedades inferiores, considerando que é nestes tipos sociais que "a consciência coletiva tem mais potência".[436] Afinal, não há uma única sociedade em

[434] *Ibid*, p. 41.
[435] *Ibid*, p. 43.
[436] *Ibid*, p. 43.

que a *vendetta* não tenha sido a forma primitiva de punição.[437] Isto porque, sendo o direito penal em sua origem essencialmente um direito religioso, os interesses para os quais ele atende, assim como a própria religião, são eminentemente sociais, e não particulares. Conforme afirma Durkheim,[438] "são as ofensas à sociedade que os deuses vingam pela pena, e não as dos particulares; ora, as ofensas contra os deuses são ofensas contra a sociedade".

Desse modo, nessas sociedades primitivas a pena era pura expressão passional de um sentimento de vingança social. Punia-se por punir, sem que se esperasse, para o ofendido ou para o grupo social, qualquer vantagem do sofrimento imposto pela pena. No entanto, na perspectiva de Durkheim a natureza da pena mudou, uma vez que a punição não teria mais uma função de evitar e dissuadir a prática do ato considerado criminoso, mas sim satisfazer a consciência coletiva abalada pelo crime cometido. Desse modo, a pena não teria mais a vingança como finalidade, mas a preservação e defesa do grupo social. Assim, a verdadeira função da pena "é manter intata a coesão social mantendo toda a vitalidade da consciência comum".[439] Não se trata de recusar totalmente o caráter expiatório da pena, e sim conferir um efeito socialmente útil e proporcional na punição considerando a gravidade da ofensa.

Por outro lado, no direito restitutivo a solidariedade social correspondente é de uma espécie completamente diferente. Não se trata mais de punir, mas de restabelecer as coisas a um *status quo* anterior segundo critérios de justiça. Nesse tipo de solidariedade orgânica, ou devida à divisão do trabalho, não há propriamente uma punição proporcional àquele que violou o direito, mas sim uma condenação para que esse agente se submeta a esse direito. Nesses casos, o juiz diz o direito e não as penas. As perdas e danos impostas a quem violou o direito não possuem, para Durkheim, um caráter penal, uma vez que são apenas uma forma de restituir o tanto quanto possível um estado anterior.

---

[437] Exemplificando essa constatação histórica, Durkheim aponta que "esse é um fato evidente para a Índia, para a Judéia, porque aí o direito que era praticado era tido como revelado. No Egito, os dez livros de Hermes, que continham o direito criminal com todas as outras leis relativas ao governo do Estado, eram chamados sacerdotais, e Élien afirma que em toda a antiguidade os padres egípcios exerceram o poder judiciário. Acontecia o mesmo na antiga Germânia. Na Grécia, a justiça era considerada como uma emanação de Júpiter e o sentimento como uma vingança do deus. Em Roma, as origens religiosas do direito penal são tornadas manifestas por velhas tradições, por práticas arcaicas que subsistiram tardiamente e pela própria terminologia jurídica", *in* DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 47.

[438] *Ibid*, p. 47.

[439] *Ibid*, p. 56.

Enquanto o direito repressivo se apresenta de forma mais difusa na sociedade, as regras do direito restitutório são estranhas à consciência comum, uma vez que não atingem de forma indistinta a todos os indivíduos. Não há um compartilhamento de suas regras entre o indivíduo e a sociedade, mas somente entre as partes que estão envolvidas em determinada relação de interesses. No entanto, e apesar dessa maior especificidade do direito restitutivo, a sociedade também se faz presente nessas relações entre partes restritas "por intermédio de órgãos especiais encarregados de representá-la", o que reforça a distinção dessas relações com aquelas que regulamentam o direito repressivo, uma vez que "estas ligam diretamente e sem intermediário a consciência particular à consciência coletiva, quer dizer, o indivíduo à sociedade".[440]

Adotando uma idéia diferente daquela defendida pelos contratualistas, principalmente Spencer, e economistas clássicos, Durkheim discorda que a sociedade moderna tem por fundamento essencial a noção de contrato social estabelecido por indivíduos livres. Não que esses contratos não existam ou não assumam uma função relevante nas sociedades, mas sim que o contrato deriva da estrutura e do estado de consciência coletiva da sociedade moderna. Em outros termos, ainda sobre o conceito de solidariedade orgânica proposto por Durkheim, Raymond Aron[441] escreve que:

> Os contratos interindividuais se situam dentro de um contexto social que não é determinado pelos próprios indivíduos. A divisão do trabalho pela diferenciação é a condição primordial da existência de uma esfera de contrato. Encontra-se aqui o princípio da prioridade da estrutura social sobre o indivíduo, ou ainda da prioridade do tipo social sobre os fenômenos individuais.
> Os contratos são concluídos entre indivíduos, mas suas condições são ficadas por uma legislação que traduz a concepção que a sociedade global tem do justo e do injusto, to tolerável e do proibido.

De fato, Durkheim sustenta que "o direito figura apenas os contornos gerais, as grandes linhas das relações sociais, aquelas que se encontram identicamente nas diferentes esferas da vida coletiva". Dessa maneira, para que haja a possibilidade de se celebrar contratos há uma necessidade prévia de uma concepção global e generalizada do que a sociedade entende por indivíduos e como eles podem livremente estabelecer relações contratuais entre si. A idéia de contrato,

---

[440] *Ibid*, p. 61.
[441] ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 294.

portanto, depende, nessa perspectiva, de uma consciência coletiva que compartilhe a exata noção dos seus elementos essenciais, sendo, portanto, um equívoco sustentar que é o contrato é a origem da sociedade moderna.

O contrato é, por essência, um instrumento de cooperação e símbolo de troca. E, nessa medida, pressupõe sempre a existência de alguma divisão do trabalho, e o exercício de diferentes funções entre os indivíduos de uma sociedade. A própria estrutura da sociedade moderna é forjada a partir de uma diferenciação social, o que favorece o exercício de uma liberdade individual. Ao contrário das sociedades onde a consciência coletiva impõe uma forte coesão e semelhança entre os indivíduos, de modo que a personalidade individual seja absorvida pela personalidade coletiva, nas sociedades onde vigora uma solidariedade produzida pela divisão do trabalho esta somente se realiza se cada um mantiver uma esfera de ação autônoma, ou seja, uma personalidade. Para que haja a solidariedade orgânica mediante a divisão do trabalho social, segundo Durkheim, é necessário que:

> A consciência coletiva deixe descoberta uma parte da consciência individual, para que aí se estabeleçam funções especiais que ela não pode regulamentar; quanto mais extensa essa região, tanto mais forte é a coesão resultante desta solidariedade. Por outro lado, cada um depende tanto mais estreitamente da sociedade quanto mais dividido é o trabalho, e, além disto, a atividade de cada um é tanto mais pessoal quanto mais especializada. Sem dúvida, por mais circunscrita que seja, não é mamais completamente original; mesmo no exercício de nossa profissão, conformamo-nos a usos, a práticas que nos são comuns com toda a nossa corporação. Mas, mesmo nesse caso, o jugo que sofremos é menos pesado do que quando a sociedade inteira pesa sobre nós, e deixa muito mais lugar à livre ação de nossa iniciativa. Portanto, aqui a individualidade do todo cresce ao mesmo tempo que a das partes; a sociedade torna-se mais capaz de mover-se como conjunto, ao mesmo tempo que cada um de seus elementos tem mais movimentos próprios. Esta solidariedade assemelha-se àquela qu se observa nos animais superiores. Cada órgão aqui tem sua fisionomia especial, sua autonomia e, entretanto, a unidade do organismo é tanto maior quanto mais marcada é a individuação das partes. Em razão desta analogia, propomos chamar orgânica a solidariedade devida à divisão do trabalho.

Fica evidente a partir dessa síntese teórica sobre o papel que Durkheim atribuía ao Direito nas sociedades, que suas formulações ainda compartilhavam, assim como Maine e Marx, de pressupostos “evolucionistas” típicos do século XIX. Mas de forma inovadora, Durkheim analisou o direito a partir de uma relação com a morfologia e a estrutura normativa da sociedade, analisando a evolução do direito e das sanções ao longo da história. Os diferentes graus de divisão do trabalho social e

de consciência coletiva, definidos em conformidade aos dois tipos de solidariedade que propõe, constituem o ponto de partida para a análise durkheimiana do direito.

Apesar de não utilizar em sua teoria informações etnográficas, a maneira que Durkheim desenvolve o tratamento das informações históricas sobre o direito nas diversas sociedades analisadas assume inegável matiz antropológico,[442] o que justifica ser considerado como um dos pais fundadores da antropologia jurídica.

Max Weber: Descrição, valoração e racionalidade

Em sua análise sobre a política e o direito desenvolvida nos trabalhos postumamente editados e publicados sobre o título de "Economia e Sociedade", Max Weber (1864-1920), de formação jurídica e econômica, trouxe novas perspectivas sobre a influência dos processos de racionalização característicos da civilização ocidental sobre a ciência e as instituições sociais e econômicas. Já nos primeiros textos acadêmicos escritos por Max Weber é possível notar uma especial preocupação sobre a história econômica e o direito. Analisando a estrutura econômica e social da Roma antiga, Weber identificou certas características comuns com o desenvolvimento do capitalismo na Europa no início da Modernidade. Essa preocupação de Weber com a origem e natureza do capitalismo para explicar alguns dos problemas econômicos e políticos da Alemanha em sua transição para o capitalismo industrial era compartilhada por outros jovens economistas alemães que compunham o chamado *"Verein für Sozialpolitik"* (Grupo de Política Social), fortemente influenciado pelas obras de Karl Marx.

A condição de relativo atraso do desenvolvimento político e econômico da Alemanha do século XIX em relação à França, no que diz respeito à unificação política, e à Inglaterra, em relação ao baixo desenvolvimento industrial, levou Weber a se dedicar, através de artigos acadêmicos e ações políticas, ao estímulo do que se mostrava como uma valiosa emergência de uma consciência política liberal no então

[442] Segundo aponta Sally Falk Moore, "In *The Division of Labor in Society* (1893) he generated an evolutionary theory of law and legal sanctions. He used no ethnographic data, but produced this purely as a theoretical construct. The ethnographic data would not have supported his evolutionary theory, which existed largely in his own imagination", *in*, MOORE, Sally Falk. Law and Anthropology: a reader. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2009, p. 21.

recente Estado-nação alemão. E essa desejada ascenção de uma classe política liberal capaz de exercer uma liderança no desenvolvimento industrial e democrático na Alemanha, dependeria, para Weber, de um novo aparato estatal capaz de controlar o "despotismo burocrático".

As "religiões mundiais", como o hinduísmo, o confucionismo, o judaísmo, também foram analisadas por Weber em suas relações com o desenvolvimento do capitalismo. Mas, de um modo geral, Weber fazia uma crítica à escola histórica da economia que procurava identificar nos sistemas econômicos a expressão do "espírito de um povo". Desse modo, a crítica atingia também os esquemas evolutivos do materialismo histórico, uma vez que Weber reconhecia a importância de aspectos particulares da evolução de cada sociedade e da influência que manifestações culturais, como a religião, por exemplo, podem exercer sobre a estrutura econômica. A esse respeito, Weber mostra em sua obra "A ética protestante e o espírito do capitalismo" como a ética calvinista, onde o lucro era visto como um fim em si mesmo, independente da suas utilidades possíveis, e também a crença de que o dever profissional é um dever moral, exerceu considerável influência para o desenvolvimento do capitalismo.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, Weber compartilha de alguns postulados do historicismo alemão, especialmente, em relação ao reconhecimento do caráter "individual" do objeto das ciências sociais. Nessa perspectiva, o que confere significado ao objeto e o que o individualiza como tema a ser investigado é o "valor" que o sujeito lhe atribui. Weber insere, assim, a questão da "relatividade dos critérios de escolha" e na "unilateralidade" das investigações desenvolvidas no âmbito das ciências sociais. Até mesmo porque, para Weber[443] "nenhum conhecimento dos acontecimentos culturais poderá ser concebido senão com base na significação que a realidade da vida, sempre configurada de modo individual, possui para nós em determinadas situações".

O conhecimento das ciências sociais passa então a ser considerado sob seu aspecto perspectivístico, uma vez que a constituição dos seus diferentes objetos de investigação são dependentes de escolhas orientadas pelos valores e interesses específicos. De modo que não haveria, portanto, um único campo de investigação cultural, mas um conjunto de campos autônomos, que são, assim, analisados

[443] WEBER, Max. A objectividade do conhecimento nas ciências e na política sociais. Sobre a teoria das ciências sociais. Lisboa: Presença, 1974, p. 96.

sempre sob um ponto de vista particular. As realidades culturais são, assim, vistas por Weber[444] como "singularidades", de modo que as ciências sociais devem analisar "os acontecimentos da vida humana a partir de sua significação cultural".

Afastando-se da tradição historicista alemã, segundo a qual a explicação causal seria aplicável somente às ciências da natureza, Weber via as ações humanas tão previsíveis quanto os fenômenos naturais. Mostra disso seria que é muito mais fácil prever as ações de alguém conhecido do que realizar previsões meteorológicas. Desse modo, e de forma semelhante às ciências da natureza, seria perfeitamente possível conceber padrões e modelos de comportamento humano. Mas essa possibilidade de formular generalizações das ações humanas possui como diferencial em relação às explicações dos fenômenos "objetivos" da natureza, a necessidade de compreensão dos sentidos "subjetivos" das ações individuais.

Nessa perspectiva, e considerando a impossibilidade de uma apreensão total da realidade cultural, através da submissão dos fatos culturais considerados mais exemplares a teorias generalizantes, Weber propõe que o objeto específico das ciências do espírito é a compreensão do sentido das ações humanas através da sua motivação individual. E é dessa maneira que a explicação causal deve ser aplicada na interpretação cultural. Através da seleção de um fragmento finito da realidade cultural que constitui um campo de investigação, é possível atribuir um sentido particular às relações causais ali compreendidas, definindo, assim, modelos de interpretação, ou "quadros conceituais uniformes", que constituem "tipos ideais".

Mas é importante considerar que esse método tipológico de Weber não é dirigido a uma explicação causal de um determinado fato cultural como uma conseqüência necessária dos acontecimentos precedentes, mas sim para delimitar um "campo de possibilidades" que, num contexto histórico específico, poderiam em tese ter ensejado a ocorrência desse fato. Assim, o esquema de relações é construído sobre essas possibilidades objetivas identificadas sobre uma determinada situação histórica. Os tipos ideais constituem, portanto, uma espécie de modelos de uniformidade que se mostram fundamentais para a delimitação e apreensão dos fatos culturais analisados. Em outras palavras, pode-se dizer que o conceito típico-ideal consiste em um modelo simplificado da realidade, capaz de

[444] *Ibid*, p. 91.

sintetizar aquilo que seriam suas principais características e relações causais sob a perspectiva do sujeito de conhecimento que realiza essa análise.

Até mesmo porque, a investigação histórica requer a utilização de conceitos universais que permitam a identificação de possíveis leis que regem o desenvolvimento social e cultural. Mas além da reconstrução e análise dos acontecimentos históricos, também se mostra necessário um exercício direcionado à compreensão do significado próprio que as ações humanas possuíam para os sujeitos em atenção aos valores e padrões culturais daquele grupo específico. Afinal, as ações humanas são dotadas de um significado subjetivo, e a apreensão do sentido dessa ação dos sujeitos individuais é fundamental para a compreensão dos padrões de comportamento humano em sociedade. Em outras palavras, as ações humanas são orientadas para o grupo social, tomando sempre como referência o agir dos "outros". Esses padrões de comportamento humano em sociedade permitem, dessa maneira, a formação de uma "expectativa" das ações que se apresentam como possíveis de serem adotadas pelos outros sujeitos, levando em consideração as possibilidades que se apresentam ao próprio sujeito. De modo que as ações individuais podem ser explicadas e compreendidas tomando como referência as expectativas que os sujeitos fazem dessas ações a partir das possibilidades objetivas para as quais essas ações geralmente se dirigem. E uma ação individual que toma como referência uma avaliação das possibilidades oferecidas pelas ações dos outros, considerando que as mesmas são orientadas a determinadas finalidades, e, geralmente, seguem as "regras do jogo", é vista por Weber como uma "ação racional".

Em sua obra "Economia e Sociedade",[445] Max Weber apresenta a sistematização dos conceitos fundamentais de sua análise sociológica em quatro tipos ideais de ação social, cuja classificação vai da forma mais pura de racionalidade até a irracionalidade: a ação racional com relação aos fins, a ação racional com relação a valores, a ação tradicional e a ação afetiva. Através desses modelos explicativos é possível compreender o sentido das ações humanas em

[445] Também referindo a importância da obra de Max Weber para a antropologia jurídica, Sally Falk Moore escreve que "Economia e Sociedade", se tornou um dos clássicos do pensamento social, "and contains much comentary on law. As will be evident from the ethnographic reports included later in this volume, Weber's rationality thesis does not do justice to the fact that such prenomena as witchcraft and divination and the use of talismans and the like, and indeed some personalized legal decision-making, themselves are parto f particular systems of thought. They form part of an order of causal and social ideas that have their own logic.", *in*, MOORE, Sally Falk. Law and anthropology: a reader. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2009, p. 54.

sociedade. Por meio dessas bases metodológicas, Weber procura estabelecer uma autonomia das ciências da cultura à semelhança dos métodos que conferem autonomia às ciências da natureza. Recusando a antítese fundamental que os seus antecessores filiados ao historicismo, principalmente aquela defendida por Dilthey, Weber reconhece a possibilidade da explicação causal no domínio das ciências sociais. Mas apesar da diversidade metodológica que há entre essas ciências, elas possuem em comum o objetivo fundamental de "descrição" dos fenômenos, apesar de que Weber atribua um sentido à atividade descritiva que corresponde propriamente ao simples registro dos fatos, em conformidade ao sentido mais amplo e tradicional do termo utilizado pelas ciências da natureza, e que, pode ser utilizado para atingir os mesmo fins nas ciências sociais. Mas enquanto que no campo das ciências da natureza a "descrição" se contraponha à "explicação" ou "hipótese" metafísica, no campo das ciências sociais a "descrição" deve ser compreendida em oposição à noção de "valoração".

Não obstante, também é importante considerar que na descrição dos fenômenos sociais é imprescindível considerar os "conflitos" que podem resultar da opção aos fins que se pretende alcançar. E considerando essa intencionalidade na análise descritiva, esses conflitos representam, efetivamente, conflitos entre valores ou entre esferas valorativas. A importância esses conflitos é ressaltada por Weber a partir da afirmação que entre os valores, existe em última análise, "não uma simples alternativa mas sim uma luta mortal, sem possibilidades de conciliação devido à absoluta relatividade de sua significação. Este conflito se revela, segundo Weber, especialmente no campo da ética, como a que existe entre a "ética de intenção" ou do "querer puro", e a "ética de resultado", que parte das conseqüências previstas como possíveis ou prováveis da ação. Há uma evidente contradição entre essas éticas, e que não podem ser resolvidas no campo da própria ética. Isto porque enquanto a ética de resultado considera a relação entre meios e fins e a situação de fato pela qual a ação humana deve ser explicada, ao mesmo tempo ela não fornece um meio de orientação na luta política, onde há uma inextricável contradição de valores. Em outras palavras, à semelhança do que ocorre com as ciências da natureza que apresenta um meio de ação que possibilite o domínio técnico da natureza, sem que, no entanto, nos apresente algum sentido para isso seja feito, também as ciências sociais nos possibilita uma compreensão dos fenômenos culturais tomando como referência as condições que tornaram objetivamente

possível a sua ocorrência, sem nos dizer, todavia, se tais fenômenos têm ou tiveram algum valor ou justificação para nossa tentativa de conhecê-los. E nesse sentido, a própria ciência é uma "vocação" (Beruf), ou seja, o conhecimento que o homem pode ter dos fins das suas próprias ações e dos meios que dispõe para realizá-las.

PRIMEIRAS CONFIGURAÇÕES DA ANTROPOLOGIA JURÍDICA

Após essa breve referência à problematização teórica "clássica" que remete à genealogia da antropologia jurídica, mostra-se importante neste ponto realizar uma tentativa de esboçar os tortuosos e árduos trajetos trilhados pela antropologia em sua caminhada no estudo dos mais variados sistemas jurídicos e políticos. E é interessante notar logo de início que essas dificuldades encontradas no desenvolvimento dessa subdisciplina parecem soar um pouco sem propósito considerando a importância que os "pais fundadores" dedicavam à análise sociocultural dos fenômenos jurídico-políticos. Mas o fato é que, não obstante, ainda hoje a antropologia jurídica ostenta uma frágil sustentação subdisciplinar quando comparada a outras subdisciplinas correlatas.

Uma possível explicação para tantas dificuldades de afirmação da antropologia jurídica parece estar relacionada, principalmente, aos inúmeros inconvenientes práticos de utilização do método comparativo, tradicionalmente utilizado pelos antropólogos, para a análise e compreensão de fenômenos culturais que muitas vezes não se "enquadram" às instituições e categorias jurídicas ocidentais. Afinal, os antropólogos jurídicos se deparam em muitas sociedades com formas culturais alternativas ao que, na cultura ocidental, representam o jurídico e o político. E ao se debruçarem sobre uma imensa variedade de sociedades que, na maior parte das vezes, não guardam umas com as outras qualquer semelhança nas suas práticas socioculturais, os antropólogos voltados ao estudo do jurídico se vêem frente à ausência de instituições ou práticas que possam ser equiparadas às categorias jurídico-políticas formais.

Esses empecilhos são ainda mais evidentes nas investigações de cunho antropológico-jurídico, principalmente, quando se tem em vista as dificuldades em estabelecer conceitos e categorias de uso geral para a análise e compreensão de dados etnográficos muitíssimos variáveis e desconexos. As informações obtidas no

trabalho de campo na maior parte das vezes não podem ser definidas e compreendidas fora de sua dimensão cultural empírica, forçando, assim, um tratamento do "jurídico" de forma imbricada a outras instituições sociais como o parentesco, a religião e a economia.

Mas não se trata somente de incompatibilidades encontradas no esforço intelectual de classificação das práticas culturais dessas diferentes sociedades em "domínios" taxonômicos do "jurídico", "político" ou "religioso", já que muitas vezes sequer há equivalente na linguagem desses povos para traduzir termos como "leis", "normas" "julgamentos" ou "jurídico". Afinal, como é cediço, o antropólogo elabora em sua etnografia a tradução da língua e cultura da sociedade investigada para o seu próprio idioma utilizando o referencial teórico e metodológico da antropologia. E nesse trabalho de caráter eminentemente comparativo, o antropólogo tende a buscar equivalentes em sua própria linguagem ou cultura para referir e identificar aspectos culturais da sociedade estudada, o que invariavelmente favorece algumas interpretações equivocadas.

Percebe-se, portanto, que uma das tensões fundacionais clássicas estabelecidas na origem da antropologia jurídica gira em torno da possibilidade ou não de aplicação de conceitos e categorias jurídicas ocidentais como "lei", "regra", "norma", "direito", "obrigação", "contrato", "dívida", "responsabilidade", "processo", "judicial", dentre outros, na análise das práticas de justiça em determinados contextos sociais e culturais totalmente diferentes.

Mas essas dificuldades epistemológicas referentes à relação entre etnografia e comparação, que sempre se revelou um problema recorrente para a própria Antropologia, e que assumiu dimensões ainda mais crítica na Antropologia Jurídica, não representaram, no entanto, obstáculos intransponíveis para o desenvolvimento do trabalho antropológico-jurídico. Apesar das limitações impostas pelo método comparativo e pelas imensas variações apresentadas nos dados etnográficos, que dificultam enormemente a elaboração das tradicionais generalizações levadas a cabo pela antropologia, é certo que a subdisciplina da antropologia jurídica vem conseguindo manter ao longo do seu percurso histórico algumas bases sólidas que vem favorecendo sua progressão e afirmação disciplinar.

Como visto no capítulo anterior, o percurso histórico da antropologia jurídica – cujas transformações de forma alguma se supõem unitária – teve como ponto de partida as formulações teóricas evolucionistas de seus "pais fundadores" que

partiam de uma pressuposição "racional-iluminista" de um caminhar "linear" da humanidade. Essa perspectiva "evolucionista" oitocentista clássica foi abandonada no início do século XX, quando começou a ser difundida a consciência de que as mais diversas sociedades existentes seriam essencialmente distintas umas das outras. Passava-se, então, naquele momento a se conferir maior atenção às particularidades e diferenças na conformação social e cultural dessas sociedades, do que propriamente estabelecer modelos de evolução adequados a cada uma delas.

A partir de então os domínios tradicionais da Antropologia Jurídica começavam a ser cada vez mais identificados ao "estudo do direito 'primitivo' ou, mais exatamente, das sociedades de pequena escala e sem Estado".[446] E esse projeto antropológico-jurídico, assim como a própria antropologia enquanto disciplina, tem suas raízes no imperialismo europeu. Principalmente o império Britânico, dada sua característica fundamentalmente mercantil, foi de suma importância para a antropologia. Isto porque os britânicos possuíam um especial interesse em garantir monopólios comerciais e rotas de comércio para seus produtos industriais, relegando a um segundo plano o controle direto dos povos dominados e o acesso às matérias-primas fundamentais para o processo produtivo. Desse modo, não havia um interesse em modificar as leis, crenças e tradições dos povos controlados, mas controlar a sua base econômica em consonância aos seus objetivos comerciais.

Interessante notar que essa dominação indireta exercida, principalmente, pelo Império Britânico, teve como um dos seus elementos favorecedores o uso do "direito consuetudinário" como instrumento de manutenção do domínio e controle imperial. Para Robert Weaver Shirley,[447] as instituições legais britânicas foram fundamentais para que esse domínio indireto fosse alcançado, uma vez que no direito inglês:

> a *common law*, sempre teve como base teórica os regulamentos locais da comunidade. O costume local, especialmente na área do direito civil podia, e ainda pode, em alguns casos, prevalecer , se não contradizer ato do Parlamento. Portanto, foi muito fácil à instituição jurídica britânica adotar a dominação indireta. Na África e na Ásia, onde quer que esta dominação fosse aplicada, os britânicos simplesmente mantiveram a administração da justiça local, os chefes e sacerdotes e permitiram-lhes continuar a manejar a maioria dos "processos" onde os interesses britânicos não estivessem diretamente em jogo. As únicas exceções foram certos costumes que os britânicos tinham

[446] SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia jurídica. São Paulo: Saraiva 1987, p. 15.
[447] *Ibid*, 16.

> como "imorais, como o *satí* – a cremação da viúva na pira de seu esposo, no costume hindu, e o *lobola*, o preço pago pelo noivo à família de sua futura esposa, na tradição de muitos povos africanos.

Mas essas diferenças culturais ainda assim representavam um entrave aos interesses imperiais britânicos, e as mudanças no direito consuetudinário de um determinado povo apresentavam-se de difícil composição. Isto porque algumas instituições legais desses povos, por mais que mostrassem altamente imorais para os britânicos, podiam consistir em um importante elemento na estrutura social, e sua supressão poderia ocasionar uma grande desestabilização da ordem social nessas sociedades. É o que Robert Weaver Shirley[448] aponta que teria ocorrido quando da tentativa de eliminar o *lobola* em algumas sociedades africanas, pois ao que para os britânicos representava uma "compra de esposa", para os africanos isso era visto apenas como uma compensação entre os respectivos grupos familiares, ou seja, uma espécie de ressarcimento pela troca das contribuições laborativas de uma mulher. Agindo dessa maneira, os britânicos estavam, na verdade, na perspectiva cultural africana, proibindo o casamento.

Por essas e outras razões que as autoridades britânicas decidiram que para um melhor desenvolvimento das políticas imperiais seria necessário "tomar conhecimento dos costumes legais dos povos que dominavam e, assim, autorizaram o primeiro dos grandes estudos britânicos de antropologia legal".[449] Muitas dessas investigações etnográficas sobre o direito local foram publicadas, dos quais os mais notáveis foram *"Ashanti law and constitution"* (1929), de autoria do Coronel Rattray; *"Law and authority in a Nigerian tribe"*, (1937), e *"Land law and custom in the colonies"* (1949), de C. K. Meek; e *"A handbook of Tswana law and custom"* (1938), de Isaac Shapera, que consistia em um verdadeiro manual para o administrador colonial, não obstante as consideráveis contribuições desse autor para o desenvolvimento da antropologia enquanto disciplina científica. Dessa maneira, como já observava o próprio Malinowski,[450] as investigações sobre as leis primitivas e sobre as diversas forças que criam a ordem, a uniformidade e a coesão em uma tribo selvagem, além de servirem, mesmo que com menor importância, como fundamento para a elaboração de teorias antropológicas sobre a organização das

---

[448] *Ibid*, p. 17.
[449] *Ibid*, p. 17.
[450] MALINOWSKI, Bronislaw. Crimen y costumbre em la sociedad salvaje. Barcelona: Ediciones Ariel, 1973, p. 14.

sociedades primitivas, também deveria servir como base para as normas e diretrizes da legislação e administração colonial.

Já no que diz respeito às origens da escola jurídico-antropológica norte-americana, muito embora esse país também tenha inegável vocação imperialista, seus estudos mostraram-se de início, conforme notou Robert Weaver Shirley,[451] menos interessados "na dominação prática do que nos problemas teóricos do direito comparado". O primeiro grande estudo jurídico-antropológico elaborado por um norte-americano foi "*Ifugao* law" (O direito *Ifugao*), nas filipinas, por Roy Franklin Barton, em 1919. Contudo, a obra mais relevante e que definiram as bases para o desenvolvimento da antropologia jurídica norte-americana foi *"The Cheyenne way"*, publicado em 1941, da autoria de Karl N. Llewellyn e E. Adamson Hoebel. Essa etnografia realizada sobre o direito da nação Cheyenne nos Estados Unidos, caracterizada por uma então original metodologia de estudos dos casos legais,[452] pode ser considerada, segundo Peter H. Gulliver, *"the beginning of modern studies in the anthropology of law, and particularly in its clear identification and detailed treatment of the case study as the unit of analysis"*.[453] Conforme sintetizava Hoebel sobre sua metodologia, a análise jurídico-antropológica deveria alcançar suas *"generalizations from particular which are case, cases, and more cases"*.[454]

Interessante notar ainda que Hoebel e Llewellyn, ao invés de conhecer as leis de um povo para dominá-los, como faziam até então os antropólogos britânicos, estudaram as leis cheyennes para aperfeiçoar o sistema de justiça dos Estados Unidos, o que levou Robert Weaver Shirley a afirmar, inclusive, que desde então "é regra geral que as implantações de reformas jurídicas nos Estados Unidos sejam frequentemente associadas aos antropólogos jurídicos e legais".[455]

---

[451] SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia jurídica. São Paulo: Saraiva 1987, p. 15.

[452] Conforme esclarece Robert Weaver Shirley sobre a metodologia proposta por Hoebel e Llewellyn, "por este método, o pesquisador examina através dos casos individuais o que o povo verdadeiramente faz, em períodos de conflito ou disputas, em vez de ouvir o que o povo diz que deve ser feito. Estudam-se comportamentos, ao invés de normas e valores, que era o método usado tanto pelos ingleses como pelos holandeses. De fato, a pesquisa da Cheyenne não foi fácil, pois se tratava do estudo de uma sociedade que fora destruída há quase 50 anos e os antropólogos confiavam apenas na memória dos velhos informantes, perguntando a várias pessoas sobre cada caso. Porém o cuidado com a pesquisa deu a este trabalho uma alta credibilidade e grande força literária. O próprio Llewellyn, como advogado, estava imensamente impressionado com a habilidade técnica dos juízes Cheyennes, os 'chefes da paz', a quem ele considerou nitidamente superiores aos juízes anglo-americanos de seu conhecimento.", *in*, SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia jurídica. São Paulo: Saraiva 1987, p. 20.

[453] GULLIVER, Peter H. Introduction, *in* Laura Nader (ed.), 1997, p. 11.

[454] HOEBEL, Adamson. *apud*, GULLIVER, Peter H. Introduction, *in* Laura Nader (ed.), 1997, p. 13.

[455] *Ibid*, p. 20.

Mas foram os estudos antropológicos-jurídicos britânicos que começaram efetivamente a delinear as bases teóricas clássicas da antropologia jurídica, à medida que alguns estudos passaram a conferir maior atenção aos aspectos puramente científicos da teoria do direito em sociedade, abandonando, assim, qualquer pretensão de conferir utilidade colonial a esses estudos. Principalmente a partir das pesquisas desenvolvidas pelos antropólogos britânicos Malinowski e Radcliffe-Brown, em muitos aspectos contrários ao uso da Antropologia como instrumento imperialista de dominação e controle cultural, a Antropologia passou a assumir um firme compromisso com os primados da ciência, elevando a disciplina à uma condição de uma ciência social efetivamente livre de suas raízes coloniais.

E no que diz respeito especificamente ao campo da antropologia jurídica, cujos contornos já começavam a se definir de forma mais nítida, Malinowski já chamava a atenção na introdução de "Crime e costume na sociedade selvagem",[456] publicado originalmente em 1926, que de todos os ramos da antropologia, o estudo do direito dos povos primitivos é o que até aquele momento vinha recebendo a menor atenção e a menos satisfatória. Apesar de se referir à alguns estudos anteriores, Malinowski ressaltava que a maioria dessas obras tinham por objetivo demonstrar que as teorias de Morgan eram corretas. Partindo de hipótese da "promiscuidade primitiva" e do "matrimônio de grupo", todas as interpretações jurídicas tendiam a evidenciar a existência, nas sociedades pesquisadas, de conceitos semelhantes como "responsabilidade de grupo", "justiça de grupo", "propriedade de grupo" e "comunismo", ressaltando sempre a total ausência de direitos e responsabilidades individuais entre os selvagens. Em geral, todas as conclusões estavam assentadas na suposição de que nas sociedades primitivas o indivíduo estava completamente dominado pelo grupo, observando suas tradições e costumes com uma obediência fascinada e passiva.

Esse desinteresse ou indiferença da antropologia pelo estudo das diversas formas de legalidade, ou mesmo as generalizações teóricas elaboradas principalmente a partir de meras suposições, a obra de Malinowski promoveu um verdadeiro redirecionamento aos estudos antropológicos dos fenômenos jurídicos, conferindo, assim, à antropologia jurídica contornos funcionais que permitiam uma integração das diversas representações e práticas sociais e culturais reveladas empiricamente nas sociedades investigadas.

[456] *Ibid*, p. 15-16.

Malinowski e Radcliffe-Brown: A ordem social entre funções e formas

A constituição da antropologia enquanto disciplina científica no século XIX incorporou desde o início como um dos seus campos de investigação o problema do jurídico e da juridicidade. Mas sob uma perspectivação mais nitidamente antropológica, essa problematização do jurídico alcançou contornos bem mais definidos do que a elaborada até então pelos evolucionistas, circunscrevendo, assim, um campo analítico específico que viria a se tornar a antropologia jurídica.

E essa nova configuração antropológica da problemática jurídica deve-se, em grande parte, à obra de Bronislaw Malinowski (1884-1942).[457] Considerado um dos mais influentes antropólogos por conferir à Antropologia bases sólidas para seu desenvolvimento enquanto disciplina científica,[458] foi o principal responsável pela elaboração do método funcionalista após estudo de campo realizado por quase dois anos (entre 1915 e 1918) nas Ilhas Trobriand, que culminou na publicação de *"Argonauts of the Western Pacific"*, em 1922, considerada, por muitos autores, "a obra mais revolucionária da história da antropologia".[459] Nessa obra, Malinowski descreve de forma extremamente rica e detalhada uma única instituição cultural entre os trobriandeses, que consiste no sistema de comércio denominado *"kula"*, onde objetos de valor simbólico circulam entre as Ilhas Trobriand, na Melanésia, estabelecendo relação dessa prática com outras instituições sociais como política, parentesco, posição social etc.

A idéia central da teoria funcionalista está baseada no pressuposto de que uma determinada instituição cultural só pode ser explicada ou apreendida de forma adequada através da análise da função que ela exerce dentro do contexto social em que se encontra inserida. Em outras palavras, para os funcionalistas um fato ou instituição social só mantém sua própria significação enquanto for considerado como parte de um determinado complexo cultural. Nessa perspectiva, privilegia-se a

---

[457] Segundo Paul Mercier: "O termo 'funcionalismo' está ligado ao nome de B. Malinowski, que foi quem tentou, partindo da teoria desenvolvida sob este nome, definir a realidade sócio-cultural e todos os instrumentos de que o antropólogo dispunha. Se ele próprio manifestou certa tendência a exagerar os méritos pessoais, seria injusto minimizar o seu merecimento, o que parece fazer R. H. Lowie, embora prestando-lhe homenagem: 'Em resumo, pode-se apenas dizer que (ele) foi o pai ou o único intérprete do funcionalismo e nele saudamos, com alegria, o seu arauto mais claro e persuasivo. Outros praticaram ou professaram esta fé, ele fez as duas coisas'.", in, MERCIER, Paul. História da Antropologia. São Paulo: Editora Moraes, p. 98.

[458] *Ibid*, p. 99.

[459] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 55.

análise sincrônica (não histórica) da sociedade estudada em detrimento de qualquer verificação diacrônica, caracterizada por questionamentos históricos que passam, então, a ser considerados irrelevantes ao olhar antropológico.

Mas é importante consignar que as noções centrais da interpretação funcionalista dos fatos sociais não foram formulados pela primeira vez por Malinowski, uma vez que Durkheim, Boas, Mauss, Radcliffe-Brown já haviam feito análises semelhantes.[460] Isso também se aplica ao próprio trabalho de campo, que muitas vezes também é equivocadamente considerado como invenção malinowskiana, mas que já era realizado anteriormente com freqüência em expedições etnográficas, como a expedição a Torres. O que pode ser considerado criação de Malinowski não foi o trabalho de campo, mas sim um método específico de realização desse trabalho, ao qual denominou "observação participante". A idéia central desse método que revolucionou o pensamento antropológico era simples, partindo da proposta consistente "em viver com as pessoas que estavam sendo estudadas e em apreender a participar o máximo possível de suas vidas e atividades".[461] Para a realização de um trabalho de campo seria, portanto, fundamental que o antropólogo permanecesse durante um período de tempo convivendo como a sociedade estudada a fim de se familiarizar com o modo de vida e o idioma utilizado pelos "nativos" daquele local.

Essa análise funcionalista elaborada a partir da observação participante representou uma importantíssima e profunda reorientação das pesquisas "antropológico-jurídicas" (termo então concebido), rompendo com as formulações histórico-evolucionistas reinantes até aquele momento. Ao estabelecer em suas pesquisas uma relação funcional e integrada das representações e práticas sociais e culturais, Marlinowski rompeu com o formalismo que caracterizava os estudos jurídicos, elaborando uma nova perspectivação, sob um viés das "funções" durkheimianas, voltada aos efeitos. Não se tratava mais de uma observação sobre as instituições essenciais para a manutenção da ordem social das diferentes culturas estudadas, mas de realizar um enquadramento e uma esquematização sobre bases meramente operativas e instrumentais.

Nesse passo, e de forma totalmente inovadora, a linha de investigação proposta por Malinowski se desprendia da tradição legalista que tinha por objeto

[460] POIRIER, Jean. Una historia de la etnologia. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992, p. 112.
[461] ERIKSEN, Thomas Hylland. História da antropologia. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 116-117.

específico o estudo das "regras" e "instituições jurídicas", passando a conferir ênfase, por assim dizer, à análise das formas "concretas" de manutenção da ordem social e resolução das disputas e litígios nas sociedades pesquisadas. Privilegiava-se, em outros termos, a manifestação empírica dos fatos construídos por pessoas concretas no âmbito de uma efetiva interação social e cultural. E nesse movimento radical, a própria conceituação de "lei" ou "norma" passou a se revelar equívoca, uma vez que o que realmente importa nessa análise empírica e pragmática é o que efetivamente é observado pela sociedade como obrigatório e que impõe, de fato, um controle social, e não aquilo que se supõe como tal.

A questão da eficácia[462] de uma lei ou qualquer outra espécie de comando normativo de conduta não se apresentava como problemático aos estudos jurídicos enquanto havia uma nítida separação entre o jurídico e o social. Ao se conferir primazia à uma dimensão essencialmente lógico-formal das "leis", "regras" e "instituições jurídicas", a produção dos efeitos empíricos de todo o arcabouço normativo-institucional voltado à conformação e controle social costumava ser relegada, quando muito, a segundo plano nos estudos do direito. Até mesmo porque esses estudos costumavam voltar suas atenções para contextos sociais aparelhados com códigos legais escritos, autoridades judiciais, e todo um sistema institucional de vigilância voltado ao cumprimento da lei e à punição dos seus infratores, o que favorece a identificação de uma eficácia normativa. No entanto, essa abordagem meramente formal do jurídico em suas ligações efetivas com o social mostrava-se desprovida de sentido e pertinência no estudo da ordem nas sociedades primitivas, onde a normatividade é um produto essencialmente histórico, cuja transmissão se opera de forma oral ao longo das gerações, e devido à sua incorporação difusa pela

[462] Segundo José Eduardo Faria, "as normas e leis costumam ser eficazes quando encontram na realidade por elas regulada as condições sociais, econômicas, políticas, culturais, ideológicas e até mesmo antropológicas para seu *enforcement*, para seu reconhecimento, para sua aceitação e para seu cumprimento por parte de seus destinatários". Ainda conforme esse autor, essa definição, devido à sua amplitude, torna possível dois tipos de avaliação: "De um lado, uma avaliação histórica tanto da aplicação material do direito positivo quanto de sua própria legitimidade, tendo em vista a correspondência entre os fins estabelecidos pelo legislador e os valores culturais enraizados entre os diferentes destinatários das leis num determinado sistema social. A eficácia, aqui, não é apenas uma questão de fato; é, igualmente, uma questão de valores, em cujo âmbito estão em jogo, por exemplo, princípios como liberdade, equidade e justiça; a inefetividade do direito pode, assim, ser encarada como um indicativo do fosso existente entre as exigências jurídicas e os interesses sociais democraticamente compartilhados. De outro lado, esta vertente torna possível uma avaliação comparativa entre os objetivos e comportamentos previstos e estabelecidos pelas normas e pelas leis e os resultados por ela efetivamente alcançados num determinado contexto sócio-político", *in*, FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 124-125.

sociedade nem sempre tornava possível estabelecer uma diferença nítida entre o costume[463] e a lei.

Em suas investigações jurídico-antropológicas nas Ilhas Trobriand, da Nova Guiné, Malinowski percebeu que o direito se apresentava mais como um conjunto de obrigações consideradas como justas por alguns e reconhecidas apenas como um dever por outros, mas que, de todo modo, assegurava um mecanismo de reciprocidade e publicidade inerentes à própria estrutura daquela sociedade. E o rigor aplicativo das normas jurídicas, segundo Malinowski, era assegurado através de uma apreciação racional de causa e efeito por parte do nativo, e não através de uma simples observância "mecânica", como proposto por Durkheim, uma vez que seu cumprimento, antes de ser espontâneo, estava relacionado com sentimentos sociais e pessoais como ambição, orgulho, busca por status no meio social, e também por amizade, lealdade, carinho, devoção. De modo que o direito e os fenômenos jurídicos não podiam ser analisados como instituições independentes. Ou, como define Malinowski:[464]

> *El derecho es más un aspecto de su vida tribal, un aspecto de su structura, que un sistema independiente, socialmente completo en sí mesmo. El derecho no estriba en un sistema especial de decretos que prevén y definen cualquier forma posible de su incumplimiento y que proporcionan las barreras y remédios necesarios al caso, sino que es el resultado específico de la configuración de obligaciones que hacen imposible al nativo eludir sus responsabilidades sin sufrir por ello em el futuro.*

E, um pouco mais à frente, ao se referir a algumas instituições sociais dos nativos das Ilhas Trobriand, e que considerou como dispositivos propriamente jurídicos, como o "*yakala*" (um intercâmbio público de reconvenções pela qual as partes em litígio, assistidas por parentes e amigos, se encontram e se confrontam mediante recriminações mútuas), o "*kaytapaku*" (uma espécie de proteção mágica

---

[463] O sentido empregado na acepção de "costume" é empregado aqui num sentido mais abrangente do que aquele geralmente utilizado pelos juristas, cuja definição limita-se a noção de fonte de direito, juntamente com a lei e a jurisprudência. Atento a essa necessária amplitude que deve ser atribuída ao sentido da palavra costume, Henri Lévy-Bruhl já afirmava que se o direito, "longe de ser um sistema rígido, é essencialmente fluido e se transforma a todo instante, é preciso designar com uma palavra essa ação ao mesmo tempo dissolvente e criadora que, a exemplo da erosão para a crosta terrestre, modifica incessantemente as relações sociais. Não estaremos violentando a palavra costume se a empregarmos nessa acepção mais extensa. Nesse sentido amplo, o costume elabora surdamente o novo direito do mesmo modo que a vida latente opera nas espécies vegetais e animais. É a fonte vital das instituições jurídicas. Tem, pois, uma esfera de aplicação indefinida. Não é uma fonte de direito entre outras: não seria exagerado dizer que é a única fonte do direito", *in*, LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 41.

[464] MALINOWSKI, Bronislaw. Crimen y costumbre em la sociedad salvaje. Barcelona: Ediciones Ariel, 1973, p. 74.

da propriedade por meio de maldições condicionais automaticamente atribuídas a quem usurpar um bem alheio), e a "*kaytubutabu*" (uma espécie de magia praticada para induzir fertilidade, principalmente, nas vésperas de uma grande festividade), Malinowski enfatiza que:[465]

> *Sería un grave error tratar del tema del derecho limitándonos a uma sencilla enumeración de estos poços institutos, cada uno de los cuales sirve un fin especial y cumple una función muy parcial. La incumbência principal del derecho estriba em el mecanismo social que se encuentra em la base de todas las obligaciones verdaderas y cubre uma porción muy vasta de sus costumbres, aunque ni mucho menos todas ellas, como ya sabemos.*

Em sua obra "Crime e costume na sociedade selvagem" (1926),[466] Malinowski elaborou de forma mais específica essa problematização relacionada ao conceito de lei, propondo que esta podia ser diferenciada do costume pelo grau de relevância atribuída pela sociedade na manutenção da ordem social. Partindo do pressuposto de que não era possível a existência de uma sociedade sem lei,[467] ainda que esta não se apresentasse formalmente enquanto tal, a hierarquia entre lei e costume podia ser identificada, segundo Malinowski, pela gravidade das sanções que eram aplicadas no caso de violação de uma e outra. Assim, os costumes seriam compreendidos como "regras não legais", e vinculadas a procedimentos técnicos e rituais, e que cuja observância era atribuída mais à conveniência e tradição do que por uma idéia de obrigatoriedade. Por sua vez, as "regras legais" eram aquelas observadas e compartilhadas por toda a sociedade sob um sentido de obrigatoriedade, onde sua violação acarretada severa reprovação social mediante a aplicação de violentas sanções.

Em sua classificação das "regras legais", Malinowski[468] identifica aquelas que poderia ser comparadas ao direito penal, como também, e nesse ponto divergindo da posição sustentada por Durkheim em suas diferentes formas de solidariedade,

---

[465] *Ibid*, p. 77.
[466] *Ibid*, p. 14.
[467] Segundo Malinowski, *"en todas las sociedades debe haber una clase de reglas que son demasiado prácticas para ser apoyadas por lãs sanciones religiosas, demasiado gravosas para ser dejadas meramente a la buena voluntad y demasiado personalmente vitales para los individuos para que cualquier instancia abstracta pueda hacerlas cumplir. Este es el terreno de lãs reglas jurídicas y me aventuro a predecir que se encontrará que la reciprocidad, la incidencia sistemática, la publicidad y la ambición serán los factores principales em el aparato vinculador del derecho primitivo"*, *in*, MALINOWSKI, Bronislaw. Crimen y costumbre em la sociedad salvaje. Barcelona: Ediciones Ariel, 1973, p. 14.
[468] *Ibid*, p. 81-82.

daquelas regras que poderiam ser associadas a um direito civil das sociedades primitivas:

> *Cada clase de reglas mencionadas se distingue de las restantes por sus sanciones y por su relación com la organización social de la tribu y de su cultura. Estas reglas no forman esa masa amorfa de usos de la tribu o "conglomerado de costumbres" del que tanto hemos oído hablar. Esta última categoria, las reglas fundamentales que salvaguardan la vida, la propiedad y la personalidad forman la clase que se puede describir como "derecho penal", muy a menudo exagerada por los antropólogos y falsamente asociada con el problema de "gobierno" y "autoridad central" e invariablemente arrancada de su contexto própio de otras reglas jurídicas, ya que – y aqui llegamos al punto más importante de todos – existe uma clase de reglas obligatorias que regulan la mayoría de los aspectos de la vida de la tribu y las relaciones personales entre parientes, miembros del mismo clan y de la misma tribu, que fijan las relaciones econômicas, el ejercício del poder y la magia, el estado legal de marido y mujer y de sus respectivas famílias. Éstas son las reglas de uma comunidad melanésia que corresponden a nuestro derecho civil.*

Em sua análise do direito nas Ilhas Trobriand realizada a partir de casos concretos observados pessoalmente, Malinowski faz questão de registrar em sua conclusão teórica que em nenhum momento teve que recorrer a alguma hipótese ou a reconstruções evolutivas e históricas, mas simplesmente analisar certos fatos para converte-los em elementos mais sensíveis, relacionado determinado aspecto cultural com outro e mostrar qual é a função que cada um ocupa dentro do esquema cultural. Partindo de uma perspectiva essencialmente empírica, Malinowski conclui ainda que a explicação dos fatos e aspectos culturais deve ser realizada de uma forma científica, o que não implica, todavia, numa completa exclusão investigações referentes ao nível evolutivo dos costumes dessa sociedade ou mesmo seus antecedentes históricos. Haveria, assim, espaço tanto para um interesse evolutivo dessas sociedades primitivas como científico, mas o primeiro não podia reivindicar um predomínio exclusivo sobre a antropologia, que deve ter seu desenvolvimento assegurado em bases eminentemente científicas.

Com a ampliação dos horizontes da antropologia jurídica propiciado pela nova perspectiva malinowskiana, cujas análises antropológico-jurídicas se distanciavam em relação às generalizações evolucionistas típicas do século XIX para se aproximar das pessoas concretas situadas em contextos de efetiva interação social e cultural, muitos antropólogos passaram então a focar suas atenções às diferentes formas de manutenção da ordem e controle dos conflitos sociais. Algumas dessas novas formulações passaram a assumir posições um tanto quanto contrastantes

àquela sustentada por Malinowski, defendendo uma compreensão mais restrita sobre as formas de controle social, uma vez que com base em suas investigações, alguns antropólogos passaram a argumentar que muitas sociedades não apresentavam normas que revelassem uma natureza jurídica.

Na perspectiva adotada pelo antropólogo britânico Alfred Reginald Radcliffe-Brown (1881-1955), radicado em Oxford e que investigou os aborígenes australianos e os andamaneses (sociedade que vivia numa ilha entre a Índia e a Tailândia), o conceito fundamental para a compreensão da ordem social e do direito é a estrutura social, cuja expressão empírica seria revelada através da análise do conjunto das efetivas relações entre indivíduos e grupos que compõem determinada sociedade. Quando as normas que asseguram esse perfeito ajuste na interdependência dessas relações que compõem a estrutura social encontram-se em estado de equilíbrio, a sociedade experimenta uma paz social decorrente da ordem propiciada pelo bom funcionamento das normas. Por outro lado, a violação dessas normas cria um desequilíbrio nas relações que compõem a estrutura social, de modo que cabe às sanções a função de restabelecer a ordem e harmonia.

No entanto, nem todas essas normas teriam a mesma importância na manutenção da ordem social, e, assim como Malinowski, para Radcliffe-Brown a forma de compreender esses diferentes graus de relevância seria através do exame das sanções, às quais são classificadas como “difusas” ou “organizadas”. Em relação às sanções difusas, invariavelmente atribuídas à violação de mandamentos religiosos, sua aplicação costuma ser espontânea e compartilhada por todos os membros da sociedade. Diferentemente, nas sanções organizadas sua imposição implica na adoção pela sociedade de uma série de procedimentos e rituais para a apuração da responsabilidade do infrator.

Tomando por base essas conclusões, Radcliffe-Brown sustentava que somente poderiam ser consideradas como leis e processo judiciais quando houvesse nessas sociedades a existência organizada de procedimentos ou rituais que, à semelhança dos tribunais ocidentais, tivessem autoridade perante todos os membros daquela sociedade para a aplicação de sanções com a finalidade de restaurar a ordem social. Assim, muito embora as sociedades primitivas possuíssem normas que tinham por objetivo a manutenção ou o restabelecimento da ordem social, não se podia, no entanto, e somente atentando-se para a sua função prática, atribuir a denominação de “lei” a essas formas.

Percebe-se, portanto, que não obstante Radcliffe-Brown e Malinowski conferirem ênfase, respectivamente, às formas e funções que assumissem papéis efetivos na manutenção da ordem nas sociedades estudas, suas posições revelavam-se, contudo, bastante contratantes. Enquanto que Radcliffe-Brown parecia conferir ênfase à estrutura organizacional de determinada sociedade e seus mecanismos de manutenção da coesão social através da do uso da força, Malinowski procurava analisar empiricamente as diversas regras que garantiriam essa coesão sistêmica. Em essência, parece que se para Malinowski importava o estudo das normas jurídicas que ocupavam uma função relevante para a manutenção da ordem, para Radcliffe-Brown o que realmente importava era a identificação das estruturas e mecanismos sociais que, independentemente da forma pela qual se apresentasse, garantiriam o controle e a ordem social.

Paul Bohannan e Max Gluckman: A razoabilidade nos julgamentos, a comparabilidade dos direitos, e a lei como expressão de uma cultura única

As diferentes concepções teórico-metodológicas sustentadas por Malinowski e Radcliffe-Brown acabaram ressoando não apenas num cenário exclusivamente antropológico, fazendo-se sentir também em um âmbito jurídico,[469] principalmente através das controvérsias entre o norte-americano Paul Bohannan (1920-2007) e o sul-africano Max Gluckman (1911-1975), ambos radicados em Oxford, e que apesar de serem juristas de formação, se converteram em antropólogos sob a influência de Edward Evans-Pritchard (1902-1973), considerado o principal discípulo de Radcliffe-Brown. Não obstante esses dois antropólogos compartilharem das mesmas preocupações teóricas em seus estudos sobre os sistemas de controle social e

[469] Interessante notar que ao final da sua obra Max Gluckman faz uma dedicatória tanto a antropólogos quanto a advogados nos seguintes termos: "Espero que meus colegas antropólogos obtenham algum esclarecimento sobre os sistemas legais que tenham estudado, a partir de minha tentativa de interpretação do direito Barotse em termos dos problemas que os juristas levantam. Ao mesmo tempo, espero que os advogados encontrem na minha tentativa, como antropólogo, de compreender as idéias da ciência do direito de uma sociedade africana, alguma luz sobre os problemas de registro inadequado de sistemas de direito antigo. Se ao menos esses objetivos forem atingidos, estarei bem recompensado", *in*, DAVIS, Shelton H. (org.). Antropologia do direito: estudo comparativo das categorias de dívida e contrato. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973, p. 56.

processos de resolução dos conflitos nas sociedades tribais africanas, suas interpretações eram essencialmente antagônicas.[470]

A polêmica estabelecida entre Bohannan e Gluckman, conforme já antecipada em parte no item 1 deste capítulo, ao resgatar de forma renovada o paradigma antropológico "clássico" voltado à formulação de generalizações comparativas, acabou acentuando e ampliando os horizontes das diferentes perspectivas antropológico-jurídicas apresentadas nos trabalhos de Malinowski e Radcliffe-Brown. O âmbito dessa controvérsia envolvia os aspectos epistemológicos fundamentais das relações entre etnografia e comparação na Antropologia Jurídica, e o antagonismo das posições sustentadas por Gluckman e Bohannan conferiu à disciplina novos contornos à tensão fundacional inserida no âmago de sua matriz paradigmática, consistente na busca por categorias universais que possibilitem a delimitação do que para nós representa o "jurídico".

Quando Max Gluckman publicou sua obra "O processo judicial entre os barotse", em 1955, as pesquisas sobre as formas jurídicas de organização social e resolução dos conflitos nas sociedades africanas tradicionais ainda eram bastante escassas, e os relatos e informações disponíveis até então resultavam de compilações de missionários, viajantes e funcionários coloniais. Mas com os estudos etnográficos de Gluckman sobre o sistema judicial dos Lozi[471] essa situação se alterou sensivelmente. Elaborada com base nos dados empíricos coletados a partir de uma observação participante realizada em um longo período de convívio com os Lozi, a tese de Gluckman é que muito embora as instituições de controle social e os mecanismos de resolução dos conflitos dos Lozi fossem diferentes dos ocidentais, as idéias essenciais do direito Barotse podiam ser comparadas com os primórdios do direito romano e europeu. Desse modo, as diferenças entre o direito dos Barotse e o moderno direito ocidental não seria de gênero, mas de grau.

---

[470] Armando Marques Guedes lembra que "o debate crucial entre P. Bonannan e M. Gluckman, teve lugar de honra em Yale, numa conferência realizada nuns anos 60 caracterizáveis como de transição, e deu-se em tom acalorado. O desenlace da controvérsia não foi, naturalmente, conclusivo; algumas das implicações que dela decorreram não foram contudo de subestimar. Impunham-se reformulações; ou, no mínimo, reorganizações dos esforços analíticos que permitissem aos investigadores ir recolhendo dados etnográficos passíveis de generalizações comparativas (em cumprimento do projecto antropológico genérico), mas exigia-se fazê-lo minimizando, na medida do possível, definições eivadas de etnocentrismos.", *in*, MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 116.

[471] O estudo de Gluckman se refere mais precisamente à tribo Lozi, que eram um grupo específico do Reino Barotse, que por sua consistia em um conjunto de tribos onde o Reino Unido exerceu um governo indireto a partir de 1900.

Para demonstrar o acerto de sua tese, Gluckman elabora uma generalização comparativa sobre a noção ocidental de "dívida", que abrangeria qualquer sistema de obrigações. Assim como no direito antigo, e diferentemente do direito moderno, a noção de dívida predominava na sociedade Barotse. Na análise de Gluckman,[472] "os Barotse concebem todas as relações, quer as de status estabelecido, quer as resultantes de 'contrato' de relações não-contratuais, em termos de 'dívida'". Essa idéia de dívida como conceito generalizador de todas as obrigações predominaria, segundo Gluckman, em todas as sociedades tribais, o que demonstra que a racionalidade do direito nessas sociedades não difere daquela historicamente observada nas antigas sociedades ocidentais.

A própria idéia de razoabilidade presente no direito barotse e a ênfase conferida à moralidade e a outros princípios semelhantes aos utilizados no direito ocidental nos seus julgamentos, mostrou-se significativa para Gluckman, o que o levou a afirmar em seu célebre ensaio "O homem razoável no direito barotse", de 1963, que a média da mentalidade tribal, é o mesmo conceito de homem razoável (*homo prudens*) do direito romano. Isso porque em um julgamento barotse não se exige o cumprimento restrito da norma, uma vez que esta representa apenas uma conduta ideal, mas somente que a mesma tenha demonstrado uma observância razoável à linha demarcada por essa norma. E para uma melhor compreensão dessa tese de Gluckman convém transcrever abaixo um trecho onde esse jurista e antropólogo procura evidenciar alguns elementos relevantes do direito Barotse que apontariam os princípios lógicos usados nos seus julgamentos:[473]

> O desejo consciente do juízo ao tentar resolver disputas entre parentes é aplicar o direito de modo que os litigantes possam continuar a viver juntos, e que sua relação, como um conjunto definido de obrigações mútuas, possa perdurar. Para atingir esse objetivo, o juízo deve avaliar eticamente seu comportamento mútuo, assim como para outras pessoas ligadas no mesmo sistema de relações, e deve apoiar os que agiram bem e repreender os que agiram mal, de modo que venham a ter um melhor comportamento. Mas o juízo também tem que julgar uma demanda específica, por exemplo quando autor ou réu têm direito a um jardim particular. Ordens a respeito da propriedade são dadas em meio a sermões sobre o amor paterno, filial ou fraternal.
> Às vezes a pessoa que tem direito à propriedade é a que agiu mal. O juízo, conforme vimos, não se esquiva à tarefa dizendo "esse é um tribunal de direito e não um tribunal de moral. Ele tenta uma reconciliação do direito com a justiça, que vem a ser estritamente limitada pelo sistema legal que o juízo

[472] GLUCKMAN, Max. Obrigação e dívida, *in* DAVIS, Shelton H. (org.). Antropologia do direito: estudo comparativo das categorias de dívida e contrato. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973, p. 25.
[473] *Ibid*, 51-53

> deve aplicar. Quando uma mulher pede o divórcio e este lhe é concedido com base em que o marido lhe causou danos, o juízo não pode compeli-lo a dar mais do que metade de sua colheita; ele pode apenas apelar a ele para que o faça. Quando um superior numa relação de parentesco, numa aldeia, ou numa unidade política causou dano a um inferior o juízo igualmente nem sempre pode obrigá-lo a agir certo, e nem sempre pode privá-lo dos direito de sua posição. Isso é bem ilustrado pelo caso dos açudes de peixe do chefe nos capítulos 1 e 4. quando o chefe proibiu os filhos de suas irmãs de pescarem nos seus açudes de peixe, a não ser que fossem morar na sua aldeia, o tribunal desaprovou-o por injustiça ("eles não causaram nenhum dano", disse um juiz). Mas um único juiz sustentou que os açudes agora pertenciam aos sobrinhos e estavam perdidos para o chefe. O juiz principal declarou, então: "Não podemos mudar o direito contra Mahalihali" (o chefe), e a maioria dos juízes concordou com ele. Contentaram-se com declarações imprecisas de que ele deveria permitir que os sobrinhos pescassem. Isso porque, alterar o direito contra Mahalihali e dar aos sobrinhos o direito de controlar os açudes ou de pescar neles sem sua permissão, teria alterado princípios sobre os quais se ergue toda a estrutura: a terra numa aldeia vincula-se à posição de chefia, e todos os aldeões têm direitos adquiridos a uma parcela dessa terra suficiente para seu sustento. Outros parentes têm o direito moral de reivindicar o uso da terra se há mais do que os habitantes da aldeia podem usar, mas eles não podem solicitar a transferência do direito de posse sobre o que usam para outra aldeia. Os direitos de propriedade de uma corporação não devem ser adulterados por ação judicial (o beneficiado pode por si mesmo abdicar de alguns), do contrário as conseqüências seriam incalculáveis. Nesse caso, do contrário as conseqüências seriam incalculáveis. Nesse caso, se a regra adotada pelo tribunal fosse que o chefe perderia seus direitos sobre os açudes, outros filhos de irmãs, trabalhando na terra de seus tios maternos enquanto vivem com seus pais, ou filhos residindo na aldeia das mães mas trabalhando nas terras dos pais, poderiam também entrar com ações para se estabelecerem independentemente. Os chefes hesitariam em emprestar a terra a parentes que vivem em outros lugares. Toda a estrutura social Lozi, como um arranjo permanente de títulos de chefes em relação à distribuição da terra, teria sido destruída. Coube ao experiente e sensato presidente do tribunal encontrar uma solução que, não distorcendo o direito, observasse a justiça: o tribunal deixaria intocada a posição de chefia, como um *universitas juris*, mas colocaria na posição um indivíduo que resgataria suas diversas obrigações para dispor mais generosamente da propriedade da posição. A organização das relações de status deve ser mantida: a propriedade é independente e referida a essa organização.
>
> O julgamento desse caso ilustra um aspecto significativo do direito Barotse. Muitas de suas regras legais são imprecisamente formuladas. Quando se questiona informantes, ou o próprio juízo nos casos citados, ou quando os Barotse discutem problemas legais, a resposta vai quase sempre para o aspecto moral envolvido: "as pessoas não entrariam comu uma ação", ou "Eu não posso impedir que minha filha casada trabalhe a minha terra". Questões legais e morais são constantemente confundidas, e os direitos de um homem ao que lhe é devido legalmente dependem de que ele cumpra honestamente com suas obrigações morais. Embora as relações de *status* Barotse impliquem esse elemento moral deve haver uma medida para avaliar-se o desempenho. Esse desempenho é visto no constante resgate de obrigações, o fornecimento de serviços ou de auxílio material, isto é, o resgate da dívida. Há de certa forma um paradoxo no fato de que a própria ênfase na moralidade, numa sociedade de bens limitados, acentue o resgate material de obrigações e torne um dano o não-cumprimento desse resgate.

A partir dessa análise sobre o direito Barotse, e compactuando com a abordagem clássica elaborada por Sir Henri Maine, Gluckman conclui que qualquer

sistema legal seja ele moderno ou tribal, é sempre influenciado pelo fato de que toda organização social é predominantemente composta em torno de relações de *status* fixas, permanentes e múltiplas.

Ainda nessa perspectiva, também se mostrou extremante significativo que os juízes Lozi utilizavam princípios lógicos para decidir qual a melhor forma de aplicação das normas legais existentes objetivando obter aquilo que se mostrava uma composição ideal entre as partes litigantes. Assim como em todos os outros sistemas de justiça, os Lozi também utilizavam de uma razoabilidade e princípios de justiça em seus julgamentos. Com isso, Gluckman buscava demonstrar que, ao contrário do que sustentava Max Weber, não havia um tipo diferente de racionalidade nas sociedades tribais em relação "racionalidade burocrática moderna",[474] e a utilização da terminologia própria do direito ocidental moderno (como, por exemplo, a distinção entre a responsabilidade contratual e responsabilidade delituosa ou não-contratual), para referir e comparar as categorias particulares do sistema de justiça daquelas sociedades primitivas tinha a inegável vantagem de favorecer essa análise, reforçando as suas conclusões.

Refutando as críticas formuladas por Bohannan, Gluckman[475] justificava sua opção metodológica da seguinte maneira:

> É claro que não se deve forçar o direito tribal a adequar-se aos conceitos da ciência do direito ocidental, mas, com algum cuidado, é possível usar-se esses conceitos refinados para comparação e análise. A alternativa é inventar uma nova terminologia. Eu não me interesso por esse problema metodológico; preocupo-me aqui apenas em fornecer uma hipótese para explicar a ampla distribuição da idéia de "dívida" em sociedades dominadas pelo status.

Fica claro, nessa passagem, o espírito prático de Gluckmam. De fato, o emprego da terminologia própria da teoria do Direito ocidental moderno na análise comparativa de outros sistemas de justiça parece oferecer muitas facilidades para o tratamento e classificação desses diferentes conceitos, e que de outro modo seria

---

[474] A respeito da preocupação de Gluckman no sentido de evidenciar uma igualdade racial na interpretação da lógica utilizada pelas sociedades tribais africanas, a célebre antropóloga de Harvard, Sally Falk Moore escreve que *"Gluckman wanted to show that indigenous African legal systems and practices different because the social milieu was different, but the logic and the processo of reasoning were the same. To demonstrate that Africans were in every way the intellectual equal of Europeans, he showed at tedious lenght (e.g. 1955: 279-80) what he saw as the comparabilities between African and Western juridical thought. Embedded in his gloss on Lozi ideas was a splendid message about racial equality."*, *in*, MOORE, Sally Falk. "Law and Anthropology: a reader. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2009, p. 349.

[475] *Ibid*, p. 49.

de difícil composição. Essa metodologia permitiria a realização de comparações de conjuntos de idéias legais em sociedades diferentes, inclusive a partir de dados históricos sobre o desenvolvimento de conjuntos particulares dessas idéias.

Para Gluckmam, esse trabalho de comparação do direito das sociedades tribais, apesar da sua especificidade cultural, pode encontrar um paralelo perfeito com o direito europeu antigo. E a mera descrição de um sistema de idéias legais, conforme propõe Bohannan, representa apenas um primeiro passo da análise, uma vez que essas particularidades devem servir de modelo comparativo com elementos de outros sistemas sociais e culturais. Até mesmo porque para esse autor, uma pesquisa que se limite somente a uma análise específica e singular de uma determinada cultura, e tomando como referência unicamente seus próprios elementos culturais, nada mais é do que uma forma radical de relativismo cultural. Enfatizando essa posição, Gluckmam[476] passa então a se referir:

> À insistência de Bohannan em afirmar que, na classificação de ações sob o título de dívida, e não por sua origem não-contratual ou contratual, a ciência do direito Tiv difere radicalmente da ocidental. Já tive ocasião de citar especialistas para mostrar que as ações antigas no direito inglês, possivelmente no romano, no do Oriente Próximo e no chinês, eram ações sobre dívidas. Refiro-me agora à distinção entre responsabilidade contratual de um lado e responsabilidade delituosa ou não-contratual do outro, no direito inglês e romano. Embora tenha consciência da temeridade das condensações que faço de desenvolvimentos profundamente intricados, eles visam indicar apenas os perigos do tipo de solipsismo cultural de Bohannan.

A distinção das propostas antropológico-jurídicas é evidente. Enquanto Gluckmam está interessado em elaborar generalizações comparativas a partir da constatação de elementos comuns nas diferentes sociedades tribais e antigas, Bohannan, pelo contrário, assumindo uma postura mais relativista, está mais interessado no que é específico da cultura estudada, considerada como uma cultura única.

Para Bohannan, o trabalho etnográfico envolve, além da própria descoberta, um trabalho de interpretação por parte do antropólogo, entendendo que “é na justaposição de idéias previamente desconexas que se encontra o trabalho de interpretação”. A partir dos dados etnográficos recolhidos em campo de forma bruta, cabe ao antropólogo a estruturação dessa experiência através das próprias categorias nativas, compreendidas através do aprendizado da língua nativa e dos

[476] *Ibid*, p. 46-47.

modos pelos quais os próprios membros daquela sociedade estruturam suas experiências. Essa proposta analítica voltada à estruturação da experiência cultural a partir das próprias categorias nativas é denominado por Bohannan de "sistema de *folk*".

No entanto o problema que se apresenta é que a etnografia, ao mesmo tempo em que consiste uma forma de registro e estruturação dos elementos culturais observados em campo, também representa uma forma de comunicação teórica e interpretativa entre os profissionais da área e aos demais leitores em geral interessados no trabalho. Daí a questão: como traduzir os elementos culturais e sua estruturação em conformidade às próprias categorias nativas (sistema *folk*) na linguagem utilizada na comunicação do antropólogo dentro do seu próprio meio cultural? Deve-se utilizar o próprio conceito nativo ou proceder a tradução desse conceito para o seu equivalente na linguagem do antropólogo?

Já ficou claro que a posição de Gluckman a esse respeito era a de que os conceitos nativos podiam perfeitamente ser traduzidos e explicados pelos seus equivalentes da língua falada pelo antropólogo, mesmo que apenas "por cortesia para com os próprios leitores". No entanto, Bohannan refutava veementemente essa maneira de resolver o problema, por entendê-la demasiadamente simplista. Isto porque, se de um lado o uso de termos nativos cria dificuldades para o leitor e facilita as coisas para o autor, sua substituição por termos familiares, ou seja, da sua própria sociedade, facilita as coisas para o leitor, mas cria sérios problemas metodológicos para o autor.

Uma das soluções para essas questões encontradas por Bohannan é que toda etnografia deve trazer uma análise específica sobre os termos nativos dentro de uma perspectiva semântica e cultural, buscando identificar da melhor maneira possível como as palavras representam as relações e instituições sociais dentro do próprio contexto cultural da sociedade estudada. Isto porque apesar do antropólogo se ver frente à imperiosa necessidade de expor os diversos elementos e aspectos culturais de uma determinada sociedade utilizando sua própria linguagem, isso não implica, todavia, na obrigação de utilizar nesse trabalho os conceitos dos sistemas analíticos tradicionalmente empregados para definir os equivalentes em sua própria cultura.[477] Esse equívoco consistente em iniciar a etnografia utilizando a linguagem e

[477] Em sua obra "A categoria 'injô' na sociedade Tiv", Bohannan mostra, por exemplo, que a palavra Tiv "injô" é mais amplo que o nosso conceito de dívida, de modo que a substituição de uma palavra pela outra traria

os conceitos analíticos da própria sociedade e descobrir seus equivalentes na linguagem da cultura estudada é denominado por Bohannan como uma espécie de "tradução às avessas". E, segundo Bohannan, as interpretações de Gluckman em sua obra *"The judicial process among the Barotse"* são em grande parte equivocadas devido ao fato de que em vez desse autor iniciar com a interpretação Lozi sobre seus elementos culturais e tentar traduzi-las para sua própria língua, parte de sua grande erudição jurídica e procura traduzir e adaptar esse referencial para Lozi. Ao invés de enfatizar e fornecer a interpretação Lozi, Gluckman acaba apresentando a sua própria leitura.

Um dos exemplos mais evidentes dessa tradução às avessas elaborada por Gluckman é apresentado por Bohannan:[478]

> O conceito chave aqui, equivalente ao de direito no qual está incluído, é o julgamento por *due processo of law* (*tatubokanulao*). O processo é estabelecido com a participação dos interessados (*bupaki*) que estabelecem as provas (também *bupaki*) sobre os fatos (*litaba* = também coisas). A evidência mesma é redutível por conceitos de: importância (*bupaki bobuswanela*, evidência certa ou adequada); (*bupak bobukena*, evidência apresentada judicialmente) ; de validade (*bupaki bobutiile*, forte evidência); de credibilidade (*bupaki bobusepehala*) ; de prova suplementar (*bupaki bobuyemela*). Estes tipos de evidência são avaliados como sendo diretos, circunstanciais ou provenientes de rumores. Os conceitos de evidência têm uma grade flexibilidade, comparados com os conceitos de direito substantivo. Primeiramente, os conceitos têm múltiplos referentes. Incluem evidência apresentada nos tribunais sobre ações cometidas, o conhecimento do juiz sobre o mundo social e físico (presunções legais: *linto zelwaziba*, as coisas que sabemos), e as inferências feitas pelo juiz a partir da evidência (*lisupo*, indicações, probabilidades).

Nesse texto fica evidente, segundo Bohannan, que Gluckman está basicamente traduzindo idéias ocidentais para Lozi em vez de traduzir as idéias Lozi para sua linguagem, o que implica em uma inaceitável distorção. Não que ocidentais os Lozi não possam ter idéias fundamentalmente semelhantes, mas que não há, por esse método de exposição, uma possibilidade de averiguar a pertinência da comparação entre os respectivos elementos culturais em questão. A conseqüência

---

equívocos de interpretação, de modo que esse autor "ao invés de ajustar os casos Tiv aos casos europeus de relação não-contratual, contrato, direito de propriedade etc., ocultando assim o que eles têm de mais importante, organizei os dados de tal forma que ficasse ilustrada a noção Tiv de dívida ou injô, permitindo-nos ao mesmo tempo fazer distinções mais refinadas no sistema analítico esboçado no capítulo anterior.", *in*, DAVIS, Shelton H. Antropologia do Direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973, p. 114.

[478] BOHANNAM, Paul. Enografia e comparação em Antropologia do Direito, in DAVIS, Shelton H. Antropologia do Direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973, p. 114.

disso é que há uma indevida sobrevalorização do sistema cultural do próprio antropólogo, que passa a ocupar uma posição de verdadeira categoria universal para explicar e justificar dados culturais que nem sempre mostram-se passíveis de adaptação a esses modelos, o que acaba distorcendo o seu real significado sob o ponto de vista nativo.

Contra as inúmeras críticas que recebeu por sua posição, considerada como uma forma radical de relativismo cultural, e resgatando a tese formulada por Boas no sentido de que a única maneira de resolver as dificuldades na compreensão das culturas singulares é analisá-las a partir de seu próprio ambiente, com seus componentes psíquicos e sua história, Bohannan se opõe a essa acusação afirmando que:[479]

> Negar a unidade psíquica ou negar a aplicabilidade irrestrita de um determinado conjunto de pressupostos, no caso da ciência do direito inglesa, não significa que por esta razão sejamos relativistas. O "relativismo" só é válido se significa que cada sociedade e portanto cada etnografia deve ser entendida nos seus próprios termos (que podem ou não ser singulares – a questão é irrelevante) e somente se a teoria é forjada a partir dos processos criativos referentes àqueles termos.

Portanto, segundo essa análise a questão que se coloca é como o trabalho de comparação deve ser elaborado pelo antropólogo. E além dos equívocos de interpretação proporcionados pela tradução às avessas, um outro problema que se apresenta para Bohannan é a tendência de distinguir transcultural de interdisciplinar. Exemplo claro desse tipo de confusão seria encontrado quando Gluckman trabalha a questão da interdisciplinariedade entre a antropologia e o direito sob a rubrica de "comparação". Ao invés de promover uma interpretação da cultura Lozi considerando suas próprias idéias, Gluckman promove um intercruzamento dos dados etnográficos desse povo com o referencial teórico fornecido por alguns autores do campo do direito, buscando explicar as formas de resolução dos conflitos Lozi a partir de instituições tradicionais e históricas do direito ocidental. No entanto, no trabalho etnográfico próprio de uma Antropologia científica, a comparação deve ser efetuada a partir de métodos específicos, evitando, principalmente, confundir a "totalidade não-estruturada e bizarra da etnografia com um tipo qualquer de

[479] *Ibid*, p. 113.

construção lógica", uma vez que "o fato de que itens culturais possam ser os mesmos não nos deve enganar".[480]

De uma forma geral, Bohannan chama a atenção, portanto, para a necessidade de uma forma de comparação que seja controlada e baseada em critérios substancialmente etnográficos, conferindo sempre a mesma importância para os sistemas de cultura *folk* nativos quanto aos sistemas de cultura *folk* ocidentais, que compreendem, inclusive, as teorias científicas e os seus mais variados sistemas analíticos. De uma forma geral, ao mesmo tempo em que dava continuidade às bases metodológicas malinowskianas voltadas à promoção de uma abordagem antropológica livre de etnocentrismos, Bohannan as radicalizava à medida que sua abordagem cingia-se, ao extremo, aos elementos culturais próprios e, por isso mesmo singulares, de cada sociedade.

Mesmo longe de chegar a uma solução para essa controvérsia, que consiste em um dos problemas epistemológicos que se encontram no cerne da própria antropologia enquanto disciplina científica, a celeuma já incorporava, ainda que não de forma expressa, alguns problemas relativos à crescente complexidade etnográfica que se acentuava cada vez mais devido às profundas modificações sociais e políticas experimentadas em meados do século XX. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, que marcou o fim do que ainda restava de uma era colonial, a antropologia jurídica passou a experimentar em seus domínios uma espécie de redirecionamento das suas coordenadas, por assim dizer, à medida que passava a conferir maior atenção não mais às "formas" sistêmicas de integração e controle de grupos sociais que antes se mostravam suficientemente íntegros e delimitados, mas priorizando um enfoque "processual" dos sistemas e das práticas jurídicas (*process of dispute settelment*).

Laura Nader e Peter Gulliver: Uma nova perspectiva para as análises jurídico-antropológicas

Nesse cenário de divergências operacionais no âmbito da Antropologia Jurídica, é compreensível a alternativa de se conferir maior ênfase aos aspectos substanciais pelos quais se desenvolvem os sistemas e as práticas jurídicas. Isto

[480] *Ibid*, p. 121.

porque ao priorizar "processos" sobre "formas", essa reperspectivação trazia a inegável vantagem de permitir que as generalizações comparativas características do projeto jurídico-antropológico se operassem em diversas sociedades sob um mesmo referencial teórico. As inconciliáveis divergências de interpretação sobre a comparabilidade ou não das formas e instituições jurídicas materiais entre sociedades com padrões socioculturais bastante diferentes perderam fôlego diante de uma análise mais preocupada com a dinâmica e a prática dos "processos sociais". A lacuna (*gap*) existente entre as formulações teóricas e ideológicas e as práticas socioculturais concretas passava, assim, a ser preenchida por um novo paradigma jurídico-antropológico mais atento aos aspectos empíricos e pragmáticos apresentados pelos diferentes sistemas e práticas sociais de resolução dos conflitos.

As profundas mudanças socioculturais, políticas, e ideológicas experimentadas nos anos 1960 e 1970, onde diversas sociedades libertas da colonização passaram a reivindicar uma identidade nacional própria, as resistências populares nos Estados Unidos contra a Guerra do Vietnã, os movimentos de reivindicação pelos direitos civis, a forte oposição às ditaduras implantadas na América Latina, os protestos feministas pelo reconhecimento da igualdade sexual fomentados pelas novas tecnologias contraceptivas que propiciaram profundas mudanças no comportamento sexual, as revoltas estudantis européias, e outros tantos movimentos sociais que eclodiram nesse período, provocaram sensíveis alterações aos cenários que se apresentavam à análise jurídico-antropológica.[481]

Talvez em vista de toda essa efervescente atividade social e política, a produção jurídico-antropológica nesse período mostrou-se relativamente escassa, com a notável exceção dos estudos da antropóloga norte-americana Laura Nader, do Departamento de Antropologia da Universidade de Berkeley, e do antropólogo britânico Peter H. Gulliver. Sobretudo a partir dos anos 1960, esses antropólogos passaram a centrar suas atenções nos processos judiciais, conferindo uma atenção especial às interações entre as partes nessa disputa de interesses.

---

[481] Para Armando Marques Guedes, "a partir sobretudo dos anos 60 e 70, os pontos de aplicação convencionais das análises empreendidas foram em consonância alterados; os antropólogos passaram a preferi levar a cabo estudos de natureza mais concreta e mais dinâmica, trabalhos eivados de menos pressupostos formais cristalizados, e muitas vezes relacionados com *processos* jurídicos (como expressão particularmente vívida da *law in action*) ou políticos; a par e passo, de resto (senão em consonância), com movimentos intelectuais do mesmo tipo que então se afirmavam no campo de estudo do Direito anglo-saxônico, nomeadamente do norte-americano, sobretudo no âmbito das escolas, entre si tão não-miscíveis e até antinômicas uma em relação à outra como as apelidadas de *Legal Process* e de *Law & Society*.", *in*, MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 119.

Compactuando com a tese de Malinowski, Laura Nader também enfatizava que o direito não podia ser analisado como uma instituição independente das demais instituições sociais e culturais. Sua proposta analítica tinha a característica de priorizar as atenções nas diferentes formas de resolução dos conflitos, bem como no próprio comportamento das partes na disputa por seus interesses. Dando continuidade à proposta metodológica de Hoebel, Laura Nader também tinha como objetivo específico de seus estudos casos concretos de disputas. Desse modo, a abordagem jurídico-antropológica passava a ser direcionada aos diversos tipos de litígios e os processos pelos quais os mesmos podiam ser resolvidos.

Em seu trabalho de campo junto aos *Zapotec*, em Oaxaca, México, iniciado nos anos 1950, Laura Nader notou que nessas comunidades ainda não havia advogados, e a posição de juiz era exercida por um ancião num prazo determinado. Esses juízes assumiam uma postura de mediadores, tentando sempre resolver os conflitos através de um acordo entre as partes. Buscava-se, sobretudo, uma solução harmônica para os conflitos. Essa experiência de Laura Nader junto aos Zapotec no México foi transmitida aos seus alunos durante os cursos que ministrou em Faculdades de Direito nos Estados Unidos, enfatizando a necessidade de analisar as maneiras como as regras eram manipuladas pelas partes envolvidas em uma determinada disputa, procurando identificar princípios estruturais que expressassem padrões de resolução de conflitos em várias sociedades.

Objetivando estimular a investigação nesse campo de pesquisa, Laura Nader promoveu duas célebres conferências (em 1964 na Califórnia, e em 1966 na Áustria),[482] propondo a discussão sobre os referenciais teóricos e metodológicos desenvolvidos pela Antropologia Jurídica até aquele momento, cujos principais resultados, posteriormente, foram compilados ou sintetizados em sua obra *"Law in culture and society*". Esse projeto, fomentado pelos movimentos de defesa dos direitos civis dos anos 1960 nos Estados Unidos, culminou na formação do movimento chamado "*Alternative Dispute Resolution*" (ADR), o qual tinha por

[482] Sobre a importância dessas duas conferências para o desenvolvimento da Antropologia Jurídica, June Starr e Jane Collier escrevem que: *"Within the subdiscipline of legal anthropology, dispute management as a cultural system was the focus of two important conferences held in 1960s and organized by Laura Nader. Before these conferences, anthropologists interests in law followed Malinowski to understand how social control was maintained through interconnectedness of social institutions, or they followed Radcliffe-Brown in studying disputes to discover the rules (i.e., 'laws'), whose supposed enforcement by third parties was credited with maintaining order in particular societies (see also Llewellyn and Hoebel 1941). The two conferences marked the replacement of a concern for rules with a concern for processes.", in,* STARR, June and COLLIER, Jane. (eds.). History and power in the study of law: new directions in legal anthropology. Cornel University Press, 1989, p. 3-4.

objetivo o desenvolvimento de formas mais acessíveis, menos onerosas e mais harmônicas de resolução dos conflitos (*harmony law models*).

Tornava-se cada vez mais evidente o interesse mútuo entre as pesquisas jurídico-antropológicas sobre as diferentes formas de resolução dos conflitos (*conflit resolution*), e os tradicionais estudos sobre processos e procedimentos judiciais (*judicial process and legal procedure*). Se antes a Antropologia Jurídica tinha seu enfoque direcionado a aspectos taxonômicos, estruturais e funcionais das normas, instituições e processos políticos de controle social, os estudos começam a centrar-se no desenvolvimento de novas tipologias construídas a partir de categorias como: acordos ou negociações, tomadas de decisão, recursos, formação das leis, alteração das leis, e execução das decisões.[483] Evidente a aproximação da perspectiva jurídico-antropológica com o campo específico do direito processual. Apesar da óbvia distinção analítica metodológica, ficava claro, todavia, que antropólogos dos direito e juristas tinham interesse sobre o mesmo material. Particularmente interessado nessa direção de estudos, Aubert, citado por Laura Nader,[484] escreve que:

> *One may also conduct a different type of comparative study, namely by comparing institutions of conflict resolutions as such. The institutions may belong to the same society, for example, in the form of a battery of methods, like courts, boards of arbitration, mediation, etc… Thus, one may discover that typically legal methods are preferred in some situations and shunned under different circumstances. One may, of course, combine the comparison of legal and other conflit-resolving methods with the comparison of societies, thus clarifying the reasons why some social systems rely more upon law than others.*

Disso decorre que se por um lado é necessário um conhecimento sobre a natureza das normas e como elas definem o conflito, numa abordagem especificamente jurídica, também é importante considerar como essas normas são utilizadas na prática dos processos de resolução dos conflitos, e, principalmente, sem deixar de considerar o direito num contexto sociocultural. Em seu trabalho etnográfico junto aos Arusha da antiga colônia britânica do Tanganyca, na África oriental, publicados em 1963 sob o título “Social control in na African society”, de 1963, muito embora Peter H. Gulliver ainda se detivesse sobre temas que podem

---

[483] NADER, Laura. Law in culture and society. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1997, p. 6.
[484] *Ibid*, p. 6.

ser considerados tradicionais da antropologia jurídica (tais como “sistemas judiciais”, “lei” e “instituições legais”), o enfoque analítico mostrou-se, contudo, bastante inovador. Com a concepção da idéia de uma “justiça normativa”, passou-se a priorizar as estratégias dos litigantes na defesa dos seus interesses e as relações de poder envolvidas nas disputas processuais em situações concretas, relegando a um segundo plano os aspectos meramente formais das instituições jurídicas.

Sob uma clara influência dos *“Case Methody Studies”* de Hoebel e Loewellin, na passagem abaixo Gulliver[485] sintetiza o que entende ser o objeto específico da análise jurídico-antropológica:

> *I believe than I express more than a personal view in asserting that the prime concern in the general field of anthropology of law is the study of processes, and in the particular the processes dispute settlement. This is not exhaustive of our interests, but it seems to be at least the most useful and productive focus. Here the fundamental unit of study in the case, the empirical dispute, and its mode of treatment. The thorough examination of detailed case material is likely to be the most rewarding procedure, as it has already been in the best literature. But, of course, it must be an examination within the full socio-cultural context of the dispute cases.*

Partindo dessa perspectiva normativa da justiça, Peter H. Gulliver observou em campo junto aos Arusha que os conflitos não eram resolvidos através da submissão das causas aos tribunais locais (*Native Courts*), mas mediante um “sistema informal” ou “não-oficial” de resolução dessas disputas. Na verdade, os conflitos eram resolvidos por representantes de diferentes linhagens entre os Arusha que, reunidos em assembléias, negociavam e barganhavam os seus interesses. E um dos aspectos que mais chamou a atenção de Gulliver é que os vencedores nessas negociações eram, invariavelmente, as partes que possuíam um maior poder político naquela sociedade. Como bem observou mais uma vez Sally Falk-Moore:[486]

> *The discourse involved in these negotiations refferred to norms, but he contended that norms did not determine the outcome. He contrasted this negotiation process with judicial decisions, in which he assumed that the outcome was normatively determined. Thus he was still assuming not only that a normative system existed, but that it was systematically enforced in formal tribunals.*

Apesar das constantes referências às normas nesses julgamentos, a ênfase de Gulliver é direcionada à análise empírica e casuística sobre como as leis são

[485] GULLIVER, Peter H. Introduction, *in* Laura Nader (ed.), 1997, p. 13.
[486] MOORE, Sally Falk. Law and Anthropology: a reader. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2009, p. 352.

utilizadas na prática, de que forma, e sob quais circunstâncias elas são modificadas ou ignoradas pelas partes envolvidas na disputa. O comportamento das partes no processo passa a ser crucial para a análise jurídico-antropológica, cujo enfoque alcançaria resultados mais realísticos a partir de *"procedures of presentetion of cases, cross-examination, evaluation of evidence, specification of relevant standarts and their particular application, and the relation of all these factors to the settlement of disputes"*.[487]

Uma adequada análise do processo passaria ainda pela percepção de uma hierarquia normativa que poderia ser notada no âmbito dos processos de resolução dos conflitos. Isto porque na análise empírica dos casos seria possível identificar como determinadas regras consideradas "superiores" precedem e subsumem outras regras consideradas "inferiores" dentro do sistema. Para Gulliver, essa operacionalidade simbólica e valorativa das regras nos processos consiste também em um importante referencial metodológico, considerando que as mesmas encontram-se inter-relacionadas e interdependentes. Desse modo, além do redirecionamento do enfoque jurídico-antropológico das formas e estruturas para os processos de resolução dos conflitos, passava-se a enfatizar também aspectos ligados ao comportamento e estratégias adotadas pelas partes durante a disputa, procurando identificar a existência de sistemas normativos.

O cenário analítico havia, assim, se modificado substancialmente a partir dessas novas perspectivas jurídico-antropológicas trazidas por Peter H. Gulliver. A partir de uma abordagem crítica, os litígios passaram a ser analisados sob um viés normativo considerando os interesses das partes litigantes e as ações adotadas pelas mesmas para alcançarem seus respectivos objetivos. O que importava agora à pesquisa jurídico-antropológica eram os sistemas de "*negotiated settelments*" informais constatados na práxis das disputas processuais, favorecendo o desenvolvimento de uma consciência crítica que demonstrava que o mais forte e o mais poderoso podia defender seus interesses de forma mais efetiva do que a parte mais fraca.

Esse redirecionamento na perspectivação jurídico-antropológica introduzida por Peter H. Gulliver teve grande repercussão acadêmica[488] e, devido ao seu

[487] GULLIVER, Peter H. Introduction, *in* Laura Nader (ed.), 1997, p. 19.

[488] Interessante notar que, não obstante a importância conferida à obra de Peter H. Gulliver no desenvolvimento da Antropologia Jurídica, em rápidas pesquisas realizadas na tentativa de obter alguns aspectos mais específicos de sua teoria a partir de seus próprios escritos, e sendo certo que não há publicações desse autor traduzidas para o

normativismo crítico, favoreceu inclusive algumas ressonâncias políticas às novas investigações realizadas nos domínios da antropologia jurídica. Como conclui Armando Marques Guedes a respeito das alterações correlativas na perspectiva de Peter H. Gulliver, "na *Jurisprudence* como na Antropologia Jurídica nada voltaria a ser o mesmo".[489]

Simon Robers e John Comaroff: A sistematização paradigmática a partir das análises normativa e processual

Com essas alterações analíticas introduzidas por Laura Nader e Peter H. Gulliver, em poucos anos os rumos da Antropologia Jurídica passaram a ser fortemente direcionados para o estudo comparativo das várias formas processuais de resolução de conflitos. As antigas preocupações jurídico-antropológicas relacionadas à variabilidade e comparabilidade dos conceitos jurídicos materiais e normativos como "lei", "normas", "obrigação", "contrato", "dívida" em diferentes sociedades e culturas (*rule-centered paradigm*), passaram a ser substituídos por uma análise mais voltada às formas processuais como instrumento de manutenção da ordem social, e ao papel ativo e empírico das partes na disputa pelos seus próprios interesses (*processual paradigms*).[490]

Bastante representativos desse período de renovação são os trabalhos dos antropólogos ingleses Simon Roberts e John L. Comaroff. As análises comparativas das múltiplas formas processuais passaram a ser vistos também não apenas a partir de sociedades e culturas diferentes, mas também numa perspectiva interna, onde

---

português, não foi possível encontrar um apontamento sequer sobre suas investigações jurídico-antropológicas também em sítios de busca informatizada.

[489] MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 123.

[490] John Comaroff e Simon Roberts elaboraram uma sistematização dos distintos enfoques teóricos e metodológicos realizados nas investigações jurídico-antropológicas a partir de dois grandes paradigmas: o "*rule-centered paradigm*", voltado ao conhecimento das normas em sociedades não-ocidentais, e o "*processual paradigms*", direcionado aos processos sociais e jurídicos. A tradução literal de "*rule-centered paradigm*" seria "paradigma centrado na lei", mas considerando que Comaroff e Roberts utilizam as expressões "*rules*" e "*norms*" como sinônimas ao longo do texto, conforme muito bem observado por María Teresa Sierra e Victoria Chenaut, em notável artigo publicado na obra "Antropologia jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho" optou-se por utilizar aqui a denominação "paradigma normativo" para traduzir aquela expressão. Cf. KROTZ, Esteban. (ed.) Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. México: Anthropos Editorial, 2002, p. 113.

diferentes sistemas e mecanismos de resolução de conflitos coexistem num único espaço de interação social.

Na obra *"The cultural logic of dispute in an African context"*, publicada em 1981, resultado de um trabalho etnográfico realizado junto aos Tswana da África austral, John L. Comaroff, do Departamento de Antropologia da Universidade de Chicago, e Simon Roberts, do Departamento de Direito da *"London School of Economics and Political Science"*, demonstraram que várias formas processuais de resolução de conflitos podem existir em um mesmo sistema. Além disso, as regras processuais e as relações sociais entre as partes em conflito eram frequentemente misturadas durante os julgamentos, e os casos citados pelos antropólogos apontavam que os Tswana aproveitavam a oportunidade gerada pelo conflito para usar as "*arenas of litigation to renegotiate personal standing, to obtain recognition of social relations of litigants that were being contested"*.[491]

Havia, assim, um verdadeiro "dualismo normativo" nos processos judiciais dos Tswana, onde parte dos conflitos era resolvida através da invocação de normas legais, e outros através de confrontos revestidos de motivações e argumentos políticos. Duas ordens normativas coexistiam em um único contexto de interação, e que sistematicamente operacionalizados, transformavam-se em uma lógica singular. Para os Tswana, segundo constataram Comaroff e Roberts, tanto as partes litigantes como os próprios juízes viam as regras legais como meros instrumentos colocados às suas disposições para alcançar seus respectivos objetivos. Dessa maneira, as regras legais poderiam perfeitamente ser "ajustadas" ou "adequadas" em conformidade ao que se mostrava mais "útil" para alcançar os interesses individuais envolvidos nas disputas.

Nesse contexto, percebe-se que as propostas teóricas trazidas por Comaroff e Roberts irromperam para novas perspectivas analíticas no estudo das disputas processuais. Partindo do pressuposto de que as relações das partes litigantes em um processo assumem forma e significado através de um processo dialético entre uma estrutura sociocultural e a experiência individual, reveladas através de relações multifacetadas entre cultura e ideologia, sistema e prática, poder e convencimento, Comaroff e Roberts realizaram um trabalho jurídico-antropológico com as características do "paradigma processual", que, segundo esses autores, teria

[491] COMAROFF, John L. and ROBERTS, Simon. Rules and processes: the cultural logic of dispute in an African context, 1986, p. 115.

começado a se consolidar a partir de 1950. Ao invés de conceber os litígios como desvios da ordem social, como proposto pelo "paradigma normativo", cujas origens remontariam a Henry Maine, o enfoque metodológico deveria ser direcionado nesses processos de disputa, analisando principalmente as ações e relações desenvolvidas pelos litigantes nesse contexto.

Em síntese, o enfoque do paradigma processual (*processual paradigm*) parte do pressuposto de que os conflitos individuais ou coletivos constituem parte integrante e inevitável da vida social, e não podem ser consideradas como desvios ou patologias sociais como proposto pelo paradigma normativo (*rule-centered paradigm*). Conforme esclarecem Comaroff e Roberts:[492]

> *At it most fundamental, the rule-centered paradigm is grounded in a conception of social life as rule-governed and of normal behavior as the product of compliance with established normative precepts. Consequently, dispute acquires a pathological character; it signals of deviance, a malfunction, that control institutions of a society are essentially designed to put right. Associated with this view of order is the contingent assumption, which goes a long way back in political theory, that societies is not cohere effectively in the absence of the centralized authorities, which formulate rules and ensure conformity with them. The opposed standpoint, of course, envisages man as a self-seeking being, whose willing cooperation with his fellows is an expression of enlightened self-interest. Where rules cannot be utilized to achieve such interest, they are disregarded as far as possible, the implication being that individual enterprise is constrained primarily by the actions of the others who are located within shared networks of relations and reciprocities. The analytical corollary of this is to seek the dynamics of order in the social process itself and to focus less on institutions than on the interactions of living men in everyday contexts. It follows, too, that the processual paradigm envisions dispute as normal and inevitable rather than pathological or dysfunctional.*

Dessa maneira, a abordagem analítica passa a ser dirigida não mais às normas e instituições de controle social e resolução dos conflitos, mas principalmente aos próprios litigantes no âmbito da relação processual. O centro das atenções passa a ser o próprio conflito e o processo pelo qual as partes desenvolvem suas argumentações, estabelecem negociações, e adotam as mais variadas estratégias para que, ao final, seu interesse seja alcançado.

É inegável o caráter paradigmático da metodologia proposta por Comaroff e Roberts. Tanto que esses próprios autores, na introdução de *"Rules and processes"*, esclarecem que além do trabalho etnográfico voltado ao estudo e compreensão da lógica nas disputas processuais entre os Tswana e como elas são percebidas e

[492] *Ibid*, p. 5.

representadas na ordem sociocultural em que ocorrem, a obra também tem a finalidade de estabelecer novos paradigmas teóricos para o desenvolvimento da antropologia jurídica:[493]

> *More generally, it speaks to the fundamental question of relationship between the constitution of sociocultural systems and the nature of everyday life, of which dispute is merely a part. Our analysis leads us to conclude, paradoxically, that, while the area usually labeled "legal anthropology" may yield insights of the greatest theoretical importance to the discipline at large, it is doubtful whether it should exist at all a generic field of study.*

Nesse âmbito de análise, tem-se que com a abordagem metodológica proposta por Comaroff e Roberts, voltada a uma sistematização elaborada a partir da relação entre normas e processos, o enfoque jurídico-antropológico passa a objetivar os aspectos dinâmicos e contextualizados da relação processual. As ações dos atores sociais envolvidos na disputa são analisadas em consonância aos seus respectivos interesses e diferentes posições sociais e políticas. Desse modo, trata-se de considerar que as estratégias adotadas pelas partes litigantes estão imbricadas e condicionadas pelas posições que estas ocupam em uma estrutura sociocultural, de modo que a linguagem pela qual os argumentos são expostos é inerente à singularidade de suas ideologias, valores e normas.

No entanto, e apesar da operacionalidade trazida por essa sistematização metodológica, novos enfoques analíticos passaram a questionar a pertinência dos paradigmas normativo e processual à medida que conferiam uma maior ênfase a aspectos históricos e políticos. Os processos de resolução dos conflitos passaram, então, a ser considerados sob uma perspectiva crítica pautada principalmente na análise das relações de poder vigentes nas sociedades ao longo das suas trajetórias históricas.

História e poder nas sociedades complexas: a necessária reconfiguração disciplinar

Apesar do inegável caráter inovador e fértil das propostas metodológicas que centravam suas atenções aos processos de resolução de conflitos (*process of*

[493] *Ibid*, p. 3.

dispute settelment), alguns antropólogos passaram a se interessar mais em demonstrar como as relações de poder, dominação e resistência, assim como a própria experiência histórica, influenciam nos processos jurídicos e na própria interpretação da lei. Por essa nova perspectiva, se procurava compreender de que forma as complexas relações de poder na sociedade eram capazes de manter ou alterar determinada ordem normativa, conferindo legitimidade a determinados modelos e práticas socioculturais de resolução dos conflitos em detrimento de outros. As mudanças nos costumes e processos jurídicos passava a ser considerada a partir de uma contextualização histórica de larga duração.

Numa verdadeira reconfiguração paradigmática, alguns trabalhos jurídico-antropológicos produzidos a partir de 1980 abandonaram as perspectivas estruturais-funcionalistas e passaram a analisar as diversas formas de controle social a partir de uma revisão sistemática de documentos históricos com o objetivo de delimitar as relações entre poder e direito. Num resgate ao viés marxista, buscava-se analisar através desses estudos históricos, como as mudanças econômicas, sociais e políticas exercem influência direta no direito e nas práticas jurídicas. O caráter eminentemente crítico desse novo paradigma da antropologia jurídica que começava a se consolidar também incorporou em seu referencial teórico e metodológico perspectivas analíticas até então relacionadas a outros campos de estudo, como é o caso das teorias de autores como Michel Foucault, Pierre Bourdieu, Antonio Gramsci dentre outros.

As principais premissas e postulados dessa nova perspectivação paradigmática dos estudos antropológicos sobre o direito e as práticas jurídicas foram reunidas, sistematizadas e organizadas por June Starr e Jane Collier na obra *"History and power in the study of law: new directions in legal anthropology"*, publicada originalmente em 1989. Além de textos produzidos pelas próprias organizadoras, o livro também conta com a contribuição de autores como Vilhelm Aubert, Carol J. Greenhouse, Laura Nader, Sally Falk Moore, Lawrence Rosen, Francis G. Snyder, e representam a síntese das principais reflexões desenvolvidas por ocasião da conferência chamada *"Etno-historical Models and the Evolution of Law"*, realizada em agosto de 1985 nas cidades de Milão e Bellagio, na Itália. O objetivo principal da conferência era comparar casos de estudo sobre mudanças legais ocorridas em sociedades particulares com base em um conjunto de

informações e documentos históricos e, a partir da sistematização dos resultados dessas pesquisas, estabelecer novos rumos à antropologia jurídica.

No entanto, não obstante a proposta inicial ser direcionada à concepção de novas formulações paradigmáticas, os questionamentos sobre a viabilidade e adequação da autonomia subdisciplinar da antropologia jurídica expressavam um período de crise. Mostra clara disso é que logo no início da introdução de *"History and power in the study of law: new directions in legal anthropology"*, June Starr e Jane Collier questionam se os antropólogos sociais deveriam continuar tentando isolar o "jurídico" (*legal*) como um campo específico de estudos. Esse questionamento devia-se principalmente ao fato de que, na busca por explicações sobre as causas das mudanças legais, a maioria dos antropólogos que contribuíram na elaboração da referida obra transpuseram os limites subdisciplinares entre a antropologia jurídica e outras subdisciplinas da antropologia social. Além disso, ao analisarem as relações assimétricas de poder numa perspectiva histórica, as conclusões obtidas mostraram-se bastante diferentes daquelas reveladas através das tradicionais perspectivas sincrônicas inerentes ao estrutural-funcionalismo.

Direcionando o enfoque analítico para as relações de poder nos grupos sociais para a compreensão do curso das mudanças legais bem como da persistência de certas idéias e processos ao longo da história, esse novo paradigma tinha por escopo não investigar como as sociedades buscavam a resolução dos conflitos, mas sim em identificar como alguns indivíduos e grupos situados local e historicamente têm utilizado recursos legais para obter seus objetivos.[494] Efetivamente, a proposta desses antropólogos era a de promover uma radical modificação do campo da antropologia jurídica mediante o desenvolvimento de um processo de revitalização. Contudo, esse processo suscitava importantíssimos questionamentos epistemológicos, porque à medida que as novas configurações jurídico-antropológicas direcionavam seu foco a sistemas normativos ou processos de resolução dos conflitos, sempre analisados em atenção a um contexto geral e interdependente das relações socioculturais, a delimitação do "jurídico" enquanto objeto específico de estudo da antropologia jurídica acabava sendo sensivelmente ofuscada.

---

[494] STARR, J. and COLLIER, J. (eds.). History and power in the study of law: new directions in legal anthropology. Cornel University Press, 1989, p. 2.

Para se ter idéia das conseqüências dessa crise metodológica provocada pela ruptura das fronteiras subdisciplinares da antropologia jurídica com a pretensão de alargamento de seus domínios, muitos antropólogos, como Comaroff, Roberts, Snyder, Chanock e Francis, chegaram ao extremo de predizer sua morte.[495] Comaroff e Roberts, por exemplo, colocaram em dúvida "*the value of distinguishing 'the legal' as a discrete field of inquiry*".[496] Acompanhando esse pensamento, Snyder também sustentava que o campo da antropologia jurídica é muito estreito e que seria um verdadeiro mito conceber que seu objetivo seria a busca por "*ahistorical and cross-culturally valid features of law, or alternativelly, as the reduction of historically and culturally specific normative forms to ethnographic descriptions of individual behavior*".[497] Dessa maneira, a recomendação feita por esses críticos aos antropólogos interessados nos problemas jurídicos seria a de promoverem um redirecionamento de suas pesquisas para o estudo dos sistemas totais, mediante uma análise das condições históricas e econômica de desenvolvimento dos processos sociais.

Mas esses questionamentos sobre a legitimidade da autonomia subdisciplinar da antropologia jurídica também recaíram sobre outras subdisciplinas da antropologia, como é o caso da antropologia econômica, ou da antropologia da religião devido à demasiada limitação e isolamento de seus respectivos campos analíticos em relação à teoria geral da antropologia social. De um modo geral, os subcampos disciplinares passaram a ser fortemente criticados nos anos 1980 por antropólogos sociais que advogavam uma reintegração desses estudos a um campo mais amplo, onde fosse possível uma inter-relação desses objetos específicos à complexidade dos contextos social, político e histórico das sociedades contemporâneas. Isto se devia em parte ao fato de que, à medida em que o enfoque jurídico-antropológico se voltada ao estudo das sociedades complexas, marcadas

---

[495] A respeito dessa crise metodológica experimentada pela Antropologia Jurídica, Armando Marques Guedes escreve que: "As conseqüências foram sérias. Para além da especificidade de alguns dos pontos de aplicação e de algumas das estratégias analíticas usadas, doravante pouco lograva permitir distinguir a Antropologia Jurídica da Política, ou ambas de quaisquer outros domínios da investigação antropológica geral. Com a contextualização 'política', cultural e processual do objecto de estudo aliada a uma continuada ausência de definições de fundo, eram as próprias barreiras disciplinares que se pareciam esboroar e soçobrar. As fronteiras tornavam-se permeáveis. Respirou-se um período doloroso de incertezas, não só nestes mas também noutros domínios da Antropologia.", *in* MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 129.

[496] *Apud* STARR, J. and COLLIER, J. (eds.). History and power in the study of law: new directions in legal anthropology. Cornel University Press, 1989, p. 2.

[497] *Ibid*, p. 2.

pela expansão do capitalismo e da civilização ocidental, o referencial metodológico angariado pela antropologia jurídica ao longo do seu percurso histórico começou a se mostrar muito limitado para compreender e explicar satisfatoriamente sociedades em constantes mudanças e caracterizadas por relações assimétricas de poder.

De um modo geral, havia a consciência de que era necessário, senão a pura e simples dissolução da antropologia jurídica, pelo menos a total reconfiguração de seus postulados teóricos e analíticos. E nesse projeto, muitos novos temas passaram a ser levantados, ampliando consideravelmente os horizontes de investigação sobre o direito em sua relação com a economia, a sociedade e a política. Muito embora os enfoques analíticos se mostrassem díspares, havia, no entanto, uma convicção que era compartilhada por praticamente todos os antropólogos participantes desse projeto de reformulação: a de que não há uma neutralidade[498] inerente à lei, de modo que esta não se revela como expressão legítima de um "direito natural", mas sim como mero resultado de uma construção humana que se mostra vantajosa aos interesses de alguns à custa dos interesses de outros. Nessa perspectiva, as normas jurídicas e os processos devem ser tratados como "*formulations that have been discussed, argued over, and arrived at through negotiated settlements among conscious agents*".[499]

Através dessas novas formulações, voltadas a uma maior abrangência da abordagem jurídico-antropológica, partia-se do pressuposto de que a antropologia jurídica não podia mais ser considerada como um campo subdisciplinar separado da antropologia social, mas como uma construção teórica inserida nesse campo disciplinar. Essa mudança na perspectiva epistemológica propiciaria, segundo a maior parte dos antropólogos colaboradores de *"History and power in the study of law"*, um notável enriquecimento nas abordagens antropológicas sobre a lei e as práticas jurídicas à medida que favoreceria uma aproximação teórica com a filosofia, sociologia, política, e, de um modo geral, ao denominado "*Critical Legal Studies Movement*". Mas ao contrário do que propuseram Roberts, Snyder, dentre outros, não havia a necessidade de se abdicar por completo do discurso subdisciplinar da

[498] Considerando que as ordens legais revelam e comportam relações assimétricas de poder, não haveria como conceber, segundo June Starr e Jane Collier, uma neutralidade normativa. Assim, os sistemas legais *"does not provide an impartial arena in wich contestants from all strata of society may meet to resolve differences. For example, conflicts between factions of a ruling class may shape the possibilities open to subordinated groups"*, in, STARR, J. and COLLIER, J. (eds.). History and power in the study of law: new directions in legal anthropology. Cornel University Press, 1989, p. 7.

[499] *Ibid*, p. 3.

antropologia jurídica através de sua dissolução ou total abandono, uma vez que, como designadamente sustentaram June Starr e Jane Collier, *"there is still much to discover from subdisciplinary discourse as we reach better understandings of how all legal process are embedded in social relations"*.[500]

Não obstante, e conforme já antecipado em parte, é certo que muito embora houvesse nítida convergência de posições sobre a importância de se investigar os sistemas legais através de uma contextualização histórica capaz de revelar relações assimétricas de poder,[501] o enfoque analítico-conceitual se mostrava, contudo, bastante diferente. Alguns autores como Vilhelm Aubert, Anton Blok, George Collier, e June Nash, optaram por direcionar o foco de suas análises sobre as ordens legais e as assimetrias nas relações de poder a partir do antagonismo entre as classes econômicas emergentes nas sociedades capitalistas. Outros, como Bernard S. Cohn, que analisou o desenvolvimento das leis britânicas na Índia, e Samir Amir Arjomand, que investigou a criação de uma teocracia islâmica no Iran, adotaram uma perspectiva que conferia maior ênfase nas relações entre grupos étnicos, nacionais, e religiosos. E havia ainda aqueles que, na linha proposta por Sally Falk Moore e Laura Nader, analisaram as relações de poder e subordinação, especificamente, entre grupos colonizadores e colonizados com o objetivo de demonstrar a relativização dos conceitos de "tradição" e "direito costumeiro" como mecanismos de legitimação social e política da dominação de um grupo sobre o outro. Assim como tantos outros enfoques analíticos cujos detalhes, considerando os objetivos deste trabalho, não vale a pena pormenorizar. Mas esse, no entanto, não é o caso dos estudos jurídico-antropológicos que dedicaram uma reflexão ao chamado "pluralismo jurídico", e que devido à importância desse tema, merece uma atenção um pouco mais minuciosa.

O pluralismo jurídico

[500] *Ibid*, p. 6.

[501] Segundo María Teresa Sierra e Victoria Chenaut, essas novas perspectivas dos estudos jurídico-antropológicos se encontram permeados por dois postulados fundamentais: *"a) una crítica a las visiones armonicistas prevalecientes en el estudio de lo jurídico, y en particular en las invetigaciones sobre el derecho en las sociedades llamadas tradicionales, generalmente com un pasado colonial; b) una perspectiva dinâmica de proceso inserta en marcos temporales de corta y larga duración, de micro y macro procesos, ha sido clave para entender como las normas son de acuerdo a determinadas circunstancias y contextos de poder y dominación. Esta perspectiva resulta también central para mostrar la historicidad de los sistemas normativos, su transformación y recreación continua.",in,* KROTZ, Esteban. (ed.) Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. México: Anthropos Editorial, 2002, p. 139.

Apesar de indiretamente já estar presente há algum tempo em algumas pesquisas realizadas no âmbito da antropologia jurídica, o estudo específico sobre as articulações e implicações da pluralidade de ordens jurídicas existentes de fato em algumas sociedades só veio a ser desenvolvido enquanto uma verdadeira corrente do pensamento jurídico-antropológico a partir das décadas de 1970 e 1980, principalmente no estudo do direito em situações coloniais e pós-coloniais. Nesse contexto, a denominação "pluralismo jurídico" refere-se, inicialmente, à incorporação ou reconhecimento de normas de direito consuetudinário e outras instituições legais não reconhecidas oficialmente, assim como à coexistência de normas e tradições indígenas paralelamente ao direito estatal. Analisando sob um aspecto crítico a concepção ideológica herdada do pensamento liberal e das revoluções burguesas onde o Estado figura como a única fonte legítima de produção normativa (*legal centralism*), alguns antropólogos passaram a se interessar pela compreensão da coexistência e interação de diferentes ordens jurídicas ou normativas dentro de um mesmo campo social.

Nesse contexto, a expressão "pluralismo jurídico" (*legal pluralism*) refere-se, primeiramente, à incorporação ou reconhecimento de que em um determinado campo social, os comportamentos são orientados e determinados por mais de uma ordem jurídica ou normativa. Através do pluralismo jurídico são desenvolvidos questionamentos sobre a tradicional concepção centralizadora do direito, na qual a ordem jurídica é identificada única e exclusivamente ao Estado e suas instituições de controle social, como leis escritas, juízes e tribunais. Busca-se, portanto, uma definição do direito não a partir das normas jurídicas produzidas pelo Estado, mas através de uma normatividade que efetivamente regule os comportamentos sociais em um campo de interação social.

Mas já no fim dos anos 1980, o pluralismo jurídico começou a ocupar um lugar de destaque não somente nos meios acadêmicos ligados à antropologia, passando a ocupar uma posição central nos debates sócio-jurídicos (socio-legal studies), sendo considerado por Sally Engle Merry *"a central them in the re-conceptualisation of the law/society relation"*, e, numa perspectiva pós-moderna de Boaventura de Sousa Santos, como um verdadeiro *"key concept in a post-modern*

view of law".[502] Com efeito, no final do século XX, os vários modos de manifestação do que tem sido chamado de "globalização",[503] acabaram conferindo um novo significado e uma maior relevância prática ao pluralismo jurídico.

Desde então o conceito de pluralismo jurídico alcançou uma relativa popularidade nos meios acadêmicos, tendo se feito presente em estudos de direito comparado, ciência política, direito internacional, e mesmo na filosofia do direito. Contudo, Brian Tamanaha lembra que, apesar do relativo sucesso, a noção de pluralismo jurídico vem sendo marcada por profundos questionamentos acerca do seu exato significado e abrangência. E um fato que tem contribuído para esses desacordos entre os estudiosos do tema é que o conceito de pluralismo jurídico assume significados e orientações bastante diferentes entre as disciplinas que lhe são correlatas. Para um estudioso do direito internacional o pluralismo jurídico possuirá um significado bem diferente daquele que lhe atribuirá um antropólogo do direito. Assim, a noção de pluralismo jurídico assumirá matizes diferentes dependendo da proposta e do interesse da pessoa em relação ao seu objeto de estudo, podendo sofrer variações através do seu emprego numa abordagem voltada ao pós-modernismo, à autopoiese, aos direitos humanos, movimento feminista, comércio internacional etc. E nessa perspectiva, é natural a ocorrência de desacordos acerca da sua exata noção e abrangência conceitual.

De qualquer modo, um dos pontos centrais para que esses desacordos sobre o significado de pluralismo jurídico ocorram consiste exatamente na extensão da definição do que se atribui ao "jurídico" (*law*). Tem-se, portanto, que um dos primeiros problemas com o qual o estudioso do pluralismo jurídico se depara é estabelecer quais os critérios de distinção entre o que deve ser considerado como "jurídico" e o que não deve ser considerado. O problema, como se vê, é dos mais

---

[502] *Apud* TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global, p. *in* http://www.law.usyd.edu.au/slr/slr30_3/Tamanaha.pdf.

[503] Conforme observa Briam Z Tamanaha, *"globalisation refers to a cluster of characteristics that reflect an increasingly interconnected world: the migration of people across national borders; the creation of global networks of communication (mass media and the internet), global transportation systems, and global financial markets; the building of global or transnational political organisations or regulatory regimes (European Union ('EU'), World Trade Organization ('WTO'), North American Free Trade Agreement ('NAFTA'), Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN')); the consolidation of a global commercial system comprised of transnational corporations with production and sales networks that span countries around the world; the presence of non-governmental organisations that carry on activities around the world; the infliction of global or transnational environmental damage (damage to the ozone, global warming, Chernobyl nuclear fallout, depletion of fish stocks, acid rain and chemical pollution of rivers that cross several countries, etc), and terrorism with a global reach."*, TAMANAHA, Brian Z., Understanding legal pluralism: past to present, local to global, p. 12.

sérios e de difícil composição, considerando que a definição do que é ou deve ser compreendido pelo fenômeno jurídico nunca foi resolvido e ainda hoje serve de objeto de inúmeras controvérsias entre teóricos do direito e das ciências sociais.

Os cientistas sociais interessados na problemática definição do alcance do conceito do pluralismo jurídico costumam partir suas construções teóricas a partir do pressuposto de que o direito, ou o fenômeno jurídico, não é limitado e circunscrito apenas às instituições legais do Estado. E nessa busca pela definição do que deve ser considerado como "jurídico" dentro dessa proposta voltada à identificação do pluralismo normativo, Brian Tamanaha classifica essas teorias em duas categorias básicas. A primeira delas, que tem como paradigma as teorias de Bronislaw Malinowski, procura identificar o "jurídico" em termos de manutenção de uma ordem social. Desse modo, todas as instituições e regras cuja função é a promover ou assegurar a manutenção da ordem em uma determinada sociedade devem ser consideradas jurídicas. Nesse sentido, todas as sociedades possuiriam leis. A crítica que se faz a essa proposta analítica é que, segundo Sally Falk Moore, *"the conception of law that Malinowski propounded was so broad that it was virtually indistinguishable from the study of obligatory aspect of all social relationships"*.[504]

Uma segunda categoria básica é formulada a partir dos trabalhos de Max Weber e Adamson Hoeble, onde o problema da definição do "jurídico" (*law*) é tratado em termos de institucionalização pública das normas reguladoras de condutas. Mas, dentro da linha proposta por essa categoria, a proposta mais utilizada tem sido aquela trazida na teoria do filósofo do direito Hebert Hart, na qual a definição do "jurídico" é trabalhada em termos de combinação entre normas primárias e secundárias, onde aquelas são compreendidas como um conjunto de normas reguladoras de conduta (objetivas), e estas como normas direcionadas a estabelecer critérios de validade, criação, e aplicação das normas de conduta (adjetivas). Mas esta proposta, segundo Tamanaha, possui dois problemas básicos. O primeiro deles é que muitas instituições sociais produzem normas, e não há uma maneira incontroversa de se estabelecer o que é considerado como "público" e o que não é, o que poderia levar a muitas normas produzidas nas mais variadas instituições serem consideradas como "lei". Em segundo lugar, muitas sociedades, ao menos historicamente, não necessitavam de normas de conduta institucionalizadas, de modo que, nesta perspectiva, algumas sociedades não possuiriam "lei" – como o

[504] *Ibid*, p. 18.

próprio Hart sustentou sobre as sociedades primitivas – o que se mostra inaceitável para os teóricos adeptos à linha iniciada por Malinowski e segundo a qual todas as sociedades possuem "lei".

Portanto, para o pluralismo jurídico o problema da definição sobre o que deve ser compreendido por "lei" continua sem solução satisfatória. Ou, como observa Brian Tamanaha:[505]

> *Thus legal pluralists cannot agree on the fundamental issue: 'What is law?' This issue, is should be noted, has never been resolved in legal philosophy, and there are compelling reasons to think that it is incapable of resolution, so legal pluralists cannot be blamed for this failure. Nonetheless, having this unresolved issue at its very core places the notion of legal pluralism on a tenuous footing. The problem is not just that there is a plurality of legal pluralisms because accounts of legal pluralism adopt different definitions of law; a further difficulty is that the definitions adopted in legal pluralist studies almost uniformly suffer from the same problem Malinowski did — they are unable to distinguish 'law' from other forms of normative order.*

Mas, no entanto, o próprio Brian Tamanaha esclarece que o artigo *"What is legal pluralism?"*, escrito por John Griffiths, e publicado no *"24 Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law"* , em 1986, lançou novas luzes sobre o problema da definição do que deve ser considerado "lei", cujas propostas vêm sendo utilizadas pela maioria dos antropólogos e sociólogos interessados no pluralismo jurídico. Depois de criticar as propostas teóricas formuladas até então na tentativa de trazer alguma solução para a celeuma, Griffiths sustentou que o conceito de "campo social semi-autônomo" introduzido por Sally Falk Moore, onde os sistemas sociais possuem a capacidade de produzir suas próprias regras não obstante a vulnerabilidade a outras forças normativas provenientes do todo social em que se encontram imersos, é efetivamente a melhor forma de identificar e delimitar o que deve ser considerado "lei" na perspectiva do pluralismo jurídico.

A proposta analítica de Sally Falk Moore parece buscar a solução não a partir da concepção e definição do que deve ser entendido como "lei" ou "jurídico" (law), como fizeram Erlich e Pospisil, e também não através da elaboração de um modelo adequado de estrutura social, na linha proposta por Smith, mas sim pela delimitação de um campo social de observação para o estudo da lei e das transformações sociais nas sociedades complexas. A proposta de Sally Falk Moore[506] é definir um

---

[505] *Ibid*, p. 18.

[506] MOORE, Sally Falk. Law as process: an anthropological approach. Piscataway, NJ: Transactions Publishers, 2000, p. 55-56.

pequeno campo observável para um antropólogo (*"a small field observable to an anthropologist"*), e estudar isso:

> *in terms of its semi-autonomy – the fact It can generate rules and customs and symbols internally, but that it is also vulnerable to rules and decisions and other forces emanating from the larger world which it is surrounded. The semi-autonomous social fields has rule-making capacities, and the means to induce or coerce compliance; but it is simultaneously set in a larger social matrix wich can, and does, affect and invate it, sometimes at invitation of persons inside it, sometimes at its own instance. The analytic problem of fields of autonomy exists in tribal society, but it is an even more central analytic issue in the social anthropology of complex societies. All the nation-states of the world, new and old, are complex societies in that sense. The analytic problem is obiquitous.*

Trata-se, portanto, da identificação de um espaço social onde uma ordem normativa dominante penetra em uma ordem normativa subordinada, sem que, contudo, consiga regular com exclusividade as relações sociais ali existentes pelo fato de persistirem espaços de resistência e composição nesse campo social de semi-autonomia. Há uma sobreposição normativa na qual é possível identificar uma dinâmica relacional entre o direito estatal e a produção de outras ordens normativas próprias de determinados campos sociais. Utilizando esse conceito, Sally Falk Moore documentou processos de mudança em campos sociais considerados semi-autônomos, como é o caso do seu trabalho de campo junto à Tanzânia, mostrando como as políticas coloniais tentaram transformar as formas e instituições de governos locais e impor novas leis e autoridades, sem que, contudo, obtivessem os resultados esperados, gerando apenas uma justaposição normativa através de uma espécie de adequação das práticas tradicionais.

Efetivamente, nessa perspectiva há muitos campos sociais produtores de normatividade, assim como muitas ordens legais na sociedade, incluindo a família, as corporações, fábricas, ligas esportivas e, efetivamente, em qualquer espaço social onde haja alguma forma de regulação social. Em outro importante artigo sobre pluralismo jurídico publicado em 1983, Mark Galanter[507] afirmou que *"by indigenous law I refer not to some diffuse folk consciousness, but to concrete patterns of social ordering to be found in a variety of institutional settings — in universities, sports leagues, housing developments, hospitals"*. Mas, segundo Sally Engle Merry, é que chamar todas as formas de regulação que não derivem diretamente do poder estatal

[507] *Apud* TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global, p. 19, *in* http://www.law.usyd.edu.au/slr/slr30_3/Tamanaha.pdf.

pela terminologia "lei" ou "direito" (*law*), favorece uma confusão analítica. No extremo, Sally Engle Merry[508] indaga se *"where do we stop speaking of law and find ourselves simply describing social life?"*.

De fato, e apesar da diversidade das propostas para definir o que deve e o que não deve ser considerado como "lei" ou "direito" para uma abordagem na perspectiva do pluralismo jurídico, o problema ainda permanecia sem solução plenamente satisfatória. Após muitas formulações teóricas a esse respeito, Gordon Woodman, que por muito tempo foi co-editor do *"Journal of legal pluralism"*, sustentou que não seria possível identificar uma clara linha divisória entre o legal e as outras formas de ordens normativas, concluindo que *"must be that law covers a continuum which runs from the clearest form of state law through to the vaguest forms of informal social control"*. De forma semelhante, Johns Griffiths também afirmou que *"all social control is more or less legal"*.[509]

Tamanaha observa que nada impede que os pluralistas jurídicos uma visão bastante abrangente do que deve ser considerado como "jurídica". E, nessa perspectiva, todas as formas de normas que, de alguma maneira, demonstrem uma efetiva capacidade de regular as relações sociais entre as pessoas pode ser considerada como "lei" ou "direito". Assim, estaríamos todos *"swimming, or drowning, in legal pluralism".*

E é exatamente em razão disso é que se coloca em suspeição o fato de que as recentes teorias e pesquisas sobre o pluralismo jurídico apenas estariam colocando sob uma nova roupagem a antiga idéia de que a sociedade é composta de uma multiplicidade de ordens normativas ou regulatórias. Em razão disso, alguns teóricos, na esteira pós-moderna de Boaventura de Sousa Santos, têm sugerido ser conveniente a alteração da terminologia pluralismo jurídico por "pluralismo normativo" ou "pluralismo regulatório". A propósito, e distanciando-se da proposta tradicional do pluralismo jurídico, onde os diferentes sistemas normativos são considerados de forma dualista, ou seja, a partir dos mesmos espaços de interação, mas cada sistema mantendo suas respectivas características e especificidades, Boaventura de Sousa Santos define o pluralismo jurídico a partir de uma noção de interlegalidade, ou seja, uma intersecção de ordens legais ou normativas.

---

[508] *Ibid*, p. 19.
[509] *Ibid*, p. 19.

Mas de todo o modo, e não obstante as dificuldades conceituais e metodológicas suscitadas pelos teóricos do pluralismo jurídico, o que realmente importa, conforme observa John Griffiths[510] em seu célebre artigo *"What is legal pluralism?"*, comentando a conceituação trazida por Vanderlinden,[511] é que:

> *legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion. Nevertheless, the ideology of legal centralism has had such a powerfull hold on the imagination of lawyer and social scientists that its picture of legal world has been able successfully to masquerade as fact and has formed the foundation stone of social and legal theory. A central objective of a descriptive conception of legal pluralism is therefore destructive: to break the stranglehold of the idea that what law is, is a single, unified, and exclusive hierachical normative ordering depending from de power of the state, and of the illusion that the legal world actually looks the way such a conception requires it to look.*

E, mais à frente, considerando o pluralismo jurídico como um atributo de um grupo social, John Griffiths[512] conclui que *"'Legal pluralism' is the name of a social state of affairs and it is a characteristic which can be predicated of a social group. It is not the name of a doctrine or a theory or an ideology; it is not an attribute of 'law' or of a legal system".*

Apesar das várias definições e propostas analíticas, ainda hoje a noção de pluralismo jurídico continua bastante ampla e abrangente. E, conforme constata Tamanaha,[513] "l*egal pluralist scholars continue to incorporate Moore's SASF[514] to identify law, and continue to rely upon Griffiths's analysis, notwithstanding their explicit objections".*

Mas a dificuldade de se resolver o problema conceitual do pluralismo jurídico reside no fato de tentar definir a "lei", "direito", ou o fenômeno "jurídico", em geral, através da formulação de uma categoria científica. Na verdade, a noção da normatividade da qual o pluralismo jurídico tem por objeto consiste num conceito popular, das gentes, do povo (*Folk*), ou seja, deve ser considerado como "lei" (*law*) aquilo que as pessoas observam e consideram como "lei" (*a folk concept of law*).[515] E

---

[510] GRIFFITHS, John. 'What is Legal Pluralism?' (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law,* p. 4, in http://keur.eldoc.ub.rug.nl/FILES/wetenschappers/2/11886/11886.pdf

[511] Para Vanderlinden, o pluralismo jurídico é *"l'existence, al sein d'une société déterminée, de mecanismes juridiques differénts s'appliquant à des situations identiques."*, *apud* GRIFFITHS, John, 'What is Legal Pluralism?' (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law,* p. 4,.

[512] *Ibid*, p. 12

[513] TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global, p. 19, *in* http://www.law.usyd.edu.au/slr/slr30_3/Tamanaha.pdf.

[514] SASF abreviatura de "semi-autonomous social fields", ou, em português, "campos sociais semi-autônomos".

[515] Conforme observam María Teresa Sierra e Victoria Chenaut, no livro editado por Antony Allot e Gordon Woodman, como resultado do "Primeiro Encontro da Comissão de Direito Consuetudinário e Pluralismo Jurídico", realizado em Bellagio, Itália, em 1981, o que define o conceito de *Folk Law* é o fato de ser uma regulação não estatal mas vinculada ao estado em um campo social semi-autônomo. Trata-se, portanto, de um

isso não pode ser representado através de uma rígida e bem definida categoria científica pelo simples fato de que, a todo o tempo e em todo o lugar, há uma extrema variação daquilo que pessoas consideram de fato como "lei". Apesar do direito estatal ser tomado como verdadeiro paradigma para essa definição, há, e sempre houve, outras múltiplas formas de normatividade sobrepostas ou concorrentes nos mais variados campos sociais, e que as pessoas consideram como "lei", como, por exemplo, o direito internacional, o direito consuetudinário, direito canônico e outras normas religiosas, a lex mercatoria, o ius commune, o direito natural etc. E essas várias formas de manifestação do fenômeno jurídico não pode compreendida satisfatoriamente dentro de uma única categoria básica.

Mas felizmente, segundo Tamanaha, é perfeitamente possível dar continuidade às propostas analíticas afetas ao pluralismo jurídico sem que um conceito preciso do que deve ou não ser entendido por "lei", "direito", ou "jurídico" (*law*) seja alcançado. Afinal, segundo esse antropólogo do direito o pluralismo jurídico estaria sempre presente quando os atores sociais mais de uma normatividade vigente numa determinada arena de interação social. E para Tamanaha, haveria, basicamente, seis sistemas normativos de regulação social: (*i*) sistema legal oficial; (*ii*) sistemas normativos consuetudinários/culturais; (*iii*) sistemas normativos religiosos/culturais; (*iv*) sistemas normativos econômicos/capitalistas; (*v*) sistemas normativos funcionais/comerciais; e, (*vi*) sistemas normativos comunitários/culturais.

Desse modo, e apresentadas – ao menos sob uma perspectiva jurídico-antropológica –, as dificuldades conceituais e metodológicas no desenvolvimento do pluralismo jurídico, assim como uma classificação básica dos diferentes sistemas normativos que se sobrepõem e se imbricam mutuamente na arena social, importa por fim enfatizar que a pluralidade normativa corresponde à pluralidade social. Em outros termos, parece evidente que a imensa complexidade e heterogeneidade social e cultural apresentada pelas sociedades contemporâneas, de uma forma ou

---

conceito amplo do direito, conferindo uma maior ênfase analítica nas práticas jurídicas não estatais, o que representa, em síntese, questionar a perspectiva centralizadora na qual o jurídico é identificado somente com o direito estatal. Alguns estudos, na linha proposta por (Bolton, 1985) são direcionados a investigar um determinado direito consuetudinário (*folk law*) em sua particularidade, mas a maioria dos autores, como Woodman, se interessa em ressaltar as conexões e influências mútuas ente os sistemas normativos. Há ainda uma outra linha, de viés marxista, que que tem estudado de forma crítica o impacto da modernidade e a dependência sistemas legais nativos. Cf. KROTZ, Esteban, ed. Antropología jurídica: perspectivas socioculturales em el estúdio del derecho. Barcelona: Anthropos Editorial, 2002 p. 156.

de outra, induz a uma auto-regulação espontânea pelos múltiplos campos que compõem a arena social. Conforme enfatiza John Griffiths,[516] a organização legal da sociedade é congruente com sua organização social. E dessa maneira, a lei e as demais instituições do direito estatal não podem ser compreendidas como perfeitamente subsumidas a um sistema social homogêneo e hermético, mas sim em campos sociais bastante específicos e com a capacidade de se auto-regularem, de modo que o direito estatal pode tanto ser incorporado de forma eficaz, como também "ajustado" ou mesmo "ignorado" em sua aplicação.

Mas, de um modo, geral, é fundamental considerar que o pluralismo jurídico, como adverte Sally Falk Moore,[517] não é apenas discurso vazio, mas um debate sobre o Estado e a efetividade do poder normativo estatal nas sociedades contemporâneas. De modo que, hoje, o pluralismo jurídico refere-se principalmente à: (*i*) a forma como o Estado reconhece os diversos campos sociais e se representa ideológica e organizacionalmente em relação a eles; (*ii*) as diversidades encontradas no interior da administração estatal, e as múltiplas direções pelas quais os diversos órgãos e instâncias oficiais lutam e competem pela autoridade legal; (*iii*) as formas pelas quais o Estado com outros Estados nas mais variadas arenas, e com o mundo além disso; (*iv*) a forma pela qual o Estado se relaciona (internamente e externamente) com instituições não-governamentais, campos sociais semi-autônomos geradores de sua própria (extra-oficial) normatividade pela qual eles podem induzir ou coagir uma aceitação; (*v*) as formas pela qual a lei estatal pode depender da colaboração de determinados campos sociais para sua implementação.

Clifford Geertz e Lawrence Rosen: uma alternativa pós-moderna?

Não obstante a diversidade das propostas de reformulação da antropologia jurídica, algumas voltadas a estabelecer novos enquadramentos teóricos que promovessem um redirecionamento do projeto jurídico-antropológico, e outras, um pouco mais radicais, dispostas a promover uma verdadeira ruptura com os antigos territórios epistemológicos, o fato é que as fronteiras permaneciam abertas. De todo

[516] GRIFFITHS, John. 'What is Legal Pluralism?' (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law,* p. 38, *in* http://keur.eldoc.ub.rug.nl/FILES/wetenschappers/2/11886/11886.pdf
[517] MOORE, Sally Falk. Law and Anthropology: a reader. Main Street, MA: Blackwell Publishing, 2009, p. 357-358

o modo, havia nas últimas duas décadas do século XX uma consciência de se estar diante de um momento de ruptura, e, por conseguinte, pela busca de reenquadramentos que propiciassem mudanças enérgicas, e não meras alternâncias teórico-metodológicas a partir do referencial clássico da antropologia jurídica. Tratava-se, do período que veio a ser designado como "pós-modernismo".

Muito embora para alguns a modernidade ainda não tenha se "esgotado" ao ponto de já ser possível identificar o advento de uma pós-modernidade, o fato é que o movimento intelectual genérico ao qual se atribuiu o nome de "pós-modernismo" inegavelmente propiciou, e tem propiciado, à antropologia um período extremamente fecundo de auto-questionamento, voltado, principalmente, a sua redefinição disciplinar e paradigmática.

A "entrada" da antropologia na pós-modernidade está relacionada, sobretudo, à teorização de uma "antropologia simbólica" nas décadas de 1960 e 1970 por filósofos e antropólogos radicados em universidades norteamericanas. Fortemente influenciada pela teoria crítica da "Escola de Frankfurt", pela filosofia nietzcheana, a semiótica de Peirce, [518] os argumentos relativistas de Foucault, a desconstrução de Derrida, a pós-modernidade na antropologia jurídica se fazia notar em novas e abrangentes recontextualizações "culturais".

Com efeito, o chamado pós-modernismo na antropologia está diretamente relacionado ao aparecimento do paradigma hermenêutico e sua influência na disciplina, e que estaria a informar aquilo que vem sendo chamado nos EUA de "antropologia hermenêutica" ou "antropologia interpretativa". Nessa perspectiva, verifica-se que as alternativas propostas especialmente pelos autores de *"Writing Culture"*[519] são basicamente textuais, com uma série de projetos de etnografias experimentais direcionados a encontrar novas maneiras de escrever sobre culturas.

---

[518] Esta passagem de Charles Sanders Peirce é bastante ilustrativa de como sua semiótica mostrava-se bastante fecunda para os antropólogos pós-modernistas: "Observemos a ciência – a ciência de hoje – como uma coisa viva. O que a caracteriza, genericamente, sob este ponto de vista, é que verdades totalmente determinantes são catalogadas e colocadas em prateleiras nas mentes dos cientistas onde elas posam estar ao alcance quando for necessário utilizá-las – isto é, arranjadas para se adequarem à sua convivência - , enquanto a ciência propriamente dita, o processo vivo, ocupa-se principalmente de conjecturas que estão em processo de serem estruturadas ou testadas. Quando o conhecimento sistematizado nas prateleiras é usado, ele é usado do mesmo modo que um artesão ou médico poderia usá-lo, quer dizer, ele é, simplesmente, aplicado. Se ele, em algum momento, passa a constituir objeto da ciência é porque chegou o momento em que deve sofrer um processo de purificação ou de transformação.", *in*, PEIRCE, Charles Sanders. Escritos coligidos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 140.

[519] *"Writing culture"*, publicado originalmente em 1984, é uma obra que representa um verdadeiro marco do paradigma pós-moderno na antropologia, e seus principais colaboradores foram alunos ou receberam fote

Compartilhando em parte com a reflexão crítica na qual a antropologia jurídica se via envolvida desde as novas propostas teóricas e metodológicas sistematizadas e organizadas por June Starr e Jane Collier na obra *"History and power in the study of law: new directions in legal anthropology"*, publicada originalmente em 1989, os antropólogos identificados ao movimento pós-moderno também promoveram mudanças significativas nos referenciais epistemológicos tradicionalmente utilizados nas investigações jurídico-antropológicas. Essa atitude essencialmente "reflexiva" que caracteriza o pós-modernismo fez com que os antropólogos passassem a questionar a pertinência e adequação dos seus próprios métodos analíticos e aos aspectos práticos de produção teórica e etnográfica. E, conforme sintetiza Armando Marques Guedes:[520]

> foram duas as grandes figuras paradigmáticas que marcaram a matriz arquitectónica da época pós-moderna *inicial* da Antropologia Jurídica: em primeiro lugar, um antropólogo puro e duro, Clifford Geertz; depois, um jurista seu aluno, Lawrence Rosen. Ambos defenderam leituras ditas "culturalistas" do "jurídico"; ambos se afirmaram como essencialmente, "relativistas culturais", e nenhum dos dois, de facto, se reconheceria como sendo, *stricto sensu*, "pós-moderno". C. Geertz funcionou sobretudo como um teórico , enquanto L. Rosen foi muito mais um etnógrafo de terreno, produzindo, aliás, na melhor tradição geertziana, uma etnografia rica e em simultâneo soberbamente densa e bem digerida.

De todo o modo, seja o "relativismo" ou o "pós-modernismo"[521] de Clifford Geertz, devem ser compreendidos no âmbito teórico identificado à "antropologia hermenêutica" ou mesmo "interpretativa", e suas propostas consistiram um veradeiro marco para o desenvolvimento de outras formas mais radicais da corrente pós-moderna da "*experimental ethnography*".

A partir desse momento, passava a ser objeto de reflexão não apenas as teorias e métodos de abordagem antropológica, mas também as próprias representações etnográficas em suas diferentes perspectivas: primeiramente, uma proposta analítica meta-etnográfica, tida como a principal, direcionada a uma abordagem crítica dos recursos retóricos da etnografia, vislumbrando possíveis alternativas para a escritura etnográfica; a caracterizada como etnografia

---

influência de Clifford Geertz, como é o caso de James Clifford, George Marcus, Paul Rabinow, Vincent Crapanzano, Dick Cushman, Stephen Tyler, Renato Rosaldo e Michael Fischer.

[520] MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 136-137.

[521] O "rótulo" de "pós-moderno" foi atribuído a Geertz pelos jovens teóricos pós-modernistas do "Writing culture", que, de todo o modo, foi recusado por este autor.

experimental, que busca uma redefinição das práticas da pesquisa de campo retratadas nas escrituras etnográficas; e, por fim, a terceira corrente – considerada a vanguarda pós-moderna – interessada em evidenciar a crise das disciplinas científicas em geral, incidindo, via de conseqüência, nas várias formas de produção de "verdade".

Nesse âmbito de análise, é possível afirmar que se foi a partir do uso do método etnográfico da observação participante,[522] criado por Bronislaw Malinowsky, que a antropologia consolidou seu status de disciplina científica, elevando o antropólogo, através da experiência vivida com a cultura estudada, à posição de autoridade perante o texto produzido (etnografia, na etmologia: *éthnos*, "povo" + *gráphein*, "descrever" + *ia*), por outro lado foi através da crítica aos seus pressupostos teóricos e metodológicos que as discussões pós-modernas estabeleceram novas bases epistemológicas à disciplina. E um desses novos postulados epistemológicos trazidos com o pós-modernismo vê a cultura não mais como uma totalidade integrada, mas sim como um espaço de interação social onde os indivíduos compartilham de determinados significados, cuja representação é uma espécie de discurso. Com isso, Geertz[523] propõe que, através de uma abordagem semiótica da cultura, o antropólogo consiga "ganhar acesso ao mundo conceptual no qual vivem os nossos sujeitos, de forma a podermos, num sentido um tanto mais amplo, conversar com eles". Desse modo, o trabalho do antropólogo seria o exercício da interpretação e da crítica sobre essa representação, e que, dessa forma, também passa a ser, por si só, uma nova representação. A análise antropológica passa a consistir, portanto, em "escolher entre as estruturas de significação, (...) e determinar sua base social e sua importância". E nesse trabalho etnográfico de "inscrição do discurso social", o antropólogo elabora uma "descrição densa", uma vez que, ainda segundo Geertz,[524] se depara invariavelmente com:

---

[522] Para Malinowski, somente por meio de uma imersão total no universo social estudado, tornando-se um verdadeiro nativo da outra cultura, é que o antropólogo poderia vir a compreendê-la. Foi então através da legitimação do trabalho de campo como método primordial da pesquisa antropológica que a teoria funcionalista tornou-se recorrente, à medida que concebia as culturas como totalidades que deveriam ser recompostas pelo viés do antropólogo. Essa metodologia associou-se à idéia de que, no trabalho de recomposição da experiência de campo, cujo resultado final é a etnografia, o antropólogo colocava-se numa posição de distanciamento perante a outra cultura, desenvolvendo uma narrativa sincrônica da realidade estudada. Esse distanciamento proposital marcou a introdução de um modernismo na antropologia.

[523] GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989, p. 17.

[524] *Ibid*, p. 7.

> uma multiplicidade de estruturas conceptuais complexas, muitas delas sobrepostas ou amarradas umas às outras, que são simultaneamente estranhas, irregulares e inexplícitas, e que ele tem que, de alguma forma, primeiro apreender e depois apresentar. (...) Fazer a etnografia é como tentar ler (no sentido de 'construir uma leitura de') um manuscrito estranho, desbotado, cheio de elipses, incoerências, emendas suspeitas e comentários tendenciosos, escrito não com os sinais convencionais do som, mas com exemplos transitórios de comportamento modelado.

Dessa forma, tem-se que são as diferentes formas de construção significados e a sua própria representação através de discursos textuais que também passam a consistir em objeto de investigação antropológica. Num primeiro momento, e até em razão dos auto-questionamentos direcionados a reformulações e reorientações paradigmáticas, a crítica pós-moderna expressada em um "desconstrucionismo", teve, inicialmente, o enfoque direcionado aos trabalhos etnográficos e ao próprio discurso científico, que, assim como aqueles, também tem suas representações transmitidas de forma textual. Conforme argumenta James Clifford,[525] "os antropólogos têm experimentado formas de escrita, quer soubessem ou não".

E nesse viés pós-moderno voltado à análise do texto etnográfico, James Clifford, George Marcus e Dick Cushman sugerem que o que diferenciaria o trabalho eminentemente antropológico dos textos produzidos em outras disciplinas devotas à teoria social, seria a sua busca de articulação entre o trabalho de campo e a própria produção dos textos, ao ponto de definirem a etnografia como sendo "a representação do trabalho de campo em textos".[526] Isto porque o texto etnográfico, diferentemente de outros escritos produzidos pelos antropólogos, como, por exemplo, as anotações de campo, bem como os artigos e as teses acadêmicas, possuem, no entendimento de Roberto Cardoso de Oliveira, exigências específicas que as distinguem em objetivo, estrutura e conteúdo. Enquanto as monografias clássicas privilegiam uma narrativa padronizada normativa e estruturalmente, uma vez que utilizam uma disposição de capítulos e temas de forma estereotipada, as modernas focalizam um tema tido como relevante para proporcionar uma idéia da sociedade analisada. E um terceiro tipo, chamadas de "monografias experimentais" ou pós-modernas, cuja definição ainda não se encontra sedimentada, considerando a atualidade e a veemência das críticas que lhes são dirigidas, mas que tem como padrão de escrita o fato de se escrever na primeira pessoa do singular ou do

---

[525] *Apud* RABINOW, Paul. Antropologia da razão: ensaios de Paul Rabinow. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 81.
[526] CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. O trabalho do antropólogo. São Paulo: Editora UNESP, 2000, 28.

coletivo, revelando um caráter polifônico que favorece a criação de um espaço dialógico e intersubjetivo na construção do texto.

Como se vê, esse terceiro tipo de monografia antropológica – muito embora ainda marcado pela polêmica de suas propostas inovadoras, que levam muitas vezes a um inevitável subjetivismo em seus resultados – é o que permitiu, na visão de Geertz, que a etnografia também se tornasse um meio de se discutir sobre teoria, filosofia e epistemologia, na medida em que eleva o escrever e a produção de textos ao nível de crítica e reflexão. O privilégio conferido à intersubjetividade, de caráter eminentemente epistêmico, no âmbito da qual se articulam, como já dito acima, os integrantes de uma mesma comunidade profissional ou científica em um mesmo "horizonte teórico", consiste para Roberto Cardoso de Oliveira,[527] em uma "das mais fortes contribuições do paradigma hermenêutico para a disciplina".

Vislumbra-se, dessa maneira, que a produção dos textos ocorre de forma simultânea à formação do próprio conhecimento, dada a co-dependência e a implicação recíproca do ato de escrever e do ato de pensar, tidos como indissociáveis para o referencial teórico adotado nessa pesquisa. A par disso, busca-se também demonstrar aqui que o comprometimento dos atos cognitivos utilizados no trabalho de apreensão e representação da realidade com o horizonte da disciplina, compreendido como o sistema de idéias e valores que lhe é inerente – como, por exemplo, a "observação participante" e a "relativização", que marcam emblematicamente o fazer antropológico – é o que confere *gênero* ao texto produzido. Em síntese, parte-se da premissa analítica de que é possível demonstrar, por intermédio da experiência antropológica, que o conhecimento consolidado pelas teorias sociais, em suas diversas disciplinas, condicionam as possibilidades de observação e textualização a um horizonte lingüístico que lhes são peculiares, de modo a tornar tais considerações suscetíveis de uma abordagem reflexiva.

Mas é interessante notar que, nesse momento em que a antropologia se via submetida a um período de profundo auto-questionamento promovido pela "reflexão" crítica pós-moderna, significativamente houve uma reaproximação entre os

[527] *Ibid*, p. 31.

horizontes disciplinares da antropologia e do direito, mas, conforme constata Armando Marques Guedes:[528]

> Não era já a Antropologia a aderir implicitamente aos horizontes do Direito, mas antes o Direito a mover-se numa direcção genérica semelhante àquela para a qual a Antropologia se deslocava: uma "deslocação adaptativa", de alguma maneira, que dava corpo a uma crise de legitimidade política que se exprimia, no campo teórico-metodológico, como uma crise racional de fundamentação; e que, no plano corporativo, reflectia porventura uma crescente simetrização de posicionamentos acadêmicos.

Exemplos dessa aproximação do direito aos novos horizontes epistemológicos que o pós-modernismo conferia à antropologia foram as teorizações desenvolvidas nos anos 1980 pela escola do "*Law & Economics*", cujos principais traços foram delineados principalmente por Richard Posner em seu artigo entitulado "*A theory of primitive society*", publicado no prestigiado *"Journal of Law and Economics"*, e nos anos 1990 por outras escolas "jurisprudenciais" e "jurídico-filosóficas", tais como a *"Law & Semiotics"*, relacionada, dentre muitos outros, a autores como Bernard Jackson, Jack Balkin, e Duncan Kennedy, respectivamente das Faculdades de Direito de Cambridge, Yale e Harvard, todos identificados ao movimento dos *"Critical Legal Studies norte-americanos e auto-declarados "pós-modernos"*.

Tem-se, portanto, que as propostas da corrente pós-moderna da antropologia fundamentam-se, basicamente, numa perspectiva lingüística, convergendo seus esforços num projeto de mudança descontrucionista-semiótica, cujo principal escopo é propiciar uma abertura, epistemológica ou fronética, a novas possibilidades para a representação textual antropológica. Há, dessa maneira, um empreendimento intelectual direcionado tanto a um projeto de "reinvenção" da representação antropológica, mediante experimentos textuais, como também a busca por novas perspectivas de reenquadramento da abordagem jurídico-antropológica.

Ao que parece, essa configuração epistêmica afeta ao pós-modernismo ainda permanece em aberto no que diz respeito aos reenquadramentos teóricos e metodológicos da antropologia jurídica, buscando novas perspectivas analíticas que promovam, sobretudo, um enfoque direcionado às formas de construção da "verdade" e do "conhecimento" é feito nas diversas instituições e espaços culturais

[528] MARQUES GUEDES, Armando. Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 135.

que compõem a sociedade contemporânea. E, nesse ponto, tem-se como um verdadeiro pressuposto analítico a condição de que a “verdade” ou, de um modo geral, o “conhecimento”, é um discurso situado, perspectivístico, preso ao seu contexto de origem. Não se pode, por outro lado, tecer considerações sobre a validade de um enunciado que se pretende verdadeiro fora da perspectiva da linguagem, uma vez que é nessa onde se encontram ligadas as dimensões do significado e da validade.

Terceira parte
ANTROPOLOGIA DO CONHECIMENTO E ETNOGRAFIA DO DISCURSO

Ora, se quisermos saber o que é o conhecimento, não é preciso nos aproximarmos da forma de vida, de existência, de ascetismo, própria ao filósofo. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que comprendemos o que consiste o conhecimento.

Michel Foucault

Não basta buscar no sujeito, como ensina a filosofia clássica do conhecimento, as condições de possibilidade, e também os limites, do conhecimento objetivo que ele institui. É preciso também buscar no objeto construído pela ciência as ***condições sociais de possibilidade*** *do 'sujeito' erudito e os limites possíveis de seus atos de objetivação.*

Pierre Bourdieu

We should apply to lawyers the hypothesis that the anthropology of science once applied to scientists.

Bruno Latour

CAPÍTULO 5

POR UMA ETNOGRAFIA DO DISCURSO JURÍDICO

AS DIVISÕES DISCIPLINARES E A REFLEXÃO EPISTEMOLÓGICA

No capítulo anterior foi possível notar que os conhecimentos jurídico e antropológico são compostos de "grandes teorias". As várias contribuições de filósofos, juristas e antropólogos para a construção teórica do que são hoje o direito e a antropologia enquanto disciplinas científicas autônomas, parecem ter por fim último, sobretudo, conferir uma "positividade" necessária para uma respeitabilidade acadêmica. Mas o que se vê na prática acadêmica e mesmo profissional é uma insistência de reprodução indefinida dessas mesmas teorias, disciplinas, teses, cursos, manuais etc. Em suma, a atividade criadora é relegada a um segundo plano,

"dando-se a impressão de estar acorrentado ao banco da eterna galé onde copistas e compiladores reproduzem indefinidamente os instrumentos da repetição escolar".[529]

Principalmente no âmbito das ciências sociais, as "grandes teorias" representam uma "herança" que ao mesmo tempo compõem e delimitam um espaço epistemológico próprio de cada uma das suas disciplinas. Mas aí a questão que se coloca é como vislumbrar novas possibilidades teóricas e práticas frente a toda essa tradição voltada à reprodução dos mesmos modos de produção e construção de saberes? É realmente difícil pretender elaborar um trabalho científico revestido de "originalidade". Afinal, como enveredar por um "campo do conhecimento" com alguma autonomia sem recorrer às produções anteriores para orientar o percurso a ser seguido? E, recorrendo a essa orientação, como seguir esse percurso evitando que o resultado não passe de uma mera imitação ou reprodução medíocre num ritual de produção do conhecimento institucionalmente definido? Trata-se de uma tarefa bastante difícil, principalmente diante da escasses de recursos materiais e intelectuais para tanto. Daí porque qualquer pretensão à originalidade possa representar, à primeira vista, uma atitude no mínimo arrogante ou pedante.

Mas, nesse ponto, parece que a experiência prática do autor sobre a realidade da qual a teoria pretende dar conta é que pode garantir, se não a originalidade, ao menos uma "nova perspectiva" pela qual ao mesmo tempo em que dá continuidade a uma tradição teórica, também acena de forma crítica para outras possibilidades epistemológicas. E nesse sentido é pertinente a orientação de Pierre Bourdieu:

> Ora, semelhantes a uma música que fosse feita não para ser mais ou menos passivamente ouvida, ou mesmo tocada, mas para permitir a composição, os trabalhos científicos, à diferença dos textos teóricos, exigem não a contemplação ou a dissertação, mas o confronto prático com a experiência; compreendê-los realmente é fazer funcionar a propósito de um objeto diferente o modo de pensamento que aí se exprime, reativá-lo em um novo ato de produção, tão inventivo e original quanto o ato inicial, e em tudo oposto ao comentário desrealizante do lector, metadiscurso impotente e esterilizante.

E é nesse âmbito de análise que parece que a pretendida aproximação entre o direito e a antropologia, além de passar necessariamente pelos aspectos genealógicos e epistemológicos desses dois campos do conhecimento, procurando

[529] BOURDIEU, Pierre. As regras da arte: gênese e estrutura do campo literário. São Paulo: Companhia da Letras, 1996, p. 204.

identificar um espaço transdisciplinar que comporia os horizontes de uma antropologia jurídica, também deve passar por um "confronto prático com a experiência". Daí a proposta de realizar uma "etnografia do discurso jurídico", uma vez que o projeto jurídico-antropológico também pode compreender uma investigação etnográfica e metadiscursiva sobre como se opera a construção, representação, e transmissão do conhecimento na prática jurídica. E nessa perspectiva, o campo do direito parece se apresentar um "campo social" passível de ser analisado sob o "olhar" antropológico, principalmente, conforme sugerido aqui, através da análise etnográfica de suas práticas discursivas e textuais.

Afinal, não se pode negar que a antropologia sempre esteve relacionada ao estudo do exótico, do diferente, daquilo que de alguma maneira se mostre para "nós" tão incomum e estranho que só possa ser relacionado à cultura dos "outros" .
Mas como encontrar os "outros" nas sociedades contemporâneas, onde as diferenças culturais parecem se apresentar para "nós" cada vez mais "normais", ou ao menos "já conhecidas"?

Se com Malinowsky as noções de relativismo cultural e etnocentrismo foram incorporadas ao trabalho etnográfico, onde pesquisador e nativo tinham seus lugares bem definidos no encontro cultural, é certo que com os processos de descolonização e globalização, quando se imaginou que a pesquisa de campo desapareceria,[530] Lévi-Strauss ajudou a redefinir os rumos da antropologia ao enfatizar que o que interessa realmente ao olhar antropológico são as "diferenças", que nunca desaparecem do âmbito das relações humanas, sendo o antropólogo um legítimo intermediário dessa relação. Naquele momento de crise paradigmática vivenciado pela antropologia, é evidente que havia a necessidade de uma redefinição dos seus campos de pesquisa e do próprio referencial metodológico utilizado para a análise e representação cultural. Afinal, tanto a cultura estudada quanto o referencial teórico e metodológico colocado à disposição do antropólogo são datados e localizados historicamente.[531]

---

[530] PEIRANO, Mariza. A favor da etnografia. Versão original. UNB, Brasilia, 1992, p. 15.

[531] Segundo Tereza Pires do rio Caldeira, "o desmantelamento dos impérios coloniais, a restruturação das relações entre as nações do Primeiro e Terceiro Mundo, e a atenção para as sociedades complexas – a dos antropólogos, faz com que o antropólogo não se defronte mais com culturas isoladas ou semi-isoladas, mas cidadãos de nações que se relacionam por complexos caminhos culturais e políticos com a nação de onde vem o antropólogo. Ou então defronta membros de sua própria sociedade. Essas transformações no macrocontexto tem levado ainda a mudanças nos temas pesquisados e na maneira de encará-los. Os antropólogos contemporâneos se preocupam com transformações, com história, com encontros e sincretismos, com práxis e comunicação e,

Mas de todo o modo, o fato é que a cultura passou a se apresentar ao olhar antropológico não mais como uma totalidade integrada, isolada, e totalmente alheia ou à parte da cultura do antropólogo. Efetivamente, e de forma até paradoxal, a cultura que se apresenta como objeto de estudo do antropólogo passa a ser cada vez mais a sua própria cultura. Então como seria possível encontrar "diferenças" que se mostrem relevantes para o conhecimento antropológico em campos sociais e práticas culturais que já se mostram bastante familiares ao antropólogo que se dispõem a estudá-las?

Dessa maneira, tanto o modo como a antropologia apreendia a subjetividade do pesquisador frente ao contexto cultural em que se achava inserido foi repensado, como também a própria representação etnográfica passou a ser elaborada de forma mais apropriada à realidade das sociedades contemporâneas.[532] Afinal, a complexidade das sociedades contemporâneas e das novas "formas culturais" que o olhar antropológico começou a se defrontar impôs uma reflexão epistemológica pela qual não só a antropologia se viu "obrigada" a realizar, mas também de todas as ciências humanas em geral, e que cujo cerne passa pela relação entre conhecimento e verdade, objetividade e relatividade, sensibilidade e entendimento, razão e paixão, e neutralidade e poder.

Desde então a antropologia tem passado a direcionar seu olhar ao conhecimento e aos critérios de verdade e validade adotados em diversos sistemas sociais e culturais, como ciência, tecnologia, religião, e o próprio direito. Sob a nítida influência do referencial teórico associado ao pós-modernismo, como é o caso das obras de Jean François Lyotard, Mïkhail Bakhtin, Michel Foucault, Walter Benjamin, Pierre Bourdieu e Jacques Derrida, a análise antropológica passa cada vez mais a se interessar em como o meio e as relações de poder influenciam a "construção" e "transmissão" do conhecimento e dos critérios de verdade. Tanto a ciência como o

---

principalmente com relações de poder", *in*, CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. A presença do autor e a pós-modernidade em antropologia. Novos Estudos. CEBRAP, n. 21, p. 133-157, jul. 1988, p. 135.

[532] A respeito da imprescindível reformulação dos métodos de pesquisa antropológicos, Roberto Cardoso de Oliveira já apontava que "a subjetividade que, liberada da coerção da objetividade, toma sua forma socializada, assumindo-se como inter-subjetividade; o indivíduo, igualmente liberado das tentações do psicologismo, toma sua forma personalizada (portanto o indivíduo socializado) e não teme assumir sua individualidade; e a história, desvencilhada das peias naturalistas que a tornavam totalmente exterior ao sujeito cognoscente, pois dela se esperava fosse objetiva, toma sua forma interiorizada e se assume como historicidade. Esses três elementos, assim reformulados, passam a atuar como fatores de desordem daquela antropologia que os interpretativistas tendem a chamar de 'antropologia tradicional', sustentada pelos paradigmas da ordem. O paradigma subjacente a essa 'antropologia interpretativa' pode ser chamado de hermenêutico", *in*, CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. Sobre o pensamento antropológico. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988, p. 97.

direito, nessa perspectiva, são tratados como coisas vivas, ou seja, são construídas por homens vinculados a contextos sociais e históricos bastantes específicos e determinados.

Interessante notar que mesmo a filosofia da ciência desenvolvida por Charles Sanders Peirce já revelava, no final do século XIX, alguns aspectos sobre os critérios de verdade estabelecidos pela prática científica, e como o meio e as relações sociais determinam a "construção" e a "transmissão" do conhecimento. Para Peirce,[533] a ciência sempre deve ser considerada como uma coisa viva, e o que a caracteriza, genericamente, sob esse ponto de vista é que:

> verdades totalmente determinadas são catalogadas e colocadas em prateleiras nas mentes dos cientistas onde elas possam estar ao alcance quando for necessário utilizá-las – isto é, arranjadas para se adequarem à sua conveniência –, enquanto a ciência propriamente dita, o processo vivo, ocupa-se principalmente de conjecturas que estão em processo de serem estruturadas ou testadas. Quando o conhecimento sistematizado nas prateleiras é usado, ele é usado do mesmo modo que um artesão ou um médico praticamente poderia usá-lo, quer dizer, ele é, simplesmente, aplicado. Se ele, em algum momento, pasa a constituir objeto da ciência é porque chegou o momento em que deve sofrer um processo de purificação ou de transformação.

Sendo essa a essência da ciência, o que deve ser observado principalmente são os homens que dedicam sua vida em devoção a ela. E através dessa dedicação, os homens vão adquirindo prática e experiência, como também se relacionando com outros homens que, dentro de seu mesmo campo de atividade, têm idéias que, através de interpretações, podem ser comparáveis às suas. Exemplo interessante nesse sentido é dado também por Peirce,[534] e que, significativamente, parece assumir um viés antropológico:

> Reúnam-se dois homens de dois campos bastante diversos – digamos um bacteriologista e um astrônomo – e eles dificilmente saberão o que dizer um ao outro, pois nenhum dos dois alguma vez conheceu o mundo em eu vive o outro. É verdade que ambos utilizam instrumentos ópticos, mas as qualidades observadas numa objetiva telescópica não têm qualquer repercussão numa objetiva microscópica e todas as peças acessórias do telescópio e do microscópio são construídas com base em princípios completamente estranhos entre si, exceto sua rigidez.

---

[533] PEIRCE, Charles Sanders. Escritos coligidos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 140. (Os pensadores)
[534] *Ibid*, p. 141-142.

Parece que esse exemplo acima pode também servir de base para estabelecer um paralelismo com as diferentes formas de interpretação utilizadas pelos juristas e pelos antropólogos. Não obstante o fato de que nesses dois campos de atividade haja o trabalho de interpretação de textos, as qualidades que os juristas e os antropólogos observarão a partir de um mesmo texto ou discurso certamente revelaram sentidos completamente estranhos entre si, exceto a natureza discursiva da interpretação.

O fato é que parece que as práticas jurídicas, especialmente as discursivas e textuais, podem efetivamente ser objeto de diferentes formas de interpretação. Se o referencial teórico-metodológico do direito possui um determinado tipo de aplicação aos fatos e práticas desenvolvidas pelos "homens" que fazem o direito, certamente a antropologia também terá condições de aplicar suas construções teóricas sobre essas mesmas práticas, que assumiram, então, uma perspectiva cultural.

Nesse sentido, e já no início da segunda metade do século XX, Thomas Kuhn[535] parece compactuar com a conclusão de Charles Sanders Peirce citada acima, quando afirma que:

> Os estudiosos da Filosofia da Ciência demonstraram repetidamente que mais de uma construção teórica pode ser aplicada a um conjunto de dados determinado, qualquer que seja o caso considerado. A História da Ciência indica que, sobretudo nos primeiros estágios de desenvolvimento de um novo paradigma, não é muito difícil inventar tais alternativas. Mas essa invenção de alternativas é precisamente o que os cientistas raro empreendem, exceto durante o período pré-paradigmático do desenvolvimento de sua ciência e em ocasiões muito especiais de sua evolução subseqüente. Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais através da utilização confiante desses instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que o exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.

De todo o modo, essas considerações parecem de alguma maneira reforçar uma das vocações disciplinares apresentadas atualmente à antropologia, consistente em investigar de forma empírica como se opera a construção, representação, e transmissão do conhecimento nos complexos espaços sociais que compõem a sociedade contemporânea. E o campo do direito, nessa perspectiva, apresenta-se como um dos possíveis *lócus* em que a antropologia pode direcionar o

[535] KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1991, p. 104-105.

seu “olhar”, principalmente, conforme sugerido aqui, através da análise etnográfica de suas práticas discursivas e textuais.

E nesse sentido, é imprescindível considerar que a reflexão epistemológica tem se operado, essencialmente, a partir da perspectiva da linguagem, uma vez que é nela que todas as disciplinas encontram seu lugar comum. A interdisciplinaridade, hoje tão cara ao saber científico, parece exatamente começar, como sugere Roland Barthes,[536] “quando a solidariedade das antigas disciplinas se desfaz, talvez até violentamente, mediante as sacudidas da moda, em proveito de um objeto novo, de uma linguagem nova”. E essa exigência de uma linguagem nova, de objeto novo, e que, via de conseqüência, também pode ser compreendida mesmo como uma disciplina nova, obtida como diz Barthes, “por deslizamento ou inversão das categorias anteriores”, é, expressa, efetivamente, pelo “texto”.

E é exatamente em vista dessas considerações de ordem epistemológica que, em princípio, sugerem que uma aproximação entre antropologia e direito (ou mesmo quaisquer outras disciplinas acadêmicas), deve ser realizada no âmbito da “linguagem” reivindicada com autonomia por cada uma dessas disciplinas. Até mesmo porque as divisões disciplinares são apenas convenções históricas e institucionais. E através dessa aproximação entre as linguagens, que de alguma forma consiga promover um “deslizamento”, ou “inversão” das “categorias anteriores”, é que eventualmente se poderá iniciar a “construção” de uma “nova linguagem”. A partir desses pressupostos, e até correndo o risco de uma tautologia, admite-se especular aqui que a antropologia jurídica também pode ser definida como a linguagem resultante da aproximação entre as linguagens reivindicadas autonomamente pelo direito e pela antropologia.

Nesse âmbito de análise sobre as divisões disciplinares, Roland Barthes[537] escreve com propriedade que:

> As faculdades francesas possuem uma lista oficial de ciências sociais e humanas, que constituem o objeto do ensino reconhecido, obrigando assim a limitar a especialidade dos diplomas que conferem: você pode ser doutor em estética, em psicológica, em sociologia; mas não pode ser em heráldica, em semântica ou em vitimologia. Assim, a instituição determina diretamente a natureza do saber humano, impondo moldes de divisão e de classificação exatamente como uma língua, por suas “rubricas obrigatórias” (e não apenas por exclusões), obriga a pensar de determinada maneira. Ou por outra, o que define a ciência (por esta palavra entender-se-á doravante, aqui, o conjunto

[536] BARTHES, Roland. O rumor da língua. Editora Brasiliense: São Paulo, 1988, p. 72.
[537] *Ibid*, p. 23.

> das ciências sociais e humanas) não é nem o conteúdo (este é muitas vezes mal limitado e lábil), nem o método (varia de uma ciência para outra: o que há de comum entre a ciência histórica e a psicologia experimental?), nem sua moral (seriedade e rigor não são propriedades exclusivas da ciência), nem o modo de comunicação (a ciência exprime-se em livros, como tudo o mais), mas somente o seu estatuto, isto é, a sua determinação social: é objeto de ciência toda matéria que a sociedade julga digna de ser transmitida. Numa palavra, a ciência é o que se ensina.

A partir viés epistemológico, e considerando que as divisões disciplinares são resultado de uma construção metodológica característica do pensamento moderno, onde antropologia e direito se apresentam como campos absolutamente distintos do conhecimento humano, parece que a antropologia jurídica pode direcionar seus objetivos analíticos às práticas e representações jurídicas especialmente através do estudo da construção discursiva e textual do direito em determinados casos empíricos. E é nesse ponto que parece que o referencial hermenêutico deve servir como instrumento de aproximação entre o conhecimento jurídico e antropológico.

O REFERENCIAL HERMENÊUTICO COMO INSTRUMENTO DE APROXIMAÇÃO ENTRE OS CONHECIMENTOS JURÍDICO E ANTROPOLÓGICO

A idéia de uma pós-modernidade antropológica defendida na década de 80 pelos autores de "*Writing Culture"* (1984), considerado como marco na ascensão desse novo paradigma que compõe a matriz disciplinar da antropologia, está compreendida no bojo de uma discussão epistemológica sobre uma transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma ainda em emergência, e que, na falta de uma designação mais precisa, vem sendo chamado de ciência pós-moderna.[538]

Nesse âmbito de reflexão epistemológica sobre a ciência moderna, a hermenêutica vem alcançando posição de destaque à medida que a fragmentação disciplinar típica da ciência moderna dificulta uma imprescindível apreensão do funcionamento do todo. Em outras palavras, para uma compreensão da totalidade, devemos necessariamente passar pela análise de como as partes operam e se conjugam, e os recursos para esse mister compreensivo são fornecidos pela

[538] Para Zygmunt Bauman, "chegou o momento de se desfazer do velho paradigma e encontrar um novo, que fará a 'normalidade' voltar ao que parece, à luz do velho paradigma, anormal e excepcional, de modo que aquilo que é verdadeiramente excepcional será mais uma vez marginal, e os fenômenos marginais, mais uma vez, se tornarão somente exceções...". (1998, p. 165)

hermenêutica. Até mesmo porque, como diria Gadamer,[539] o princípio hermenêutico é o de que a parte é tão determinada pelo todo como o todo pelas suas partes. As próprias oposições objetividade-intersubjetividade, sintaxe-semântica, signo-símbolo, explicação-compreesão devem ser apreendidas, necessariamente, numa perspectiva hermenêutica.

Para uma maior compreensão sobre o potencial que o instrumental hermenêutico pode fornecer à antropologia, também é importante destacar que é através da hermenêutica que preocupações afetas a outras ciências do texto, como a filologia, semiologia e exegese, alcançam condições de contraposição. Para que a cultura possa ser representada através de um texto, assim como que para que essa cultura possa ser "lida" através do texto, é imprescindível que o intérprete compreenda o universo de signos que compõe o "campo semântico" do "outro".

E para essa necessária exposição sobre a problemática hermenêutica, são recorrentes as concepções que Dilthey, Heidegger, Gadamer e Ricoeur adotam em suas respectivas teorias, as quais possuem em comum a idéia diretriz consistente no enfoque sobre o papel fundamental da "compreensão" (*Verstehen*) no trabalho de interpretação dos discursos representados nos textos. Afinal, como enfatiza Celso Azzan Júnior,[540] a própria concepção de cultura como texto, tão recorrente pelos antropólogos pós-modernos, é uma apropriação da hermenêutica. E, conforme a linha proposta pelos autores de "*Writing Culture*", somente através de uma análise afeta à reflexão hermenêutica que se poderá apreender a aporia epistemológica que vem caracterizando a antropologia enquanto disciplina: a relação dialética entre explicar e compreender.

Conforme já salientado acima, é na linguagem escrita que a hermenêutica focaliza seu mister interpretativo, a ponto de possuir uma relação privilegiada com as questões da semiose na linguagem. Para o estabelecimento desses princípios específicos de interpretação, o primeiro problema que se apresenta à hermenêutica é a particularidade de regras e recursos utilizados no trabalho interpretativo, que variam conforme a diversidade de textos suscetíveis de tornarem-se objeto de interpretação. A arte de compreender encontra-se, sem dúvida, dispersa em particularismos exegéticos e filológicos que requer um trabalho de articulação.

---

[539] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Petrópolis : Editora Vozes, 1997, P. 162.
[540] AZAN JÚNIOR, Celso. Antropologia e interpretação: explicação e compreensão nas antropologias de Lévi-Strauss e Geertz. Campinas: Editora da UNICAMP, 1993, P. 15.

E o primeiro passo em direção a uma hermenêutica geral, dotada de regras universalmente válidas de compreensão, foi dado por Schleiermacher, considerado como verdadeiro fundador da hermenêutica moderna.[541] Amparado no kantismo, tido como horizonte filosófico mais próximo da hermenêutica, Schleiermacher identificou o problema relacionado às duas formas de interpretação: a interpretação gramatical, interessada nos caracteres linguísticos específicos do autor, e a interpretação técnica, pela preocupação de desenvolvimento de uma tecnologia de interpretação.

Mas foi com Dilthey que a aporia central da hermenêutica pode ser ampliada com a subordinação da filologia e da exegese à problemática histórica. Para Dilthey, a questão de compreensão de um texto estaria subsumida à necessidade prévia de uma perspectiva sobre o encadeamento da própria realidade, disposta de um modo coerente pela "história", e que possibilitou e favoreceu a concepção desse determinado texto. E é nesse verdadeiro pacto entre a hermenêutica e a história proposto inicialmente por Dilthey que se instaurou o que hoje entendemos por "historicismo".[542]

Ricoeur ressalta, ainda, um segundo fato cultural em que o problema da intelegibilidade do histórico estava inclinado, privilegiando, de forma inaugural, a epistemologia em detrimento da ontologia: a ascensão do positivismo enquanto filosofia. Foi justamente na objeção que Dilthey fazia quanto à aplicação da metodologia correlata às ciências da natureza sobre as ciências do espírito que se iniciou uma formulação teórica disposta a conferir a estas ciências uma metodologia e uma epistemologia particulares. A base para tal réplica ao positivismo foi formulada sobre a premissa de que enquanto a natureza deve ser "explicada" pelo homem, a história deve ser "compreendida". Isto porque a natureza física disposta no mundo é exterior e alheia ao conhecimento humano, ao contrário do que ocorre com o conhecimento sobre o humano, onde, por mais estranho que o outro homem aparente ser, sua existência é semelhante a do sujeito cognoscente.

Essa diferença entre a coisa natural e o espírito é o que recomenda que enquanto se dediquem esforços de explicação da natureza, a compreensão

---

[541] RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologias. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1988.

[542] Segundo Paul Ricoeur, "o que hoje chamamos de historicismo num sentido pejorativo, exprime inicialmente um fato de cultura, a saber, a transferência de interesse das obras-primas da humanidade sobre o encadeamento histórico que as transportou. O descrédito do historicismo não resulta apenas dos embaraços que ele mesmo suscitou, mas de outra mudança cultural, ocorrida mais recentemente, e que nos leva a privilegiar o sistema em detrimento da mudança, a sincronia em detrimento da diacronia.", *in*, RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologias. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1988, p. 23-24.

consistirá no instrumental analítico da experiência humana. Em síntese, "a explicação implica uma única consciência, um único sujeito; a compreensão implica duas consciências, dois sujeitos. A compreensão sempre é, em certa medida, dialógica".[543]

A relação entre signo e interpretante, evocando o aparecimento de significações, sugere, numa análise superficial, uma impossibilidade de extração de uma dedução pura e objetiva da imensa gama de significados induzidos pelo signo sobre a estrutura-objeto onde as significações são produzidas. Tal constatação é decorrente do fato de que o próprio interpretante seria a expressão simbólica. Para Gilles-Gaston Granger,[544] a associação signo-interpretante, enquanto relação envolta à experiência prévia entre locutor e receptor, realizada sobre a técnica lingüística, não pode ser reduzida à idéia ou objeto do signo. Nesse ponto é que se evidencia o dualismo epistemológico explicação causal/compreensão resultante da consideração do fato humano sob a ótica das estruturas e significações, e que, para o citado autor, constitui a base para um movimento de revolta contra uma "redução positivista brutal" que busca um determinante causal, emprestado das ciências naturais, para objetivar o fato social. Ou, ainda com Granger:[545]

> Objetivar o fato social ou o fato psíquico de modo a coordenar-lhe um modelo abstrato cujos elementos são definidos por relações mútuas, não é reconduzir a essência e os modos a uma realidade de tipo inferior. Nada obriga a interpretar as ligações como coerções mecânicas e trocas de energia. A estrutura abstrata, ao contrário, implica uma recusa de interpretação que, aliás, a realidade dos fatos obrigará a ceder cedo ou tarde, mas em proveito de uma construção nova, mais adequada, se bem que ainda abstrata. Se a coesão e a eficácia de um conhecimento forem obtidas a esse preço, a empresa é legítima, por só poder ser apresentada como substituta da experiência vivida pelo efeito de uma aberração ideológica. É a palavra 'causalidade' que traz aqui, de fato, todo o peso do anátema. Vamos bani-la, pois, sem remorso: os matemáticos sempre que a utilizam é por metáfora ou quando querem justamente dar um interpretante sugestivo do 'objeto' de seus signos.

Dessa citação se faz possível notar o apelo a um novo paradigma do conhecimento que viesse a favorecer a compreensão, numa variante fenomenológica, promovendo uma estrutura associada a uma interpretação, orientada, de forma polêmica, quer em direção ao conteúdo crescente, ou

---

[543] BAKHTIN, Mikhail. Marxismo e filosofia da linguagem. São Paulo: Hucitec, 1992, p. 338.
[544] GRANGER, Guilles Gaston. Filosofia do estilo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, p. 138.
[545] *Ibid*, p. 143.

decrescente, do sentido como feixe de significações. Nesse âmbito, a hermenêutica, por não visar a uma realidade como objeto, valendo-se de processo distinto do utilizado pela ciência, aproximando-se mais da filosofia, consistiria um viés para a interpretação das significações da experiência. Sua empreita volta-se mais para uma reflexão interpretativa do que à construção de modelos estruturais que objetivam a experiência.

A questão que se coloca, por outro lado, é se a proposta de uma análise interpretante das estruturas significativas faria parte daquilo que entendemos como ciência. Para Gilles-Gaston Granger,[546] que parte do entendimento de que um paradigma da interpretação estaria afeto a uma filosofia da história, a resposta para tal pergunta seria negativa. Karl-Otto Apel,[547] ao identificar uma complementariedade entre as análises científica e hermenêutica no tocante ao trabalho de interpretação da ação humana, somente uma área do conhecimento humano que lograsse êxito em sintetizar os procedimentos da ciência e da hermenêutica poderia realizar a interpretação das culturas. Segundo esse autor, essa conciliação poderia ser alcançada por uma "antropologia do conhecimento", expressão por meio da qual vislumbra "um tipo de compreensão em que há um 'interesse cognoscitivo' para constituir o sentido".

Após o delineamento dessa base hermenêutica, que se caracteriza como uma modalidade de conhecimento voltada a um debate epistemológico entre o explicar e o compreender, inicia-se em meados do século XX um empreendimento crítico encabeçado por Dewey, Wittgenstein, Heidegger, e, num segundo momento, por Gadamer, que, ao invés de dar continuidade ao projeto de Dilthey, voltado a um aperfeiçoamento da metodologia do mister exegético de interpretação de textos, direcionou-se ao resgate da problemática ontológica, relegada a segundo plano pela pressuposição de uma hermenêutica entendida como epistemologia.

Segundo essa teoria crítica, o objetivismo científico não pode ser superado através de novas concepções teóricas. Mas, de forma antagônica, somente mediante uma demonstração prática entre as conexões relacionadas ao conhecimento e interesse é que se poderia aferir a validade das proposições, indissociáveis das intencionalidades dos sujeitos sociais que as formulam. Passa-se,

---

[546] GRANGER, Guilles Gaston. Filosofia do estilo. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.
[547] APEL, Karl-Otto. a*pud* AZAN JÚNIOR, Celso. Antropologia e interpretação: explicação e compreensão nas antropologias de Lévi-Strauss e Geertz. Campinas: Editora da UNICAMP, 1993, P. 26.

assim, a ser colocado em questão a pertinência e validade dos métodos científicos que até então eram aplicados sem qualquer hesitação ou reflexão quanto aos interesses envolvidos na construção do conhecimento.

Nessa perspectiva reflexiva, adota-se uma concepção pragmática do conhecimento científico, uma vez que passa a importar muito mais o processo em que se dá a produção do conhecimento, do que o conhecimento em si mesmo. Até mesmo porque, essa epistemologia pragmática não possui, e nem busca, uma concepção absoluta de verdade. De modo contrário, suas reflexões estão voltadas ao conhecimento enquanto prática social situada e datada local e historicamente.

Percebe-se, em síntese, que de um modo geral esse debate encontra-se cingido no âmbito de um questionamento crítico sobre a mediação entre a teoria e a realidade. Ou, para citar Jürgen Habermas:[548]

> A *ciência histórico-hermenêutica* produz o conhecimento em outro quadro metodológico. O sentido da validação das proposições não constitui o quadro de referência da atitude técnica. O plano da linguagem formalizada e o da experiência objetivada ainda não são distintos. Nem a teoria é construída dedutivamente nem a experiência é organizada tendo em vista o resultado da operação. O acesso aos fatos é dado através da compreensão do sentido, em lugar da observação. À verificabilidade sistemática das leis no quadro da ciência analítico-empírica contrapõe-se a exegese dos textos. A regra da hermenêutica determina o possível sentido do enunciado nas ciências do espírito.

Um outro aspecto em que a hermenêutica tem sido invocada é a relacionada ao distanciamento e estranheza dos discursos científico e jurídico frente aos discursos usuais que garantem sentido às relações e práticas sociais e individuais da sociedade contemporânea. Isto porque a burocratização da intelectualidade e dos critérios de justiça favorece uma delimitação do conhecimento, dificultando a apreensão do "sentido" desses respectivos discursos pelo público em geral. A esse respeito, Russel Jacoby[549] constata que à medida que essa absorção da vida intelectual se desenvolve, "a visão e os textos dos intelectuais contraem-se; o pensamento e a prosa tornam-se tortuosos e obscuros".

Em outros termos, os discursos científico e jurídico vêm assumindo perante a sociedade o *status* de um discurso anormal, uma vez que suas convenções estruturais mostram-se incomensuráveis, ou até mesmo ininteligíveis, para o cidadão

[548] BENJAMIN, HORKHEIMER, ADORNO e HABERMAS. Textos escolhidos (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 306.
[549] JACOBY, Russell. O fim da utopia. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 141.

comum.[550] A hermenêutica, nesse aspecto, tem a missão de tornar esse discurso anormal compreensível socialmente. Diante disso, é a ciência enquanto prática social de conhecimento e seu diálogo com o mundo que a reflexão hermenêutica procura evidenciar e compreender. E, nesse sentido, para Boaventura de Sousa Santos:[551]

> A reflexão hermenêutica visa transformar o distante em próximo, o estranho em familiar, através de um discurso racional – fronético, que não apodíctico – orientado pelo desejo de diálogo com o objeto da reflexão para que ele 'nos fale', numa língua não necessariamente a nossa mas que nos seja compreensível, e nessa medida se nos torne relevante, nos enriqueça e contribua para aprofundar a autocompreensão do nosso papel na construção da sociedade, ou, na expressão cara à hermenêutica, do mundo da vida.

Tem-se por evidente, assim, que a hermenêutica possui plena aplicação no trabalho de compreensão da relação entre as instituições centrais de produção do "conhecimento", "valores" e "verdades" e a sociedade. Sua adequação recai tanto sobre a necessidade de tornar compreensível o papel que a antropologia e o direito ocupam na sociedade como sobre o que elas dizem sobre a sociedade.

Nesse âmbito de análise, é imprescindível considerar e problematizar todas as implicações decorrentes da medição ou apreensão da realidade objetiva através da atividade de interpretação e o controle que o intérprete possui sobre esses resultados ou representações de significado. Efetivamente, há todo um universo de significações entre a compreensão inicial do intérprete sobre a realidade e como essa realidade é mediada. Conforme escreve a esse respeito Jürgen Habermas,[552] "o mundo do sentido é aberto ao intérprete somente na medida em que, ao mesmo tempo, problematiza seu próprio universo". E nesse aspecto, parece que a consciência crítica do hermeneuta constitui, assim, um pressuposto fundamental no trabalho de interpretação entre dois universos.

---

[550] É interessante notar que mesmo Merton já notava um distanciamento e ininteligibilidade do discurso científico (e que também pode ser perfeitamente extendido para abranger também o discurso jurídico) em relação ao público leigo: "À medida em que a relação entre o cientista e o leigo adquire importância, surgem incentivos para iludir a norma da ciência. O abuso da autoridade de especialistas e a criação de pseudociências entram em jogo quando a estrutura do controle exercido por colegas qualificados se faz ineficaz. (...) Porém, sua autoridade [da ciência] pode ser e é apropriada para propósitos interessados, precisamente por que os leigos não estão em condição de distinguir as pretensões espúrias das genuínas de tal autoridade. As declarações pretendidamente científicas que dos porta-vozes autoritários sobre a raça, a economia e a história são, para os leigos não instruídos, da mesma ordem que os informes dos jornais sobre a expansão do universo e a mecânica ondulatória.", *in*, MERTON, *apud* www.sabatini.com/marcelo/artigos/acad002-imperativos.htm, em 12.4.2010.

[551] SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução a uma ciência pós-moderna – Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 14.

[552] BENJAMIN, HORKHEIMER, ADORNO e HABERMAS. Textos escolhidos (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 307.

Em relação à dupla interpretação na antropologia, uma resultante da descrição da realidade cultural observada (*analytical description*), relacionada a um tratamento proposicional, e a outra consistente numa interpretação da descrição, mais direcionada a apreensão de aspectos semióticos, Clifford Geertz[553] adota claramente uma perspectiva hermenêutica ao escrever que:

> Duas abordagens, dois tipos de compreensão, devem convergir se se quer interpretar uma cultura: uma descrição e formas simbólicas específicas (um gesto ritual, uma estátua hierática) enquanto expressões definidas; e uma contextualização de tais formas no seio da estrutura significante total de que fazem parte e em termos da qual obtêm a sua definição. No fundo, isto é, obviamente, o já conhecido círculo hermenêutico: a apreensão dialética das partes que estão incluídas no todo e do todo que motiva as partes, de modo a tornar visíveis simultaneamente as partes e o todo.

Mas, sintomáticamente, assim como ocorre em relação à antropologia e ao conhecimento científico em geral, também no conhecimento jurídico a hermenêutica assume uma posição fundamental. Essa relevância da hermenêutica é decorrência do fato de que tanto a prática científica como a prática jurídica possuem em comum o trabalho exegético de interpretação de textos. A respeito dessa sintomática similitude entre a prática científica e a prática jurídica também foi notada por Bruno Latour,[554] que em suas observações etnográficas referentes às características entre os objetos científicos nos laboratórios e a objetividade jurídica no Conselho de Estado francês, viu exatamente na exegese sua origem comum:

> *Before exploring these differences, we should recall the common origin of both legal and scientific practices, the ancestral learning that still constitutes the basic apprenticeship of scientists and lawyers, namely, the manipulations of texts, or of inscriptions in general, which are accumulated in a closed space before being subjected to a subtle exegesis which seeks to classify them, to criticize them and to establish their weight and hierarchy, and which for both kinds of practitioner replace the external world, which is in itself unintelligible. For both lawyers and scientists, it is possible to speak confidently about the world oly once it has been transformated – whether by the word of God, a mathematical code, a play of instruments, a host of predecessors or a natural or positive law – into a Great Book, which might equally well be of nature or culture, whose pages been ripped out and rearranged by some diabolical agency, so that they have now to be compiled, interpreted, edited and rebound. With scientists, as with judges, we find ourselves already in a textual universe which has the double peculiarity of being so closely linked to reality that it can take its place, and yet unintelligible without an ongoing work of interpretation. And for both scientists and jurists this incessant activity generates new texts, whose quality, order and coherence will, paradoxilly,*

[553] GEERTZ, Clifford. Negara: O Estado teatro do século XIX. Lisboa: Difusão Editorial, 1991, p. 133.
[554] LATOUR, Bruno. The making of law: an ethnography of Conseil d'État. Malden, MA: Polity Press, 2010, p. 223.

> *increase the complexity, disorder and incoherence of the corpus they leave to their sucessors, who will themselves have to take on this labour of Sisyphus or Penelope. Stitching, weaving, reviewing and revising of Exegesis, mother of both science and law.*

Com efeito, especificamente no campo do direito, Carlos Maximiliano já enfatizava que "o intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito".[555] Através da hermenêutica, o jurista procura determinar o "sentido" das expressões jurídicas, para que assim possa realizar o trabalho de subsunção de uma norma geral e abstrata ao fato social e concreto que se apresenta diante dele. As regras de direito positivo se apresentam na forma de texto ao intérprete, e o próprio caso concreto que suscita a aplicação da norma, não obstante sua realidade empírica, também será exposto principalmente ao juiz de direito através de uma representação textual. Dessa maneira, o recurso a métodos de interpretação é essencial para que o intérprete estabeleça um "sentido" da regra positiva cuja aplicação se requer diante de um fato social concreto.

E nesse âmbito de análise, considerando que a vocação disciplinar apresentada atualmente à antropologia não se encontra mais limitada ao estudo de comunidades primitivas ou subgrupos relativamente homogêneos dentro de uma sociedade complexa, uma vez que ampliou seus horizontes epistemológicos para passar a investigar etnograficamente como se opera a construção, representação, e transmissão do conhecimento nos complexos espaços sociais que compõem a sociedade contemporânea, o campo do direito mostra-se passível de ser analisado sob o "olhar" antropológico, especialmente através da análise etnográfica de suas práticas discursivas e textuais. E nesse projeto etnográfico, onde o antropólogo passa a desenvolver um trabalho essencialmente interpretativo, o referencial hermenêutico passa a se apresentar como o principal instrumento de aproximação entre o jurídico e antropológico.

Tem-se, portanto, que a hermenêutica representa tanto para o direito como para a antropologia um importante referencial comum. Tanto que para Clifford Geertz o trabalho antropológico pode ser comparado ao que poderia ser compreendido como uma espécie de um "novo filólogo". Isto porque, considerando que o significado de uma inscrição textual é fixado em um meta-nível, ou seja, atrelado e dependente dos processos sociais e culturais que conferem a

[555] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10.

significação, tem-se que o antropólogo, em seu trabalho hermenêutico ou interpretativo, atuaria como "uma espécie de autor secundário", cuja função "é reinscrever, ou seja: interpretar um texto através de um outro texto".[556] Portanto o antropólogo, como uma espécie de "novo filólogo", também tem por função promover um diálogo entre as diversas formas de representação textual e os processos sociais e culturais que subjazem suas significações.[557] Conforme sintetiza Paul Rabinow,[558] "os antropólogos interpretativos trabalham com o problema da representação da representação de outros".

Dessa forma, a análise de como a ciência e o direito são produzidos, transmitidos, e validados na prática consiste em atividade fundamental para a compreensão da sociedade contemporânea. Em razão disso, é importante delinear em seguida uma breve síntese de como a ciência, o direito, e o conhecimento em geral passaram a ser estudados em seus aspectos práticos, discursivos e textuais do mesmo modo que os antropólogos estudam comunidades isoladas e distantes.

A SOCIOLOGIA DO CONHECIMENTO: UMA REFLEXÃO SOBRE A INFLUÊNCIA DAS CONDIÇÕES SOCIAIS NA PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

O termo "sociologia do conhecimento" foi empregado inicialmente por Max Scheler e Karl Mannheim (*Soziologie des Erkennens, Wissensoziologie*). Seus postulados básicos consistem na constatação de que o conhecimento também é determinado por fatores extracognitivos, e não somente por seus objetos e antecedentes lógico-formais.[559]

---

[556] GEERTZ, Clifford. O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa – Petrópolis: Editora Vozes, 1997, p. 51.

[557] Segundo Becker, citado por Clifford Geertz, "em um mundo multicultural, um mundo de epistemologias múltiplas, há necessidade de um novo tipo de filólogo – um especialista em relações contextuais – em todas as áreas do conhecimento que tenham a construção de textos como atividade principal: literatura, história, direito, música, política, psicologia, comércio, e até mesmo guerra e paz.", *in*, GEERTZ, Clifford. O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa – Petrópolis: Editora Vozes, 1997, p. 52.

[558] RABINOW, Paul. Antropologia da razão: ensaios de Paul Rabinow. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

[559] Segundo Peter Burke, "a idéia segundo a qual o que os indivíduos acreditam ser verdade ou conhecimento é influenciado, se não determinado, por seu meio social não é nova. Nos primórdios da era moderna – para mencionar apenas três exemplos famosos – a imagem dos 'ídolos' da tribo, caverna, mercado, e teatro de Francis Bacon, as observações sobre a 'arrogância das nações' (em outras palavras, etnocentrismo), de Giambattista Vico, e o estudo da relação entre as lei dos diferentes países e seus climas e sistemas políticos, de Charles de Montesquieu, expressam essa intuição fundamental de maneiras diferentes.", *in*, BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 12.

Como já visto, o termo "sociologia do conhecimento" vem sendo empregado desde aproximadamente os anos 20 – sobretudo quando Karl Mannhein publicou, em 1929, "*Ideologie und Utopie"* – como uma forma de análise que visava expor as ligações de determinadas áreas do pensamento como a religião, a história, a filosofia, a economia, a arte, o direito, o pensamento político e a própria sociologia, ao contexto social subjacente, considerando-as como construções humanas histórica e culturalmente desenvolvidas e localizadas.[560] Afeta principalmente pelos determinantes sociais do pensamento, em conformidade à tradição materialista, Mannhein[561] propõe em sua tese que o conhecimento qualitativo compreendido no âmbito das humanidades e das ciências sociais é impregnado por fatores sociais como "a situação do grupo na sociedade e na história, (...) os objetivos e as necessidades de sua ação coletiva". Nessa mesma época, porém numa perspectiva voltada mais aos determinantes culturais da construção do conhecimento, conforme a tradição idealista, Piritim A. Sorokim,[562] em seu texto "*Social and Cultural Dynamics"*, ao contrário de Mannheim, procura demonstrar que "aquilo que determinada sociedade considera verdadeiro ou falso, científico ou não científico, legítimo ou ilegítimo, belo ou feio, é fundamentalmente condicionado pela natureza da cultura dominante". Segundo essa teoria, as categorias fundamentais da mente humana, e, conseqüentemente, o conhecimento humano, são influenciados por premissas culturais, o que pode ser constatado no desenvolvimento histórico pela flutuação de sistemas de verdade, moral e de direito.

Trabalhos dos austríacos Moritz Schlick (1918) e Rudolf Carnap (1923) e do inglês N.R. Campbell (1920) estabeleceram um influente grupo de discussão, o Círculo de Viena, que no final da década de 20 desenvolveu vários aspectos dessa visão da ciência, que unia os métodos da lógica com a postura empirista (conhecimento fundado na observação) e positivista (enfatizando a demarcação entre ciência e metafísica), estabelecendo o método do positivismo lógico.

---

[560] Conforme a análise de Michel Löwi sobre a obra "Ideologia e utopia", "para Mannheim, a sociologia do conhecimento desmascara todo o mundo, inclusive o marxismo; já ninguém tem máscara, todos são apresentados como relacionados a posições sociais determinadas. A superioridade da sociologia do conhecimento em relação ao marxismo seria o fato de não haver mais exceções, não haver mais privilégios, todos foram desmascarados, todas as teorias, ciências, interpretações da realidade econômica, social e histórica, vinculadas ou dependentes de uma posição social. Não se trata só de desmascarar, se trata também de reconhecer a contribuição parcial de cada um desses pontos de vista: cada um contribui para o conhecimento da realidade, mas é uma contribuição limitada.", *in*, LÖWY, Michael. Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1991, p. 82.

[561] MANNHEIN, Karl. a*pud* PERELMAN, Chaïn. Retóricas – São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 294.

[562] SOROKIM, Piritim A., *apud* PERELMAN, Chaïn. Retóricas – São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 294.

Também integrante do Círculo de Viena, Karl Popper, em “A Lógica da Pesquisa Científica”, publicado originalmente em 1935, apesar de compartilhar da valorização da lógica na construção do conhecimento científico, foi um dos críticos mais brilhantes do positivismo lógico, enfatizando que na ciência não se deve procurar verificar sentenças básicas, mas sim procurar falseá-las. A ciência somente alcançaria progressão pelo método “hipotético-dedutivo” e não através da "generalização indutiva", característica do positivismo pelo qual a ciência decide acerca da verdade.

Para Karl Popper[563] não é dado à ciência alcançar a verdade ou a falsidade. Aos enunciados científicos somente é possível atingir “graus sucessivos de probabilidade, cujos inatingíveis limites, superior e inferior, são a verdade e a falsidade”. Desse modo, tem-se que para Popper os enunciados científicos proporcionam referenciais provisórios, ou uma espécie de verdades “*ad hoc”*, que serão tidas como enunciados básicos até que sejam suplantadas, ou corroboradas, por outros novos enunciados científicos que, num processo racional de construção da ciência, tenham se mostrado mais fortes que os enunciados superados. Ou, para citar o próprio Popper:

> Importa acentuar que uma decisão positiva só pode proporcionar alicerce temporário à teoria, pois subseqüentes decisões negativas sempre poderão constituir-se em motivo para rejeitá-la. Na medida em que a teoria resista a provas pormenorizadas e severas, e não seja suplantada por outra, no curso do progresso científico, poderemos dizer que ela “comprovou sua qualidade” ou foi “corroborada” pela experiência passada.

E, um pouco mais à frente Popper[564] conclui que:

> A possibilidade de teste intersubjetivo implica em que outros enunciados suscetíveis de teste possam ser deduzidos dos enunciados que devam ser submetidos a teste. Assim, se os enunciados básicos devem ser, por sua vez, suscetíveis de teste intersubjetivo, *não podem existir enunciados definitivos em ciência* – não pode haver, em Ciência, enunciado insuscetível de teste e, conseqüentemente, enunciado que não admita, em princípio, refutação pelo falseamento de algumas das conclusões que dele possam ser deduzidas.

Efetivamente, tem-se que na perspectiva popperiana é a possibilidade dos enunciados científicos serem submetidos a testes intersubjetivos que confere objetividade aos mesmos, e não o seu grau de comprovação empírica. Até mesmo

---

[563] POPPER, Karl R. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 30.
[564] *Ibid*, p. 49.

porque, algumas observações já podem ser consideradas como científicas mesmo antes de serem testadas empiricamente por diversas vezes.

Dessa maneira, tem-se que na perspectiva epistemológica proposta por Popper procura-se definir, através da lógica do conhecimento, uma clara linha de demarcação entre ciência e idéias metafísicas. Como já dito acima, Popper não considera que o objetivo da ciência seja a obtenção de enunciados absolutamente verdadeiros e irrevogáveis, o que tem como afeto a um inadmissível dogmatismo positivista. Isto porque se a ciência empírica fosse caracterizada somente pela estrutura lógica-formal de seus enunciados não haveria como excluir dela o conteúdo metafísico consistente na exigência de considerar uma teoria científica obsoleta como uma verdade perene e incontestável. Mas antes, à lógica do conhecimento estaria reservada a tarefa de elaborar um "conceito de ciência empírica" que viesse a tornar possível uma definição da terminologia e da metodologia científica, ainda contaminada por resquícios metafísicos. As razões para que a ciência empírica seja caracterizada por seus métodos, segundo a concepção popperiana, seriam a maneira como que os cientistas manipula os sistemas científicos, aquilo que fazem com eles, e aquilo que fazem a eles.[565]

Nota-se, portanto, que há no pensamento de Karl Popper, um revigoramento da teoria filosófica genuína, até então descartada pelos positivistas.[566] Antes da publicação do texto "A lógica da pesquisa científica", as idéias de Popper foram veementemente criticadas pelos adeptos do Círculo de Viena, para os quais era impossível uma teoria do método que não fosse nem ciência empírica nem pura lógica, uma vez que o resultado de qualquer desses campos seria totalmente sem sentido. Objetando as críticas que os positivistas lhe dedicaram, Popper[567] manifestou-se da seguinte maneira:

> O positivista não aprova a idéia de que deva existir uma teoria genuína do conhecimento, uma epistemologia ou metodologia. Ele inclina-se a ver, em todos os problemas dito filosóficos, meros "pseudoproblemas" ou "charadas". Ora, essa inclinação – que, digamos de passagem, ele nunca expressa em termos de desejo ou de proposta, mas em termos de enunciado de ato – sempre pode ser satisfeita. Com efeito, nada mais fácil do que apresentar um problema como "destituído de significado" ou como "pseudoproblema". Tudo

[565] *Ibid*, p. 52.
[566] Conforme destaca Boaventura de Souza Santos (1989, p. 124), "foi o predomínio da concepção positivista que levou ao isolamento a obra de Bernal, uma das primeiras tentativas para analisar o impacto da sociedade na ciência sob uma perspectiva marxista. Pode-se mesmo considerar Bernal o fundador da "ciência da ciência", uma disciplina que incluía a sociologia, a historia, a psicologia, etc., e tendo por objeto de estudo a ciência".
[567] *Ibid*, p. 53.

> o que se faz necessário é estabelecer uma significação convenientemente restrita para “significação” e dentro em pouco haverá como dizer, a propósito de qualquer questão inconveniente, que não há como nela vislumbrar qualquer significação. Mais ainda: se não admitirmos como significativos quaisquer problemas, a não ser os relativos à ciência natural, qualquer debate em torno do conceito de “significação” mostrar-se-á sem significação. O dogma da significação, uma vez acolhido, paira acima de qualquer disputa. Não pode mais ser atacado. Torna-se (em palavras de Wittgenstein) “inexpugnável e definitivo”.

A par dessa sucinta descrição das formulações teóricas que marcaram a ascensão da "lógica da ciência" na década de 30, representada nos trabalhos de Carnap, Popper, e outros estudiosos, é importante também destacar o sociólogo norte-americano Robert Merton, que publicava em 1938 o livro “Ciência, Tecnologia e Sociedade na Inglaterra do Século XVII”, onde analisava a institucionalização da ciência neste período e o papel desempenhado pela ética puritana na produção científica, uma vez que, conforme constatado em suas pesquisas, uma parte significativa dos cientistas ingleses daquele período eram puritanos.

Percebe-se, assim, que o enfoque empregado por Merton em suas pesquisas sobre a história da ciência é eminentemente institucional, tendo ainda este autor definido os quatro imperativos institucionais da ciência: universalismo (o conhecimento científico deve ser fundamentado em critérios preestabelecidos e impessoais), comunismo (o produto da ciência é resultado da colaboração social e pertence, desse modo, a comunidade), desinteresse (conferência pública do conhecimento obtido pela ciência), e ceticismo organizado (mandato institucional e metodológico destinado a apurar a validade dos resultados das pesquisas científicas).

Salvo raras exceções, a sociologia, pelo menos a do conhecimento, não era aplicada sobre as ciências naturais, como a física, a química, a biologia, entre outras. Naquele momento, a sociologia em vigor, quer fosse a de Max Weber ou a de Robert Merton, mantinha-se essencialmente “externalista”, ou seja, interessada nos efeitos sociais da ciência, sendo que as denominadas questões “internalistas”, como as que indagam sobre o porque das teorias científicas assumirem a forma que assumem, ou porque tais teorias alcançam a relevância e a influência que lhes são conferidas, continuavam ao largo das ciências sociais.

Para Clifford Geertz, foi exatamente essa linha divisória aparentemente intransponível, que separa a ciência como forma de atividade intelectual (saber), da ciência como fenômeno social (prática), que Thomas Kuhn questionou em “A

estrutura das revoluções científicas", texto escrito e publicado em 1962. Muito embora estimando como inviável, e até mesmo impraticável, discorrer sobre todos os argumentos apontados pela comunidade científica como favoráveis ou contrários às teses propostas por Kuhn, Geertz[568] traz de forma sucinta as principais teses propostas nesse texto:

> (...) a de que a mudança científica é descontínua, alternando-se entre longos períodos de estabilidade 'normal' e pequenos surtos de convulsão 'revolucionária'; a de que a pesquisa científica 'normal' é regida por modelos estabelecidos – os famosos paradigmas –, que constituem modelos de solução de quebra-cabeças para a comunidade pertinente; a de que esses paradigmas são 'incomensuráveis' e de que os cientistas que trabalham com paradigmas diferentes só apreendem parcialmente as idéias uns dos outros, na melhor das hipóteses; a de que a 'escolha da teoria', o movimento de um paradigma para outro, é mais adequadamente descrita como uma questão de 'conversão' intelectual por mudança da *Gestalt* do que como um confronto gradativo, ponto a ponto, entre a visão abandonada e a aceita; e a de que o grau em que os paradigmas se cristalizam numa ciência é uma medida de sua maturidade, de sua 'exatidão' ou 'inexatidão', e de sua distância e diferença das iniciativas não científicas.

No entanto, a tese mais influente apresentada por Thomas Kuhn é no sentido de que uma mudança científica não consiste, por si só, numa investida certeira na descoberta de uma verdade ainda não alcançada pelo paradigma superado. Tal proposição aguçou sobremaneira os debates daqueles que viam a ciência e a razão como o verdadeiro e único caminho para a verdade e o real. Na concepção kuhniana, a história da ciência se revela como uma reprodução de comunidades científicas auto-recrutadoras, normatizadas, competitivas, e historicamente localizadas e determinadas. Ou, para citar as palavras de Kuhn:[569]

> A ciência normal e as revoluções são ... atividades baseadas na comunidade. Para descobri-las e analisá-las, primeiro é preciso desenredar a estrutura comunitária mutável das ciências ao longo do tempo. Um paradigma não rege ... um assunto, mas um grupo de praticantes. Qualquer estudo das pesquisas norteadas por paradigmas ou destruidoras de paradigmas deve começar pela localização do grupo ou grupos responsáveis.

Enquanto Popper atribui à falsificação o papel de questionar negativamente a validade das teorias científicas, para que, confirmada a falsidade de um de seus

---

[568] GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989, p. 145.

[569] KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1991, 179-180.

fundamentos, a teoria acabe sendo inevitavelmente rejeitada, Kuhn[570] confere tal atribuição às experiências anômalas, entendidas como aquelas que "ao evocarem crises, preparam o caminho para uma nova teoria". Nesse âmbito de análise, Kuhn chega a duvidar da existência das experiências de falsificação propostas por Karl Popper, visto que, em seu entendimento, "se todo e qualquer fracasso na tentativa de adaptar teoria e dados fosse motivo para a rejeição de teorias, todas as teorias deveriam ser sempre rejeitadas". Por outro lado, Kuhn destaca a relevância da proposta de Popper pelo fato desta gerar "competidores para um paradigma existente", muito embora entenda que "a competição de paradigmas não é o tipo de batalha que possa ser resolvido por meio de provas".[571]

Ainda no âmbito da formulação dessa nova teoria sobre a história da ciência, Paul Feyerabend, em seu livro "Contra método*"* (1975), faz uma abordagem da ciência considerando-a como fruto não de um empreendimento racional, mas antes como resultado de fatores não-racionais como a persuasão, a retórica, os instrumentos colocados à disposição do cientista, sua criatividade individual etc. Enquanto Thomaz Kuhn partia de uma analogia política ao descrever "revoluções" científicas, Feyerabend usou tal analogia para caracterizar a ciência como "anarquia", considerando que a diversidade de métodos e teorias é fundamental para o progresso da ciência.

A questão da internalidade/externalidade da história da ciência foi ainda desenvolvida e implementada, num segundo momento, por S. B. Barnes (1982), conferindo à disciplina uma reflexão sociológica. Nesta dicotomia interno/externo, já antes considerada por Kuhn como insatisfatória, Barnes verifica a existência de "um mito maniqueísta sobre o conhecimento por meio do qual se estabelece uma pronunciada fronteira entre ciência e seu contexto social". Em outras palavras, haveria uma supervalorização da "decisão científica", assentada nas regras universais da razão, em detrimento das outras formas de conhecimento derivadas das "contingências sociais".[572]

É a partir dessa dicotomia entre os estereótipos da história interna e externa distinguida por Barnes, posteriormente, mediante uma incrementação sociológica, como a havida entre fatores macro-políticos e micro-políticos, que se iniciou o

---

[570] *Ibid*, p. 186.
[571] *Ibid*, p. 187-188.
[572] *Apud* CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. Sobre o pensamento antropológico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988, p. 168.

desenvolvimento dessa linha de pesquisa na qual o olhar sociológico é direcionado ao saber científico. Os intelectuais passaram a ser vistos como um grupo profissional dotado de interesses profissionais. Como diz um editor de um livro sobre os intelectuais, citado por Jacoby:[573] "todos parecem concordar que hoje em dia os intelectuais (...) estão, como nunca antes, vinculados a circunstâncias institucionais". Tal fato estaria ainda mais evidente considerando que a sociedade passou a exigir uma "produção em massa de profissionais com treinamento acadêmico"

Mas foi a partir de "*Homo Academicus"*, de Pierre Bourdieu, que o estudo sobre os intelectuais e acadêmicos alcançou a condição de subcampo científico. Suas pesquisas tinham a própria instituição acadêmica, com a pesquisa da dimensão micro-política da produção científica, assim como da relevância da distinção entre "sujeito empírico" e "sujeito epistêmico", da reprodução do conhecimento e da sua transmissão disciplinada.[574]

Assim, muito embora a epistemologia continuasse a ser ensinada nos departamentos de filosofia, esta outra tradição de pensadores começou a questionar a possibilidade de uma teoria geral das representações mentais, compreendida nas reivindicações filosóficas de fundar e basear toda a verdade. Segundo Paul Rabinow:[575]

> Estes pensadores não procuram construir teorias melhores e alternativas da mente ou do conhecimento; o objetivo deles não era melhorar a epistemologia mas sim jogar de forma diferente. Rorty chama este jogo de hermenêutica. Para ele, isto simplesmente significa conhecimento sem fundamentos; um saber que é essencialmente uma conversação edificante... Ainda que se aceite a desconstrução que Rorty faz da epistemologia, as conseqüências de tal movimento permanecem abertas... rejeitar a epistemologia não significa rejeitar a verdade, a razão ou padrões de julgamento.

Nesse mesmo âmbito analítico, porém sob um enfoque diverso daquele utilizado por Richard Rorty[576] ao separar certeza e verdade na desconstrução da

---

[573] JACOBY, Russell. O fim da utopia. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 154.

[574] Nessa mesma linha: "Num estudo sobre o mundo acadêmico norte-americano, Veblen iluminou os escuros desvãos do sistema universitário com sua tocha sociológica, comparando os acadêmicos a outros 'guardiãos' do 'conhecimento esotérico', como os 'padres, xamãs, curandeiros', observando que, dentro do grupo, esse conhecimento esotérico é considerado verdade universal, 'embora seja evidente para qualquer estranho que ele deriva seu caráter, alcance e método dos hábitos de vida do grupo'.", *in*, BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 13.

[575] RABINOW, Paul. Antropologia da razão: ensaios de Paul Rabinow. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 74.

[576] RORTY, Richard. Objetivismo, relativismo e verdade – Rio de Janeiro : Relume-Damará, 1997.

epistemologia,[577] Ian Hacking, em "*Language, Truth and Reason"*, sugere a existência de distintas "filosofias": umas voltadas à busca da verdade, e outras que denomina de "estilos de pensamento" – num esforço de não limitá-las à filosofia moderna –, que possibilitariam uma ampliação das possibilidades ao procederem em termos de "verdade ou falsidade". Enquanto aquelas são dependentes de um evento histórico anterior para o estabelecimento daquilo que é tido como "verdade", ou seja, necessitam de uma determinada forma de pensar sobre verdade e falsidade que condiciona, aprioristicamente, uma proposição, para que esta possa então ser considerada verdadeira ou falsa, os denominados "estilos de pensamento" aceita previamente a possibilidade de verdade e falsidade. Em seus próprios termos, Ian Hacking[578] coloca a questão da seguinte maneira:

> Por raciocínio eu não quero dizer lógica, quero dizer justamente o oposto, pois lógica é a preservação da verdade, enquanto que um estilo de raciocínio é o que introduz a possibilidade de verdade e falsidade... estilos de raciocínio criam portanto a possibilidade de verdade e falsidade. Dedução e indução preservam tão somente esta possibilidade.

Evidencia-se da citação acima a intenção de Hacking em superar os domínios limitados da lógica, que não seria capaz de servir de base e fundamento para toda a verdade. E o risco de uma sucumbência à total relativização da razão, mediante a submissão das diferentes concepções históricas de verdade e falsidade para uma mera questão de subjetivismo, é suprida por Hacking mediante uma evocação à positividade das proposições que necessariamente substanciam o raciocínio. A ciência, nessa concepção, permaneceria suficientemente objetiva "simplesmente porque os estilos de raciocínio que empregamos determinam o que conta como objetividade...".[579] Os estilos históricos de raciocínio, método e objetos propiciariam, assim, outros instrumentos que poderiam ser utilizados neste jogo ostentando o mesmo *status* de "verdadeiro" conferido aos procedimentos utilizados anteriormente. Enquanto que para Rorty essas idéias podem ser consideradas afetas à hermenêutica, Hacking[580] as considera como fruto de um "anarco-

---

[578] HACKING, Ian. apud RABINOW, Paul. Antropologia da razão: ensaios de Paul Rabinow. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 74-75.
[579] *Ibid*, p. 75.
[580] *Ibid*, p. 76.

racionalismo", entendido como a "tolerância para com outras pessoas, combinada com a disciplina dos próprios padrões de verdade e razão".

Estas idéias "anarco-racionalistas" apresentadas por Hacking foram consideradas de maneira paralela por Michel Foucault em "Arqueologia do saber" e "A ordem do discurso", onde os conceitos de "verdade e falsidade" e "estilos de pensamento" puderam ser analisados. No entanto, tem-se que no pensamento de Foucault e outros pensadores franceses praticantes da filosofia da ciência, como Georges Canguilhem, além da preocupação com a problemática da epistemologia, há também uma recorrência a categorias como "sociedade" e "poder", o que não se acha presente no trabalho de Rorty e, em menor escala, nos textos de Hacking. Mediante essa recorrência, percebe-se uma limitação da proposta de que o saber não passaria de uma conversação edificante. Muito embora Rorty ajude a limitar as reivindicações da filosofia, para Paul Rabinow[581] "a conversação entre indivíduos e culturas somente é possível dentro de contextos moldados e limitados por relações históricas, culturais, políticas e práticas sociais parcialmente discursivas que as constituem". Desse modo, o ponto de partida continua sendo a constatação de que o pensamento não passa de um conjunto de práticas localizáveis historicamente, o que favorece um retorno à epistemologia.[582] Enfim, pode-se afirmar que Foucault, ao contrário de Rorty, considera as idéias filosóficas como práticas sociais e não simplesmente alterações aleatórias numa conversação.

A "NOVA" SOCIOLOGIA DO CONHECIMENTO OU A CONFIGURAÇÃO DE UMA ANTROPOLOGIA DO CONHECIMENTO?

A partir da exposição teórica no tópico anterior, pode-se notar que importantes contribuições ao desenvolvimento da sociologia do conhecimento também advieram de fora da disciplina. É o caso de Thomas Kuhn, na história da ciência, de Claude Lévi-Strauss e Geertz, na antropologia, e de Michel Foucault e Richad Rorty, na filosofia, dentre outros. Num segundo momento, Norbert Elias,

[581] RABINOW, Paul. Antropologia da razão: ensaios de Paul Rabinow. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 77.

[582] Em outra passagem, Rorty define a epistemologia da seguinte forma: "Este projeto de saber mais acerca do que nós conhecemos e do modo como podemos conhecer melhor através do estudo de como funciona a nossa mente veio a ser batizado com o nome de 'epistemologia'" (*apud* Santos, 1989, p. 20).

antigo assistente de Mannheim, também legou importantes contribuições à sociologia do conhecimento, especialmente pela sua formulação de uma "teoria dos *establishments* científicos".[583] Mesmo as determinantes contribuições de Pierre Bourdieu, com seus estudos sobre "prática teórica" e o poder das universidades na definição do que é ou não é considerado como conhecimento legítimo, foram em grande parte devidas à sua formação de antropólogo. Essa perspectiva crítica da sociologia do conhecimento também foi compartilhada por filósofos da tradição da Escola de Frankfurt como Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel.

Diante de tais contribuições multidisciplinares, era inevitável que a sociologia do conhecimento se distanciasse ou ganhasse novas configurações daquelas conferidas pelos seus precursores, ao ponto de legar à esta disciplina a denominação de "nova sociologia do conhecimento".[584] Sem se distanciar muito da tradição inerente à "velha" sociologia do conhecimento, essa nova linha passou a direcionar seu enfoque sobre as condições de produção do conhecimento considerado válido, ou seja, científico. Intenta-se, assim, mediante o estudo "microscópico" da prática científica, promover uma ruptura com a linha divisória que separa a ciência das outras formas de conhecimento numa valorização do "conteúdo" do conhecimento em detrimento da "forma" de sua produção.

Sob a influência do movimento identificado como "Virada Lingüística", a "nova" sociologia da ciência tem também como uma de suas principais características a valorização dos aspectos lingüísticos e semióticos da prática científica. Passa a ser recorrente a análise metadiscursiva sobre a linguagem presente nas construções de "signos" e enunciados científicos, que envolvem verdadeiras "negociações" entre os cientistas, que no necessário esforço de persuasão para a obtenção do consenso, recorrem a estratégias retóricas para convencer os partidários das teses contrárias sobre a maior "validade" da tese proposta. Parte-se, portanto, do pressuposto de que os resultados científicos são sempre apresentados através de "proposições" construídas intersubjetivamente, e que, em seu conjunto, constituem uma "linguagem" própria de cada comunidade científica, as quais servem de suporte de "sentido".[585]

---

[583] BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 16.
[584] *Ibid*, p. 16.
[585] Essa parece ser a noção trazida por Ludwig Wittgenstein quando critica a falta de sentido lógico de algumas proposições construídas ao longo da história da filosofia: "O homem possui a capacidade de construir linguagens

Com efeito, Peter Burke aponta para quatro diferenças entre a primeira e a segunda geração da sociologia do conhecimento: o primeiro diferencial passível de ser notado seria a ênfase que a segunda geração passou a conferir à "construção", "produção" ou mesmo "manufatura" do conhecimento, em lugar da antiga ênfase na sua aquisição e transmissão, identificando, assim, uma inclinação pós-estruturalista ou pós-moderna na disciplina. "Há menos insistência sobre a estrutura social e mais sobre os indivíduos, sobre a linguagem e sobre práticas como a classificação e o experimento".[586]

Em segundo lugar, Burke destaca que os detentores do conhecimento analisados pelos sociólogos do conhecimento são hoje vistos como um grupo maior e mais variado. O objeto da sociologia do conhecimento passou a não se limitar mais somente aos intelectuais das universidades, estendendo-se, também, para "conhecimentos práticos, locais ou cotidianos", de modo que as iniciativas passaram a estar mais afetas aos métodos da escola dita "etnometodológica", representada principalmente por Harold Garfinkel, Bruno Latour, Knorr Cetina, e S. Woolgar. Com efeito, a etnodetodologia, também denominada antropologia da ciência, se propõe a estudar as práticas cotidianas e rotineiras dentro de grupos ou instituições sociais, empresas e laboratórios, responsáveis pela produção do conhecimento científico.

Como terceiro aspecto de diferenciação, Burke aponta para o maior interesse dessa "nova sociologia do conhecimento" pela microssociologia, ou seja, "pela vida intelectual cotidiana de pequenos grupos, círculos, redes ou 'comunidades epistemológicas', vistas como as unidades fundamentais que constróem o conhecimento e conduzem sua difusão por certos canais". Como se verifica, este tipo de abordagem está muito próxima da antropologia, de modo que alguns autores passaram a recorrer ao uso da expressão "antropologia do conhecimento" (Elkanah, 1981; Crick, 1982; Burke, 2003) para conceituar essa "nova sociologia do conhecimento".[587]

---

com as quais pode expressar qualquer sentido sem ter nenhuma noção de como e do que significa cada palavra. – Tal como se fala sem saber como os sons individuais são produzidos. (...) Os acordos tácitos para a compreensão da linguagem corrente são enormemente complicados. As proposições e questõe que têm sido escritas acerca de temas filosóficos não são, na sua maior parte, falsas mas sem sentido. Não podemos por isso responder a questões deste gênero mas apenas estabelecer a sua falta de sentido. As proposições e questões dos filósofos fundamentam-se na sua maior parte, no facto de não compreendermos a lógica da nossa linguagem.", *in*, WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico filosófico/Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 52-53.

[586] *Ibid*, p. 17.

[587] *Ibid*, p. 17.

Em quarto lugar, quando se pensava nos primórdios da sociologia do conhecimento que o conhecimento era socialmente situado, se fazia referência mais à classe social do que ao gênero ou à geografia da distribuição espacial do conhecimento.

Denota-se, portanto, que esses múltiplos aspectos identificados à sociologia do conhecimento, principalmente àqueles voltados ao caráter situado (*situaded*) de toda reivindicação de conhecimento, trazem, em si, traços de pós-modernismo que também se fez presente na antropologia.

Mas também parece haver uma nítida relação de uma antropologia do conhecimento com a "história das idéias". Originada inicialmente a partir de um projeto orientado para uma "literatura comparada, como a desenvolvida em 1931 por Paul Van Tieghem, a história das idéias começou a ganhar seus contornos epistemológicos em 1940, com a criação do *"Journal of History of Ideas"*. Segundo essa proposta, a noção de "idéia" é tomada num sentido amplo, sem qualquer limitação ou referência a uma doutrina específica, devendo ser compreendida como "simples instrumento cômodo para designar conhecimento e reflexão abstrata ao lado do prazer estético, ou ainda a representação intelectual de um estado de sensibilidade". E nessa perspectiva é que todos podem compreender o sentido amplo quando se refere às "idéias 'filosóficas' de Shelley, 'religiosas' de Lessing, 'científicas' de Lucrécio, 'políticas' de Goethe, 'estéticas' de d'Annunzio. Mais confusas são as 'idéias sentimentais', ou formas de expressão literária da sensibilidade"[588].

A história das idéias abrange, dessa maneira, as relações entre a literatura e as outras formas de representação das idéias através da textualidade, num trabalho essencialmente comparativo. E é exatamente devido a sua vocação "comparativa" situada principalmente nas "fronteiras" dos domínios intelectuais, como uma espécie de nova filologia à qual Geertz se referia, sobre as diversas "linguagens" e "discursos" representados textualmente, que a história das idéias parece estar compreendida num projeto mais amplo e abrangente ligado à antropologia do conhecimento. Afinal, as "idéias" podem ser vistas, segundo Brunel, Pichois e

[588] BRUNEL, p, PICHOIS, c, e ROUSSEAU, a. m. Que é literatura comparada? São Paulo: Editora perspectiva, 1983.

Rousseau,[589] como "intermediários" e "denominador comum" das mais diversas formas discursivas.

> Bastante raros são os filósofos, como Bérgson, Bachelard ou Sartre, que usam frequentemente documentos literários. Em compensação, nenhum comparatista poderia abster-se dos filósofos para a compreensão de inúmeros textos. Entre os grandes sistemas sem pátria nem fronteiras, patrimônio da humanidade, e a literatura concreta particular, pitoresca, sobrecarregada pela língua, a ligação se efetua por toma uma gama de autores que leram os grandes filósofos, ou pelo menos seus divulgadores (Villiers de l'Isle-Adamm só conheceu Hegel por intermédio de Pontavice, seu primo), a menos que tenham simplesmente encontrado os eternos problemas e suas respostas, graças a uma meditação pessoal.
> Que há de mais fechado em aparência que o Olimpo dos filósofos, onde Platão, Aristóteles, São Tomás, Descartes, Spinoza, Locke, Kant, Hegel, Marx e Kiekegaard, para citar somente alguns, permanecem longe do profano? E, no entanto, como compreender Fénelon ou Shelley, sem Platão; Dante, sem São Tomás; Corneille, sem Descartes; Pope, sem Leibniz; Diderot e Sterne, sem Locke; Goethe, sem Spinoza; Schiller, sem Kant. Coleridge, sem Schelling; Taine, sem Hegel; Kafka, sem Kiekegaard; Brecht, sem Marx? Todos os gregos, de Pitágoras aos estóicos, e a maior parte dos Modernos engendraram uma vasta posteridade literária. Pouco importa a fidelidade ou a sutileza desses discípulos, simples amadores esclarecidos na sua maioria. Não se trata de inteligência crítica, porém de transposição inventiva. Mas os preconceitos são tenazes, Victor Hugo filósofo? A simples expressão há pouco tempo, fazia sorrir. Ora, desde o começo do século, Renouvier, que não era um ironista, assim intitula uma obra. Seu exemplo foi seguido.

Trata-se, como se vê, de tratar o texto como uma experiência histórica e localizada, e que pode ser comparado numa intertextualidade criadora e reprodutora. Através dessa atividade comparativa no âmbito textual que se faz possível identificar os "vínculos" de analogia, gênero, estrutura, estilo, influência, etc, aproximando os vários domínios de expressão do conhecimento e da cultura. Seria uma espécie de movimento dialético onde o todo se transforma em parte, o individual assume uma multiplicidade, onde o historiador das idéias ou o antropólogo do conhecimento asumiria uma função de "especialista das generalidades", que direciona seu olhar ao "jogo flutuante das variáveis" que compõe os discursos das mais variadas culturas.

A ANTROPOLOGIA DO CONHECIMENTO FRENTE À "CIÊNCIA EM AÇÃO"

[589] *Ibid*, p. 74-75.

É nesse âmbito que a antropologia do conhecimento irrompeu como uma maneira peculiar de submeter, por exemplo, a própria prática científica como objeto cognoscível, identificando questões particulares como o local ocupado pela ciência e pelos seus praticantes na cultura contemporânea, o seu crescente distanciamento da intelegibilidade geral. Particularmente a partir das duas últimas décadas, a antropologia do conhecimento vem abrindo uma nova linha de pesquisa a partir do uso da abordagem etnográfica e da observação participante, não sobre comunidades tradicionais, mas sobre laboratórios científicos, hospitais, parlamentos, tribunais, instituições, e grupos sociais urbanos em suas práticas cotidianas. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a antropologia do conhecimento parte da tese de que a verdade e o conhecimento são construídos pelos homens, e devem sempre ser considerados a partir de um contexto de tradições de pensamento e de trabalho, onde autoridades controlam as fronteiras do legítimo e do ilegítimo, transformando certas crenças e consensos em verdadeiros "paradigmas", e outras como o "componente tácito" do conhecimento.[590]

Nessa linha de pesquisa é que pode ser situada a obra de Bruno Latour. Em sua obra *"Laboratory Life"*, de 1979, escrita em parceria com Woolgar, e considerada por muitos o primeiro clássico da antropologia do conhecimento, os autores examinam os vários tipos de práticas lingüísticas que ocorrem em um laboratório de pesquisa científica, que além da comunicação oral e da geração de textos escritos envolvem os por eles denominados "dispositivos de inscrição". Este último termo se refere a qualquer instrumento que forneça um registro simbólico, que pode ser um número, um gráfico, uma posição de ponteiro em uma escala, etc. O laboratório é o local de "organização da persuasão através da inscrição literária".

Já em sua obra "Ciência em ação",[591] Latour parte da premissa de que uma sentença, por si só, não é nem fato nem ficção. Para ser considerada fato ou ficção ela dependerá da maneira como será inserida em outras sentenças, assim como das afirmações ulteriores que serão formuladas sobre essa sentença. A disposição com que as sentenças serão inseridas no texto é precedida de uma intenção de convencimento por parte do autor. Com esse pressuposto, Latour adota em suas

---

[590] SCHWARTZMAN, Simon. Os Dinossauros de Roraima (ou, a sociologia da ciência e da técnica de Bruno Latour) *in* A redescoberta da cultura. São Paulo: EDUSP, 1997.

[591] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000.

pesquisas a figura de um personagem denominado de "discordante"[592], partindo de uma situação corriqueira na prática científica: a situação em que alguém faz uma afirmação e o que acontece quando outros acreditam nela ou não. Até mesmo porque, para Latour o que tornará a literatura mais ou menos técnica é a quantidade de controvérsias a que ela foi submetida.[593] Quanto mais as controvérsias se inflamam, mais próximos estaremos de um argumento técnico ou científico[594].

Nesse ponto é que se verifica a importância da retórica, uma vez que essa é a "disciplina que, durante milênios, estudou o modo como as pessoas são levadas a acreditar em algo e a comportar-se de determinadas maneiras, e ensinou a uns como persuadir os outros". A necessidade de persuasão é compreensível diante da necessidade de convencer um "discordante", e, assim, conferir o status de fato a um argumento, que antes de ser submetido a uma controvérsia era tido apenas como uma opinião.[595]

O primeiro recurso apontado por Latour utilizado para convencer os discordantes numa disputa oral é a alusão ao que outras pessoas escreveram ou disseram sobre o objeto da discussão. Essa arregimentação de aliados é invocada como apoio para quem faz uma afirmação, pois o discordante a partir de então não estará mais discutindo somente com uma única voz, mas com várias. A recorrência a aliados superiores e numerosos é chamada de "argumento de autoridade", e se contrapõe à ciência, que possui a verdade ao seu lado. Galileu, citado por Latour,[596] faz a distinção entre a retórica e a verdadeira ciência:

> Mas, nas ciências físicas, quando as conclusões são seguras e necessárias, e não decorrentes de preferência humana, deve-se Ter o cuidado de não assumir posição de defesa do erro; pois aí, mil Demóstenes e mil Aristóteles

[592] Muito embora não haja referência expressa de Bruno Latour nesse sentido, é possível notar que a figura do "discordante" consiste numa forma de trazer para uma situação de aplicação prática do critério da falseabilidade proposto por Popper.

[593] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 53.

[594] Outra possível alusão à teoria popperiana, mais precisamente à tese de que os enunciados científicos devem ser "intersubjetivamente suscetíveis de prova".

[595] Segundo Bruno Latour, "há sempre um ponto numa discussão em que os recursos próprios das pessoas envolvidas não são suficientes para abrir ou fechar uma caixa-preta. É necessário sair à cata de mais recursos em outros lugares e outros tempos. As pessoas começam a lançar mão de textos, arquivos, documentos e artigos para forçar os outros a transformar o que antes foi uma opinião num fato. Se a discussão continuar, então os participantes de uma disputa *oral* acabarão por transformar-se em *leitores* de livros ou de relatórios técnicos. Quanto mais discordam, mais científica e técnica se torna a literatura que lêem.", *in*, LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 54.

[596] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 56.

> ficariam em apuros diante de um único homem comum que porventura atinasse, só ele, com a verdade.

Examinando essa afirmação de Galileu, Latour extrai dois argumentos diferentes: o primeiro pode ser sintetizado pela expressão "Ciência é verdade que não se submete a nenhuma autoridade", e a outra através da pergunta "quem pode ser mais forte que mil políticos e mil filósofos?". Em outros termos, de um lado a retórica é oposta à razão, enquanto de outro a ciência é uma retórica suficientemente forte para permitir que um único homem convença, fazendo-se as contas, duas mil autoridades de grande prestígio.

É dessa forma que Latour enfatiza que o adjetivo "científico" nunca é atribuído a textos isolados, mesmo que sejam capazes de, por alguma faculdade, convencer multidões a respeito da veracidade de seus argumentos.[597]

Nesse âmbito, um outro recurso utilizado para convencer o discordante, quando invocar outros textos não se mostra mais suficiente para levar o oponente a mudar de opinião, é a apresentação e leitura do próprio texto citado. Tal estratégia é externada no texto através da presença de referências, citações e notas de rodapé. A presença ou ausência desses elementos constitui um importante sinal para indicar se o documento é ou não sério, e sua força para enfrentar um discordante é evidente, pois para atacar o argumento terá que contestar cada um dos outros textos. Caso não houvesse referências no texto, o discordante estaria no mesmo plano que o autor. Diante disso, Latour[598] conclui que "a diferença entre literatura técnica e não-técnica não está em uma delas tratar de fatos e a outra, de ficção, mas está em que a última arregimenta poucos recursos e a primeira, muitos".

Entretanto, também é importante ter em vista que ao apontar a bibliografia adotada, o autor estará exposto a uma investida mais audaciosa do "discordante", que poderá comprovar até que ponto as citações corroboram a tese do autor. Isto porque muitas referências podem ter sido utilizadas pelo autor de forma equivocada, seja através de não se relacionarem à tese do autor, tendo sido invocadas somente para impressionar, ou ainda para fins de demonstrar que o autor se filia ou identifica

---

[597] Para Bruno Latour, "um documento se torna científico quando tem pretensão a deixar de ser algo isolado e quando as pessoas engajadas na sua publicação são numerosas e estão explicitamente indicadas no texto. Quem o lê é que fica isolado. A cuidadosa indicação da presença de aliados é o primeiro sinal de que a controvérsia está suficientemente acalorada para gerar documentos técnicos.", *in*, LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 58.

[598] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 59.

a determinado grupo de cientistas. Portanto, é o "contexto da citação" que determinará a influência de um texto sobre os demais para adequá-los às suas teses. Desse modo, invocando no início do texto fatos indubitáveis que constituem verdadeiras caixas-pretas que ninguém possa questionar sem antes colocar em dúvida inúmeros outros autores que anteriormente apontaram no mesmo sentido da tese, se estará caminhando numa trilha segura, ou seja, a tese estará fundamentada em um "paradigma".[599]

Mas há que se considerar ainda que além de incorporar referências com a finalidade de fortalecer um argumento, também, por vezes, se faz necessário atacar as referências que contrariem a posição adotada. A combinação de argumentos favoráveis e contrários em causa própria também se mostra como um forte recurso para sustentar um argumento. Ou seja, para defender sua tese o autor pode manipular a literatura anterior em prol de seus objetivos específicos.[600]

Um outro aspecto a ser considerado na metodologia proposta por Bruno Latour é o fato de que do mesmo modo que um autor utiliza da literatura anterior para dar sustentação à sua tese, esta poderá ser, no futuro, utilizada pela literatura posterior. Latour enfatiza que, para transformar-se em fato, a afirmação dependerá da "geração seguinte de textos", uma vez que não será suficientemente forte para calar as controvérsias. *"*Por definição, nenhum fato é tão sólido que dispense apoio*"*.[601] Em determinadas comunidades científicas, é possível aferir o quanto uma tese científica foi utilizada em teses posteriores por meio de um instrumento bibliométrico chamado "Índice de citações em ciência", como o produzido pelo "*Institute for Scientific Information"*, da Filadélfia, que serve de base para um grande número de pesquisas em política científica.

No entanto, pior do que ser questionado e criticado por leitores "discordantes" é ser ignorado.[602] Latour assevera que esse é um dos aspectos mais difíceis de ser

---

[599] Aqui compreendido na concepção clássica do termo elaborada a partir do trabalho de Thomas Kuhn (1962).

[600] "As regras são bastante simples: enfraqueça os inimigos; paralise os que não puder enfraquecer (...); ajude os aliados se eles forem atacados; garanta comunicações seguras com aqueles que o abastecem com dados inquestionáveis (...); obrigue os inimigos a brigarem uns com os outros (...); se você não tiver certeza de que vai ganhar, seja humilde e faça declarações atenuadas. De fato, são regras simples: são as regras dos velhos políticos. O resultado dessa adaptação da literatura às necessidades do texto é contundente sobre os leitores. Além de eles ficarem impressionados com a grande quantidade de referências, todas elas são assestadas para objetivos específicos e alinhadas com um só propósito: dar sustentação à tese.", *in*, LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 66.

[601] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 67.

[602] *Ibid*, p. 70.

compreendido por aqueles que nunca se ativeram ao processo de construção da ciência, visto que imaginam que todos os artigos científicos são iguais. Porém, segundo o citado autor, a maioria dos artigos científicos não chega sequer a ser lido, o que equivale, na prática, a um artigo que nunca existiu. Mesmo que esse artigo tenha encerrado uma complexa controvérsia, se ele for ignorado pela comunidade acadêmica não poderá transformar-se em fato, o que demonstra que a construção da ciência é, na essência, um processo coletivo.

É para esse mundo que o leitor da literatura científica costuma ser levado. Fica óbvio que a capacidade, e até mesmo o interesse do leitor em discordar dos argumentos expressos no texto, não terá resistido ao grande número de artigos e referências técnicas citados pelo autor, utilizados como verdadeiros aliados na defesa de sua tese. Ou, segundo escreve o próprio Bruno Latour:[603]

> Não estou dizendo que, *por ser técnica demais*, a literatura alija as pessoas, mas, ao contrário, que achamos necessário chamar de técnica ou científica uma literatura que é feita para isolar o leitor pelo uso de um número muito maior de reforços. O 'homem comum que por acaso atine com a verdade', como ingenuamente postulava Galileu, não terá chance de vencer milhares de artigos, editores, partidários e patrocinadores que se oponham às suas afirmações. A força da retórica está em fazer o discordante sentir-se sozinho. Isso é realmente o que acontece com o 'homem comum' que lê a massa de relatórios sobre as controvérsias com que começamos tão inocentemente.

Dessa forma, a literatura técnica na visão de Latour seria uma literatura forjada para resistir aos "ataques de um ambiente hostil". Quanto mais objeções forem enfrentadas pelo texto mais técnico ele será. Assim, os detalhes técnicos acumulados pelo texto como gráficos ou imagens não possuem uma função apenas estética ou ilustradora, sendo incorporados no texto para protegê-lo contra as discordâncias cada vez mais contundentes do leitor, que não mais se dá por vencido com a referência ou citações de outros textos. Agora o leitor não mais se dá por vencido em suas dúvidas apenas com a invocação de textos "ausentes", faz-se necessário "mostrar" aquilo que está representado no texto. Daí a necessidade de recorrer a gráficos, fotos, figuras, ilustrações, tabelas e legendas para substituir uma representação até então escrita, por uma representação visual.

É evidente que o poder de persuasão é aumentado mediante essa transformação nos mecanismos de inscrição textual. Conforme argumenta Latour,[604]

---

[603] *Ibid*, p. 75-76.
[604] *Ibid*, p. 81.

"a força de um texto é muito maior quando os reforços são ostentados no próprio texto. (...) já não é questão de acreditar; é questão de *enxergar*". Desse modo, o texto deixa de estar sustentado somente nas afirmações do autor e em outros textos, e passa a amealhar um número cada vez maior de reforços, muitas vezes identificados como "detalhes técnicos". É na intensidade das controvérsias a que o texto foi submetido que se pode identificar o grau de cientificidade que o mesmo ostenta. Com isso, Latour conclui que:[605]

> Agora estamos certos de que os textos a que fomos levados pela intensidade das controvérsias são científicos. Até agora, jornalistas, diplomatas, repórteres e advogados poderiam ter escrito textos com referências e com cuidadosa classificação dos papéis dos autores, de títulos e de fontes de consulta. Agora, entramos em outro jogo. Não que a prosa de repente passe a ser escrita por mentes extraterrestres, mas porque tenta atulhar o texto com o máximo possível de reforços. É por isso que muitas vezes prolifera aquilo que chamamos "detalhes técnicos". A diferença entre um texto em prosa e um documento técnico é a estratificação deste último. O texto é organizado em camadas. Cada afirmação é interrompida por referências que estão fora do texto ou dentro dele, em outras partes, a figuras, colunas, tabelas, legendas gráficos. Cada um destes, por sua vez, pode remeter a outras partes do mesmo texto ou para mais referências externas. Num texto tão estratificado, o leitor realmente interessado está tão livre quanto um rato em labirinto.
>
> A transformação da prosa linear numa, digamos, formação entrelaçada de linhas de defesa é o sinal mais seguro de que o texto se tornou científico. Eu dizia que um texto sem referência está nu e vulnerável, mas mesmo com elas estará fraco enquanto não for estratificado. A maneira mais simples de demonstrar essa mudança na solidez é examinar dois artigos escritos sobre o mesmo assunto, com um intervalo de vinte anos.

Significativa essa última recomendação, que de uma certa forma confirma a pertinência da proposta desta dissertação, à medida em que esta, de forma um pouco diversa da orientação de Latour, procura testar a solidez de um texto científico (etnografia) confrontando-o com outros dois textos não científicos escritos sobre o mesmo assunto.

Um outro aspecto apontado por Latour em "Ciência em ação" é a estratégia retórica consistente na "encenação e enquadramento", por meio da qual o autor explica de que modo e por quem o texto deve ser lido. Dependendo da linguagem utilizada pelo autor pode-se perceber com qual leitor ele pretende falar por intermédio o texto. Quanto mais técnica for a linguagem mais seleto e reduzido será o número de leitores. E se, por outro lado, o texto for direcionado a um número maior de leitores deverá haver uma redução na intensidade das controvérsias e,

[605] *Ibid*, p. 81-82.

consequentemente, nos recursos de persuasão utilizados, implicando numa linguagem mais "aberta".

Mas não é só através do tipo de linguagem utilizada no texto que se pode verificar a que leitor o texto é destinado. A previsão das possíveis objeções que poderão ser levantadas também pode demonstrar a quem o texto se dirige, à medida que oferece de antemão as respostas para as perguntas que previsivelmente seriam formuladas por determinado tipo de leitor, identificado por Latour[606] como um "personagem semiótico". O autor constrói seu texto considerando previamente que tipo de "provas" o leitor (personagem semiótico) exigirá para se dar por satisfeito e convencido do acerto de suas afirmações. E, segundo esse antropólogo:[607]

> Quanto mais nos inteiramos das sutilezas da literatura científica, mais extraordinária ela nos parece. Passa a ser uma verdadeira ópera. Multidões são mobilizadas pelas referências; dos bastidores são trazidos centenas de acessórios. À cena são chamados leitores imaginários aos quais se pede não só que acreditem no autor, mas também que soletrem os tipos de tortura, provas e testes por que os heróis [algo incrível que aos poucos vai-se tornando mais crível porque resiste a provas cada vez mais terríveis] precisam passar antes de serem reconhecidos como tais.

Esta consideração prévia do autor sobre a qualidade e intensidade das controvérsias a que o texto será submetido para que seja aceito como científico, ao ponto do autor conceber um personagem semiótico a quem o texto se dirige, demonstra ainda que a literatura técnica não é impessoal conforme tanto se divulga. Isto porque a própria definição do personagem semiótico pelo autor traz sua presença para dentro do texto. O recurso a voz passiva característica do texto científico apenas oculta de um forma superficial um autor inevitavelmente incorporado no texto. A diferença dependerá do "uso" que o autor pretende conferir à sua autoria para surtir os efeitos desejados perante sua platéia. Como ele pretenderá ser visto pelo seu auditório? Como um crítico, como um teórico, como um humilde observador, como um revolucionário, como um adepto? O enquadramento da sua autoria no texto estará condicionado à sua intenção perante seu público alvo e à expectativa que esse público tem sobre o texto.

---

[606] *Ibid*, p. 89.
[607] *Ibid*, p. 90.

Dependendo da dimensão das propostas do autor na elaboração de seu texto, suas afirmações poderão tender para a ousadia ou para a cautela. Na literatura técnica, dado sua complexidade temática e lingüística o que predomina são afirmações atenuadas, mas também, conforme as circunstâncias, haverá espaço para afirmações audaciosas. E nesse ponto também é possível verificar que a personalidade do autor será um fator determinante para conferir ao texto um caráter audacioso ou cauteloso.[608]

Uma última estratégia retórica apontada por Latour,[609] fazendo referência à Perelman, é a "captação" (ou *captatio* na antiga retórica), que nada mais é do que "o controle sutil dos movimentos dos opositores". De nada adiantaria prover o texto de tantos recursos voltados à sua adesão se se permitisse que o mesmo vagasse pelo texto de maneira livre. A captação visa exatamente em forjar o texto de um modo que o leitor seja guiado por um "caminho" que o conduza necessariamente às conclusões do autor, a fim de que suas afirmações sejam finalmente aceitas e transformadas em fatos. Cria-se, dessa maneira, um empecilho para que o leitor não penda para outras direções que não aquela traçada pelo autor, o que pode ser feito, segundo Latour,[610] através de um meticuloso empilhamento de "mais caixas-pretas, argumentos menos fáceis de discutir". Somente quando esse resultado é plenamente atingido é que se pode afirmar que um texto é "lógico". E nesse ponto novamente a personalidade do autor entra em cena, uma vez que, dependendo de seu estilo, seu trabalho poderá ser considerado "mais lógico" do que o texto de outro escritor com menos "habilidades retóricas".

Tem-se, portanto, que a metodologia proposta por Latour[611] para analisar a anatomia da retórica científica procura evidenciar os recursos utilizados na literatura técnica para conferir mais "força" aos argumentos. Trata-se, em suma, de agir como leigo no âmbito de construção de uma literatura técnica, de modo que deve ser

---

[608] Conforme escreve Bruno Latour, "depois de escrito o artigo, é muito difícil detectar as táticas que atuaram na sua confecção, embora uma olhada nos rascunhos seja suficiente para mostrar que os autores reais estão bem conscientes de tudo isso. Eles sabem que, sem reescrever e recolocar tudo, a força do texto se esvairá, se autores e leitores implícitos no texto não combinarem. Tudo ficará a mercê de algumas palavras mal escolhidas. A afirmação poderá ser muito audaciosa, e o artigo será controverso; ao contrário, poderá ser tão tímida e cautelosa, tão polida e dócil que levará outras pessoas a colher os louros de importantes descobertas.", *in*, LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 94.

[609] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 96.

[610] *Ibid*, p. 96.

[611] *Ibid*, p. 102.

chamada de “científica a retórica capaz de mobilizar para um só ponto mais reforços do que as antigas”.

DA OBJETIVIDADE CIENTÍFICA PARA A OBJETIVIDADE JURÍDICA

Nessa configuração epistêmica, fica claro que a antropologia tem se mostrado particularmente engajada em questionamentos sobre as formas em que a construção e a transmissão do conhecimento são feitos na prática. Esse tipo de abordagem tem como verdadeiro pressuposto analítico a condição de que o conhecimento técnico ou científico é um discurso situado, perspectivístico, totalmente vinculado ao seu contexto de origem.

Em “*The making of law*” Bruno Latour dá seqüência à sua proposta de promover investigações etnográficas em instituições consideradas centrais na produção de verdades e valores nas sociedades contemporâneas. Depois de ter realizado pesquisas etnográficas sobre a ciência, tecnologia, religião, e arte, Latour utiliza o método comparativo em uma etnografia do direito, onde desenvolve uma observação participante na prática cotidiana de uma corte suprema francesa, o Conselho de Estado, que detém competência para o julgamento de causas relacionadas à administração pública.

Trata-se, portanto, de uma etnografia sobre o direito administrativo francês na práxis de uma corte de justiça, onde Latour teve um acesso privilegiado às conversas privativas de seis ou sete conselheiros de estado na apreciação e julgamento das causas submetidas ao Conselho de Estado. Não se tratou apenas de acompanhar as audiências públicas, onde, segundo Latour, nada de relevante acontecia *“since the lawyers for the plaintiffs say nothing and only the commissioner of the law stands up and reads his ‘conclusions’ and them sit down and that’s all… no drama whatsoever”*, mas de estar juntamente com os conselheiros também a portas fechadas, *“where the cases were discussed, or, as they say, ‘reviewed’”*. A etnografia contou, portanto, com uma possibilidade de observação detalhada a “construção” do direito através da formação do raciocínio dos julgadores na aplicação da lei.

O próprio Latour[612] no prefácio de *"The making of law"* expõem as justificativas para sua investigação etnográfica sobre a prática do direito administrativo junto ao Conselho de Estado francês:

> *The true reason why I invested so much energy in this field work (I found, on the whole, law much more technical and difficult to follow than science or technology) is that is was precisely to compare the passage of law with the other types of enunciation regimes I had studied up till then (or have studied since). I belong to a small group of social theorists who believe that we have been pretty wrong in providing a 'social' explanation of anything – science, religion, politics, technology, economics, law and so on. Far from being what should provide the source of explanation of those phenomena, what we loosely call 'the social' is rather the result of what has been produced by types of connection ('associations' in my terminology) that are established by scientific, religious, political, technological, economical or legal connectors. If this theory (now called 'Actor Network Theory' or 'ANT') is even vaguely right, there is a paramount interest in defining, as precisely as possible, what it means to connect some association, let's say, religiously, or scientifically, or politically, etc. The use of the adverbial form is crucial to the argument, since there may be a great gap between speaking about politics or religion and speaking politically or religiously. It's much easier to understand, and it will become even clearer in what follows, that there is similarly an immense difference, very easy to grasp, between speaking about law and speaking legally.*

Mas apesar da complexidade dessa proposta, é inegável que as instituições centrais que compõem a civilização contemporânea ainda apresentam-se bastante desconhecidas e incompreensíveis aos olhos dos cidadãos comuns. E, desse modo, conforme aponta o próprio Latour,[613] a antropologia das culturas modernas é tão difícil e complexa de ser realizada em Paris quanto em Beijing ou Terra do Fogo.

Nesse cenário, a antropologia apresenta-se como um campo epistemológico capaz de abrigar um estudo claramente comparativo entre as várias formas que as instituições centrais de nossas culturas produzem conhecimento e verdade. E considerando que essas verdades são produzidas de forma intrinsicamente plural pela ciência, religião, lei, economia etc, a posição do etnógrafo será bastante diferente dependendo do fato do seu campo de estudo ser próximo ou distante da sua própria cultura. E, conforme observa Latour:[614]

> *If, over there, hte etnographer has to make such an effort to understand what people are doing, here on the contrary, he must do a great deal to forget the all-too reasonable reasons that agents give for their behaviour; he should not*

[612] LATOUR, Bruno. The making of law: an ethnography of Conseil d'État. Malden, MA: Polity Press, 2010, p. viii e vi.
[613] *Ibid*, p. vii.
[614] *Ibid*, p. 196.

> *hesitate to go as far as possible following their stammering, their hesitations, their delays, and to find in their meandering pathways the reason for the sustained links that are created by the intermingling of all these activities, which are not in any explained by separating them into pure and distinct spheres. The etnographer, remaining quite unashamed of his ignorance, will have to persist in describing the law 'in action' for some time to come.*

Efetivamente, para Latour o que faz a comparação entre o mundo da ciência e o mundo do direito mais interessante é que em ambos os domínios é conferida ênfase à virtude de uma análise desinteressada e objetiva, baseada no distanciamento e na precisão. Tanto no campo científico quanto no jurídico, os participantes utilizam uma linguagem esótica, e se vêem atraídos por um tipo de formalismo nos tratamentos e procedimentos que não se conhece em outros campos de atividade humana. E significativamente, analisando etnograficamente os lugares, as formas de relação entre os participantes, os discursos, e todos os mínimos detalhes das práticas que definem a ciência e o direito, Latour conclui que, *"perhaps the anthropologist of science, having spent so much time hanging around in laboratories, will finally find in the Council of State those celebrated virtues of objectivity that he sought in vain in the laboratory"*.[615]

Apesar de que os mecanismos pelos quais uma controvérsia científica alcance uma solução sejam necessariamente diferentes daqueles encontrados pelos juízes nos casos judiciais, Latour constatou em suas observações etnográficas junto aos laboratórios e Conselho de Estado francês que, surpreendentemente, os artigos científicos possuíam muito mais "paixão" ou "emoção" do que os textos de direito administrativo. Toda essa "paixão" ou "energia" retórica revelada nos artigos científicos e a "frieza" dos textos jurídicos seriam motivadas, segundo Latour, pelo fato que os pesquisadores escrevem seus textos, conscientemente ou não, para "convencer" outros pesquisadores do acerto de suas teses, enquanto que os juízes, principalmente os de última instância, escrevem suas decisões apenas para os advogados envolvidos no litígio e, secundariamente, para seus colegas e doutrinadores. Em síntese, os textos são condicionados em atenção aos seus destinatários.

Com efeito, enquanto os pesquisadores se esforçam para provar o acerto de suas teses, utilizando, para isso, diversas "estratégias retóricas" para convencer os outros pesquisadores, os juízes em seus textos demonstram um desinteresse pelo

[615] *Ibid*, p. 198-199.

objeto em questão, mantendo um distanciamento na análise das provas. E nesse esforço de identificar as principais características na distinção entre a "paixão" ou "interesse" na defesa das teses científicas de um lado, e a "frieza" ou "desinteresse" na elaboração das decisões judiciais de outro lado, Latour[616] escreve que:

> *In order to deepen the analysis, which aims to distinguish scientific and legal activity, which are so often confused, we should now, at the risk of tiring the reader, trace out the workings of these two modes of enunciation even more closely, by distinguishing the chains of reference which anthropologies of science have studied very closely, from legal chaims, which are so very difficult to describe. However, the task is not impossible, because the fabrication and processing of files reveal the traces of these two ways of establishing relations, which in one case are made of information, and, in the other, of what can only be called 'obligation'. But what does that mean? We shal try to describe what is transported from one layer of inscription to another in the course of an experiment, and what happens to a file when it undergoes the process is that most of supercifial features that we have set out so far are explained by the differences between these two orders of circulation.*

Como se vê, é na perspectiva da textualidade que Latour faz sua aproximação entre a ciência e o direito. Afinal, tanto o trabalho de subsunção dos fatos à norma legal quanto a representação das teorias e pesquisas científicas são "inscritas" através de "discursos" textuais.

DA "CIÊNCIA EM AÇÃO" PARA O "DIREITO EM AÇÃO"

Como se viu acima, a metodologia proposta por Bruno Latour em "Ciência em ação" consiste em seguir os passos dados pelos atores sociais na construção do conhecimento nas diversas instituições centrais que compõem a sociedade contemporânea, demonstrando os recursos utilizados por eles para dar credibilidade às suas afirmações, e assim fechar as "caixas-pretas",[617] ou seja, uma espécie sistema técnico muito complexo a respeito do que não importa saber como funciona, apenas "o que nela entra e que dela sai". Com efeito, essas "caixas-pretas"

---

[616] *Ibid*, p. 222-223.

[617] Conforme esclarece Bruno Latour, "a expressão caixa preta é usada em cibernética sempre que uma máquina ou um conjunto de comandos se revela complexo demais. Em seu lugar, é desenhada uma caixinha preta, a respeito da qual não é preciso saber nada, senão o que nela entra e o que dela sai", *in*, LATOUR, Bruno. Ciência em ação. 2000, p. 14.

funcionam como fatos ou verdades prontas e acabadas, e que são aceitas por determinadas, ou mesmo várias, instituições e comunidades sem maiores questionamentos, servindo inclusive de fundamento para novas teorias e pesquisas no processo de construção do conhecimento.

Nessa perspectiva, Latour chama a atenção que por mais controvertida e polêmica que tenha sido para que uma determinada hipótese, sustentada por atores sociais em um determinado momento histórico de construção da ciência, fosse aceita como uma tese válida e verdadeira, e por mais complexo que seja o seu funcionamento interno e sua coerência dentro do sistema onde se encontra inserida, o que realmente importa no final das contas é somente saber "o que se põe nela e o que dela se tira". Tanto que ao se fazer um regresso, ou *"flashback"*, ao momento histórico em que essas "caixas-pretas" foram "fechadas", o que se verá é uma série de incertezas, experimentos, decisões, disputas, discussões, e controvérsias. E ao se confrontar uma das "caixas-pretas" com alguma das controvérsias ainda em aberto, as duas se mostrarão totalmente diferentes. Ou, como escreve Latour,[618] a "ciência em contrução", e a "ciência pronta" ou "ciência acabada", seriam tão diferentes "quanto as duas faces, uma vivaz e outra severa, de Jano bifronte".

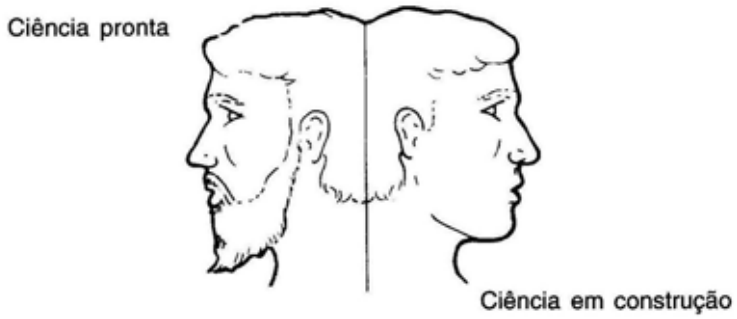


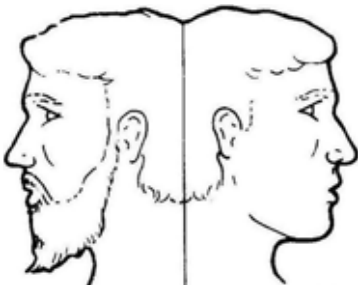
Fig. 1

E neste ponto é que se apresentava no início da pesquisa como um interessante viés para o desenvolvimento da hipótese de aplicação da proposta metodológica de Latour para a observação das práticas de justiça. Isto porque o direito, enquanto campo do conhecimento, também apresenta suas "caixas-pretas", compostas por um conjunto de leis, princípios, formas, instituições, procedimentos, e

[618] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 16.

técnicas que são constantemente aceitas pela comunidade jurídica sem maiores questionamentos. Muito embora essas "caixas-pretas", assim como na ocorre "ciência pronta", também tenham resultado de inúmeras controvérsias, disputas, e até mesmo conflitos, quando ainda não haviam sido fechadas, hoje são aceitas como fatos inexoráveis. Mas também quando confrontamos o que, de forma análoga, poderia ser chamado de "direito em construção" com o "direito pronto" ou "direito acabado", as duas faces também seriam tão diferentes quanto o do Jano bifronte proposto por Latour. Em outros termos, a diferença poderia ser perfeitamente compreendida na clássica distinção que a sociologia do direito faz entre "*law-in-books*" e "*law-in-action*", utilizada para representar a discrepância constatada empiricamente entre o que a lei dispõe nos códigos e as práticas concretas de justiça.

Direito pronto (*law-in-books*)



Direito em construção (*law-in-action*)

Fig. 2

Daí a hipótese levantada na presente pesquisa. Seria possível identificar o mesmo movimento global que Latour observou na "construção da ciência" mediante uma análise externa da práxis judiciária, acompanhando as controvérsias levantadas desde um primeiro momento pelas partes atuantes na relação processual até decisão final, para que então, aos poucos, retirando-se do "direito em ação", se passasse a observar o que seria então o "direito pronto" ou "direito acabado"? Ou, simplificando, comparar através dessa metodologia, o que "entra" no sistema de justiça, e o que "sai" dele? E ainda quais são as retóricas desenvolvidas na construção do direito, e se estas guardam, de fato, semelhança estrutural com a retórica da construção da ciência?

Trabalhando com hipóteses semelhantes, e também defendendo uma antropologia do direito nos mesmos moldes analíticos que há tempos vêm sendo utilizados pela antropologia da ciência, Bruno Latour[619] escreve que:

> *In the detailed episodes that follow, we shall seek to reconstitute the actor's 'reasoning' step by step, without being overly concerned with its logical or rhetorical form.*
> *(…) We shoud apply to la to lawyers the hypothesis that the anthropology of science once applied to scientists: that is, we should provisionally leave the specific 'mental' dimension to one side in order to focus on the "subject matter" of their activity, on the basis that their particular way of being right is not explained by the form of their thinking but by its "content". (…) The only difference between law and science arises from the fact that the subject matter on which our counselor work does not have the obviouness of the subject matter of laboratory work. For those reader who are not jurists, it takes a little bit more effort to point this out. Let's say that, in the anthropology of science, the subject matter is highly visible and texts much less so; in the anthropology of law, it is the other way around: texts are omnipresent, and the subject matter is invisible.*

A partir dessas considerações, pode-se afirmar que uma das justificativas para uma antropologia jurídica realizada de forma semelhante às hipóteses analíticas da antropologia da ciência é que, nesses dois campos do conhecimento, as práticas apresentam-se, muitas vezes, desprovidas de "sentido" para quem as observa de fora. No entanto, ainda são poucas as pesquisas que tem por objetivo penetrar nas atividades do sistema de justiça para depois tentar explicar ao público em geral como isso funciona e como seus atores agem. Apesar do crescente acesso ao sistema de justiça, tem-se que devido à complexidade da sua composição, com diversas instituições, instâncias, códigos, ritos, procedimentos, solenidades, autoridades, textos, e simbolismos, a compreensão de seu funcionamento ainda não se mostra inteligível e acessível para quem observa de fora.

Muito embora tenha se feito notar um recente aumento no número de cientistas sociais que voltam suas atenções ao direito e ao sistema de justiça, suas pesquisas têm por objeto, em sua grande maioria, a análise funcional das suas instituições, sua estruturação interna, seus métodos e meios, e das opiniões e relatos dos seus atores. No entanto, proceder perante a "construção do direito" utilizando o método antropológico semelhante ao adotado por Latour para analisar a "construção da ciência", através da disciplina de agir como leigo para analisar

[619] LATOUR, Bruno. The making of law: an ethnography of Conseil d'État. Malden, MA: Polity Press, 2010, p. 128-129.

comparativamente o processo de "construção do direito", principalmente através de uma etnografia do discurso e das razões práticas apresentadas de forma textual por seus atores, ainda consiste em uma possibilidade pouco experimentada e cujos resultados práticos não podem ser antevistos.

A justificativa para adotar o método etnográfico proposto por Bruno Latour é a sua aparente abrangência, uma vez que, segundo esse autor, o mesmo se reveste de um caráter transdiciplinar, inserindo-se em um campo de pesquisa genericamente denominado de "ciência, tecnologia e sociedade". Considerando que ao longo de toda sua jornada acadêmica nunca encontrou "duas pessoas que estivessem de acordo quanto ao significado do campo de estudo chamado 'ciência, tecnologia e sociedade'",[620] ou melhor, que raramente viu "alguém que concordasse quanto ao nome ou quanto à própria existência desse campo", Latour propôs desenvolver um método que procura resumir os resultados até então obtidos em elaborações teóricas e pesquisas etnográficas realizadas em instituições centrais de produção do conhecimento e de "verdade" nas sociedades contemporâneas. Isto porque, haveria um "núcleo de problemas e métodos comuns" às disciplinas e objetos dos estudos compreendidos nesse campo, de modo que para definir o que realmente é necessário para esse estudo "são alguns conjuntos de conceitos suficientemente resistentes para agüentar a viagem por todas essas disciplina, esses períodos e objetos".[621] Nessa perspectiva, as regras metodológicas apresentadas por Latour[622] correspondem às "decisões que são necessárias tomar a priori na consideração de todos os fatos empíricos criados pelas disciplinas especializadas que fazem parte do campo de estudo chamado 'ciência, tecnologia e

[620] Em "As estratégias retóricas da construção etnográfica: uma perspectiva metalinguística do discurso antropológico", cujo texto foi apresentado como dissertação de mestrado no Programa de Pós-graduação em Ciência Sociais da Unesp – Universidade Estadual Paulista, há uma passagem que se refere a esse campo de estudo denominado Ciência, tecnologia e sociedade, e que deve ser compreendido no âmbito da "dinâmica resultante das transformações epistemológicas oriundas da 'viragem cultural' provocada pelos prenúncios da pós-modernidade, globalização e transição paradigmática. Neste contexto, as ciências sociais, em específico, vêem-se diante de questionamentos voltados, principalmente ao papel que lhes é reservado na cultura contemporânea frente às outras formas de conhecimento. E ao passo em que não lhe é mais permitida uma cômoda posição de verdadeiro 'censor' ou 'juiz' na definição do 'válido e verdadeiro', rotulando de 'sem sentido' tudo aquilo que escapa aos seus instrumentos de cognição, as ciências sociais tem a difícil tarefa de promover uma articulação desses múltiplos saberes, que envolvem formas de experiências, conhecimentos e racionalidades que não se limitam à racionalidade cognitivo- instrumental ou lógico-dedutivo característicos da ciência moderna".

[621] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 34-36.

[622] *Ibid*, p. 36.

sociedade'", enquanto que os princípios são resultado de uma síntese pessoal desse autor sobre os "fatos empíricos em mãos após dez anos de trabalho nessa área".[623]

Para ilustrar de um modo geral a metodologia utilizada em sua antropologia da ciência, Latour descreve uma história em quadrinhos representando o processo de solução do enigma sobre a estrutura da molécula do DNA – ácido desoxirribonucléico, solucionado por Jim Watson e Francis Crick:[624]



Fig. 3

Ao esclarecer o desenvolvimento desse processo de "construção da ciência" representado na história em quadrinhos acima, Latour[625] escreve que:

> Começamos com uma frase de livro, desprovida de qualquer vestígio de invenção, interpretação ou autoria; a seguir, essa frase é posta entre aspas e também colocada dentro de um balão, sendo pronunciada por alguém; depois, a essa personagem acrescentamos outra, com quem ela está falando;/ após o que, todas elas são colocadas em determinada situação, no tempo e no espaço, rodeadas por equipamentos, máquinas, colegas; a

[623] Interessante notar aqui que o próprio Bruno Latour se vale da estratégia retórica consistente no "argumento de autoridade" para conferir maior validade e força ao seu método etnográfico.
[624] Para tanto, Latour seguiu o relato do próprio James Watson (1968).
[625] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 33.

> seguir, quando a controvérsia já está um pouco mais animada, vemos que direção é tomada pelo pessoal que discute e que tipo de elementos novos eles arranjam, arregimentam ou seduzem a fim de convencer os colegas; aí, vemos como as pessoas que estão sendo convencidas param de discutir; situações, locais e até pessoas começam a apagar-se; no último quadro vemos uma nova frase, sem aspas, escrita num livro semelhante àquele com que começamos no primeiro quadro.

Percebe-se, portanto, que Latour parte da premissa de que um enunciado, por si só, não é nem fato nem ficção. Para ser considerada fato ou ficção ele dependerá da maneira como será inserido em outros enunciados, assim como das afirmações ulteriores que serão formuladas sobre esse enunciado. Até mesmo porque, a sua inserção na luta discursiva está condicionada ao contexto em que é invocada, ou seja, ao campo das possibilidades estratégicas que se apresenta aos sujeitos em um determinado microcosmo cultural.

Até mesmo porque a disposição com que os enunciados serão inseridos no texto é precedida de uma intenção de convencimento por parte do sujeito, e à própria posição que ele ocupa no campo cultural específico. Com esse pressuposto, Latour adota em suas pesquisas a figura de um personagem denominado de "discordante",[626] partindo de uma situação corriqueira na prática científica: a situação em que alguém faz uma afirmação e o que acontece quando outros acreditam nela ou não.

E para realizar essa análise do discurso à semelhança do método proposto por Latour para comparar as estratégias discursivas utilizadas no processo de processo de "construção do direito" com aquelas identificadas pela filosofia e antropologia da ciência no proceso de "construção da ciência", analisando ainda as escolhas feitas pelos sujeitos dentre as possibilidades que se apresentavam nesse espaço estrutural e relacional específico, foram selecionadas duas "controvérsias", ou "casos", em um microcosmo formado por uma comarca situada no interior do Estado de São Paulo, designada aqui ficticiamente de "*Pandora"*,[627] e uma

---

[626] Muito embora não haja referência expressa de Latour nesse sentido, é possível notar que a figura do "discordante" consiste numa forma de trazer para uma situação de aplicação prática do critério da falseabilidade proposto por Popper.

[627] "A primeira mulher. Foi criada, sob a ordem de Júpiter, por Vulcano e Minerva, ajudados por todos os deuses. As divindades dotaram-na de beleza, graça, audácia, força, persuasão, habilidade manual. Mercúrio, entretanto, colocou-lhe no coração a falsidade. Chamaram-na Pandora, que significa 'aquela que tem todos os dons'. Júpiter entregou-lhe uma caixa fechada e enviou-a à terra para seduzir os mortais e levá-los à perdição. Dessa forma, pretendia punir a raça humana. Pandora tornou-se esposa de Epimeteu. Este, advertido por Prometeu, seu irmão, para não aceitar qualquer presente de Júpiter, recebeu a caixa de Pandora e abriu-a. imediatamente todos os males espalharam-se sobre a humanidade. Assustado, Epimeteu procurou fechá-la. Entretanto, em seu fundo só restava a esperança.", *in*, Dicionário de mitologia greco-romana. São Paulo: Abril Cultural, 1976, p. 143.

penitenciária sob sua jurisdição, denominada aqui, também de forma fictícia, de *"Panacéia"*.[628] Essas controvérsias, de um modo geral, tinham por objeto a modificação empírica da realidade prisional através de interpretações não convencionais ou polêmicas das normas jurídicas que regulam esse campo social, e que diziam respeito especificamente a duas situações distintas: a interdição de estabelecimentos prisionais em razão da superlotação, e à forma de punição dos presos surpreendidos com droga no interior da cela.

Utilizando principalmente o modelo global sugerido por Latour, adaptado ao campo do sistema de justiça penal, e seguindo a mesma seqüência de desenvolvimento dos fatos apresentados na história de quadrinhos apresentada na "Imagem 3", e tomando como fundo teórico a análise das lutas discursivas proposta por Michel Foucault e Pierre Bourdieu, e lutas paradigmáticas concebidas por Thomas Kuhn, a análise do discurso é iniciada tomando por fundamento o texto legal sobre determinado assunto; a seguir, o conteúdo desse texto é colocado entre aspas por estar sendo pronunciado por alguém; logo em seguida, junto a esse personagem são colocados outros com que ele está falando; depois, todos eles são colocadas em determinadas situações, em diferentes situações de tempo e de espaço, rodeados de instrumentos, materiais, e colegas; após isso, quando a controvérsia encontra-se mais acalorada, analisa-se que direção é tomada pelos personagens que discutem e quais estratégias eles arranjam ou arregimentam para que sua argumentação prevaleça; a partir de então passa-se a perceber como a controvérsia vai sendo encerrada, com os personagens parando de discutir e, aos poucos, se retirando; e ao final, encontra-se uma nova frase, sem aspas, também escrita de forma fria em outro texto.

Segundo essa proposta metodológica, a análise do discurso não se volta às obras jurídicas consideradas por si mesmas, em sua adequação formal e interna com os enunciados do sistema normativo e da ciência do direito. Mas sim considerar essas obras discursivas em sua relação estrutural e de interdependência com as outras obras que compõem um "campo de possibilidades estratégicas", ou seja, o "'sistema regrado de diferenças e dispersões' no interior do qual cada obra singular se define". Para isso, é necessário uma hermenêutica voltada também à compreensão prática das tomadas de posição dos sujeitos entre uma teoria, método,

[628] "Deusa que simbolizava a cura de todos os males, através de plantas. Filha de Esculápio e Epíone ou, conforme outra tradição, Lampécia.", *ibid*, p. 142.

jurisprudência, escola, e todas as outras que também se apresentavam como possíveis de serem escolhidas.

Desse modo, confere-se especial atenção às escolhas que os sujeitos fazem, e como essas escolhas vão determinando a posição dos sujeitos no campo cultural onde se desenvolve a luta discursiva. A partir dessa etnografia do discurso, objetiva-se verificar como os sujeitos vão fazendo suas escolhas e assumindo posições no campo cultural em referência a um sistema de referências comuns, ou espaço de possíveis, que definem as regras do jogo.[629] E são através dessas "lutas" entre as diferentes posições que os sujeitos assumem em um determinado campo cultural que poderá ter conservar ou transformar a estrutura do campo social, perpetuando ou subvertendo as regras do jogo.

Nessa perspectiva, os discursos jurídicos, enquanto obras culturais, serão analisados como resultados de estratégias, escolhas, e hábitos tomados por sujeitos que ocupam uma determinada posição em relação no campo cultural. De modo que é a "tensão entre as diferentes posições" que formam a estrutura do campo que se apresenta como um espaço de possíveis suscetível de análise prática das posições e escolhas tomadas pelos sujeitos, cujos discursos são objetivamente exteriorizados através da textualidade.

Daí a proposta de observar os discursos dos sujeitos envolvidos em controvérsias representativas dessa "tensão entre as posições", analisando as escolhas feitas e posições assumidas, como também as estratégias utilizadas pelos mesmos para conferir "força" e "validade" aos seus respectivos discursos, e, por fim, verificar numa perspectiva sincrônica, a conservação ou transformação da estrutura do campo cultural.

---

[629] A respeito das regras do jogo que regulam a ação dos sujeitos em seus respectivos campos sociais de ação, Niklas Luhmann afirma que, "não obstante, delineiam-se aqui possibilidades de reconstruir o poder organizacional como poder puramente formal de definição das condições de participação e de as domesticar em seus círculos de regras próprios. Tal significaria: diferenciar mais fortemente o pequeno mundo da interação e o grande mundo da organização e jogar em cada um o respectivo jogo do poder.", *in*, LUHMANN, Niklas. Poder: Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 94.

CAPÍTULO 6

O DIREITO EM AÇÃO: UMA ETNOGRAFIA DO DISCURSO NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL

SISTEMA PRISIONAL E ETNOGRAFIA

Em artigo publicado na "Revista da Faculdade de Direito" da Universidade de São Paulo, no ano de 1976, Manoel Pedro Pimentel,[630] então Secretário da Justiça do Estado de São Paulo e Professor Titular de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, já chamava a atenção para as prisões superlotadas, e sem o mínimo de condições para cumprirem o seu papel ressocializador. Informando que naquela época havia uma verdadeira "rede de depósito de presos", Manoel Pedro Pimentel, ocupando então uma posição privilegiada na pasta do Poder Executivo com incumbência de promover uma política pública na questão prisional, afirmou com veemência que "a saída para o impasse não pode ser meramente o expediente de construção de presídios, com a finalidade de acomodar melhor e propiciar o tratamento penal a esse grande número de sentencados amontoados". Entendia, num sentido diverso, ser necessário "uma mudança de atitude frente aos problemas do crime e da pena". E, para isso, seria preciso que "a sociedade mude sua atitude frente ao criminoso, procurando compreendê-lo, e considerando-o como sujeito de uma recuperação e não objeto de castigo".

---

[630] PIMENTEL, Manoel Pedro. Sistema penitenciário no Estado de São Paulo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. LXXI, 1976, p. 268.

Mas a dimensão do problema da superlotação dos presídios em 1976 com a qual se deparava o então Secretário da Justiça é bem mais singela daquela com a qual as autoridades públicas se deparam atualmente. Isso fica evidente pelos números que Manoel Pedro Pimentel[631] apresentou para dar conta da realidade do sistema prisional paulista naquela ocasião:

> Existem, hoje, nas Cadeias Públicas administradas pela Secretaria de Segurança Pública, 6.517 sentenciados definitivamente condenados, que deveriam estar recolhidos em Presídios da Secretaria de Justiça. A Casa de Detenção de São Paulo, construída para oferecer 2.200 vagas, conta hoje com uma população carcerária da ordem de 5.705 presos. Há, portanto, um excesso de 10.000 homens, em números redondos, somente na área da Secretaria da Justiça, sem contar os excedentes da Secretaria de Segurança Pública.

Mas atualmente a realidade do sistema prisional no Estado de São Paulo e no Brasil é bastante diferente. Se na época de Manoel Pedro Pimentel as políticas públicas de assuntos penitenciários no Estado de São Paulo eram da competência da Secretaria da Justiça desde 1º de março de 1892, em razão do Decreto n. 28, hoje essa atribuição é da Secretaria da Administração Penitenciária, conforme o disposto na Lei 8.209 de 4 de janeiro de 1993. Interessante notar que a mudança na política pública relacionada aos assuntos penitenciários, inclusive com a criação de uma pasta específica no Poder Executivo paulista, foi criada somente após o trágico episódio ocorrido em 2 de outubro de 1992 na Casa de Detenção de São Paulo, que foi popularizado pela mídia como o "massacre do Carandiru", quando uma rebelião causou a morte de 111 presos pela Polícia Militar do Estado.

Hoje, segundo informações obtidas no sítio do Ministério da Justiça,[632] a população carcerária brasileira em dezembro de 2009 era de 473.626 presos, para um total de 294.684 vagas, enquanto que, no Estado de São Paulo, esse número era de 193.915 presos, para 101.774 vagas.

Obviamente, o fenômeno do "encarceramento em massa" que implica na superlotação das unidades prisionais não é um problema exclusivamente regional ou mesmo nacional, e tem se manifestado em todo o mundo de forma vertiginosa, principalmente, nos Estados Unidos. As origens, os contornos históricos, e as

---

631 *Ibid*, p. 268.

632 http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm, consultado em 24/05/2010.

justificativas teóricas para esse fenômeno são as mais diversas, e não se pretende expor aqui qualquer tentativa de abordá-las ou enumerá-las.[633] Mas para ilustrar como o encarceramento em massa vem se apresentando como uma experiência social e política sem precedentes na história mundial, principalmente a partir da década de 1970, é interessante ao menos consignar que, segundo Loïc Wacquant,[634] nos Estados Unidos, país que detém o título de maior encarcerador do planeta, "a população carcerária cresceu abruptamente de 380 mil em 1975 para 1 milhão em 1990". Já ao longo da década de 1990, a população carcerária efetivamente dobrou, "passando a marca dos 2 milhões, dos quais mais de 1 milhão são infratores não violentos", alcançando a nada invejável marca de "quase 700 detentos para cada 100.000 habitantes – de seis a dez vezes mais do que os países da Europa ocidental". Não obstante apresentarem números absolutos menores do que as taxas de encarceramento norte-americanas, é preciso notar também que "a população carcerária da França dobrou entre 1975 e 1995, e a de todos os Estados europeus e latino-americanos mais importantes cresceu rapidamente."

Mas apesar da magnitude desse fenômeno, Loïc Wacquant chama a atenção para o fato de que as prisões ainda permanecem, de certa maneira, inacessíveis aos pesquisadores sociais, principalmente no que diz respeito aos estudos observacionais direcionados a desenvolver uma etnografia do espaço social e cultural da prisão. E em face do apontado descaso dos cientistas sociais com o universo prisional, os relatos e informações sobre a vida cotidiana dos presos são trazidos somente por jornalistas, escritores, e por egressos do sistema carcerário. Ou, para citar o próprio Loïc Wacquant,[635] "eclipsou-se então a etnografia da prisão,

---

[633] Segundo Loïc Wacquant, "nos últimos vinte e cinco anos, os Estados Unidos empreenderam uma experiência sócio-histórica única: a substituição gradual da regulação previdenciária da pobreza, como resumido pela análise clássica de Piven e Cloward (1973), por seu tratamento através de um continuum carcerário-assistencial emergente que interliga e mescla as práticas, categorias e discursos do aparato hipertrófico e hiperativo da justiça criminal (Wacquant, 2002ª). A mudança de Estado maternalista semi-previdenciário para Estado paternalista penal, deve-se destacar, não estabelece todos os americanos como alvo. Ela visa fundamentalmente os destituídos, os desacreditados e os perigosos, e todos aqueles que se exaltam, nas regiões inferiores do espaço social, com a nova ordem econômica e etnoracial que está sendo construída sobre o defunto pacto fordista-keynesiano e o gueto negro deslocado: a saber, o subproletariado negro das grandes cidades; os desqualificados e setores precários da classe trabalhadora; e os que recusam os "empregos de escravo" e salários de pobreza da economia de serviços desregulada, voltando-se em vez disso para o comércio informal nas ruas das cidades e seu setor de ponta, o tráfico de drogas". WACQUANT, Loïc. O curioso eclipse da etnografia prisional na era do encarceramento de massa. In "Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade", ano 8, número 13. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 20.

[634] WACQUANT, Loïc. O curioso eclipse da etnografia prisional na era do encarceramento de massa. In "Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade", ano 8, número 13. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 21-23.

[635] *Ibid*, p. 23.

exatamente quando era mais urgentemente necessária, tanto no terreno científico como no político", concluindo que, "a etnografia da prisão nos Estados Unidos é não apenas uma espécie ameaçada, mas sim virtualmente extinta".[636]

Ainda segundo Loïc Wacquant,[637] essa carência de trabalhos etnográficos sobre o universo prisional não ocorre na Europa, onde as pesquisas sociológicas e antropológicas sobre a prisão "experimenta uma espécie de pequeno *boom*", particularmente através de pesquisadores britânicos e franceses. Também foram referidos os trabalhos que envolvem uma observação participante do ambiente prisional em outros países, como o relato antropológico de James Waldram (1997) sobre a difusão de tradições epirituais aborígenes nas prisões canadenses, e de Kiko Goifman (1999), que registrou imagens visuais sobre o tempo, o sexo, e a morte nas prisões de São Paulo.

De fato, também no Brasil, se é conhecida a escassez de pesquisas etnográficas sobre o campo jurídico em geral, pode-se dizer que as etnografias prisionais são praticamente inexistentes. A única etnografia prisional publicada – ao menos de que se tem conhecimento -, foi realizada há mais de 30 anos, e publicada sob o título "Mundo do crime: a ordem pelo avesso", por José Ricardo Ramalho (1979), junto à extinta Casa de Detenção de São Paulo, popularmente conhecida como "Penitenciária do Carandiru". De lá pra cá são realmente raros as pesquisas antropológicas no universo prisional.

Mas é importante considerar que, apesar da premente necessidade de pesquisas etnográficas com observações pormenorizadas e densas a partir do campo carcerário, seja no que diz respeito à descrição das práticas, hábitos, e valores compartilhados pelos presos "intra-muros", ou mesmo em relação às forças sociais, políticas, e culturais mais amplas que "rompem as muralhas" das unidades prisionais, o enfoque principal deste estudo, é, especificamente, a análise do discurso jurídico nesse campo cultural através da objetividade expressa pela textualidade. Trata-se, em outras palavras, de direcionar o olhar sob um viés antropológico sobre o discurso textual dos sujeitos envolvidos no espaço relacional prática judiciária, analisando as suas escolhas no âmbito do campo das

---

[636] Para dar mostrar desse referido "eclipse" na etnografia prisional, Loïc Wacquant registra o seguinte: "Fiquei chocado, quando iniciei meu projeto de campo nos Estados Unidos, ao descobrir que a mais recente descrição etnográfica do portão de entrada no cosmo carcerário continua ser, 20 anos depois de ter sido escrita, a monografia de Joh Irwin, *The Jail: Managing the Underclass* [A prisão: Manejando a subclasse] (1984)".
[637] *Ibid*, p. 24.

possibilidades estratégicas, considerando suas respectivas posições, hábitos, interesses, pontos de vista, referências, nessa luta discursiva. O enfoque analítico é direcionado, portanto, às escolhas que os sujeitos fazem diante das possibilidades que se apresentavam em um determinado microcosmo do campo jurídico, e as estratégias adotadas para conferir "força" aos seus respectivos discursos no espaço relacional e estrutural da construção do direito.

Assim, e não obstante a presença do pesquisador tanto na penitenciária de *"Panacéia"*, quanto no fórum da comarca de *"Pandora"*, ter possibilitado alguns "*insights*" sobre as impressões resultantes da observação participante, o que realmente interessou nesta pesquisa é o discurso desenvolvido em um determinado microcosmo do campo jurídico, onde os sujeitos adotaram estratégias e escolhas específicas assumindo, assim, determinadas posições em um campo de possibilidades. E esse discurso no campo jurídico é, efetivamente, representado através do texto. Tanto que, nesse aspecto, é recorrente a afirmação por parte dos atores jurídicos que o "mundo do direito" (campo jurídico) é o "mundo dos autos do processo" (texto), de modo que o que não existe nos autos do processo,[638] não existe para o direito. Essa análise do discurso jurídico através do texto possibilita analisar de forma objetiva as escolhas e as estratégias dos sujeitos nesse campo cultural específico.

[638] Os autos de um processo de execução criminal são compostos de vários apensos onde são anexadas as guias de recolhimento correspondentes às condenações criminais impostas ao preso, as quais são somadas, e, sobre esse total, são calculados os lapsos temporais que devem ser cumpridos para que se tenha direito aos benefícios como progressão de regime, livramento condicional, remição de penas, indulto e comutação.



Fig. 4

Importante considerar ainda, nesse âmbito de análise discursiva, que a realidade prisional também se apresenta no campo jurídico por meio da textualidade dos autos do processo. Afinal, é através do texto que o juiz de direito e os outros sujeitos envolvidos nesse espaço relacional e estrutural da construção do direito vão encontrar a realidade da experiência da prisão de forma objetiva. Essa objetividade também está revelada nas obras textuais produzidas pelos sujeitos à medida em que vão fazendo suas escolhas no campo das possibilidades e utilizando estratégias para conferir força aos seus respectivos discursos. Daí a proposta de uma etnografia do discurso no microcosmo de uma vara de execuções criminais e uma penitenciária mediante a observação de casos específicos.

E ainda através da análise do discurso, espera-se também identificar alguns possíveis paralelismos do processo de construção do direito com o processo de construção da ciência observando as posições assumidas e as estratégias adotadas pelos sujeitos envolvidos no espaço relacional e estrutural desse campo cultural específico, que é o campo da execução penal.

O CAMPO CULTURAL DA EXECUÇÃO PENAL

Conforme prescreve o artigo 1º da Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, tem-se que "a execução penal tem por objetivo efetuar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Trata-se de uma atividade estatal, por assim dizer, híbrida ou mista, uma vez que possui tanto uma natueza administrativa, nas atribuições afetas ao poder executivo, como jurisdicional, a cargo do poder judiciário. À administração pública, através da figura do diretor do presídio, cabe impor ao sentenciado a privação da liberdade imposta na sentença penal condenatória, que consiste no objeto do processo de execução penal, enquanto que ao juiz de direito compete apreciar os chamados incidentes de execução, como é o caso da concessão de progressões de regime prisional, livramento condicional, remição de pena, indulto, comutação de penas, entre outros, assim como as atividades inerentes à corregedoria dos presídios.

Essa repartição de competências na execução penal foi trazida justamente pela Lei 7.210/84, que promoveu uma efetiva jurisdicionalização das prisões. Ou seja, passava-se a buscar uma efetivação da legalidade no interior do cárcere através do acompanhamento permanente de juízes de direito isentos e cumpridores dos princípios e garantias previstos no ordenamento jurídico. A proposta dos legisladores tinha por objetivo implantar uma nova "cultura" na execução penal, princpalmente por intermédio dos amplos poderes conferidos pela lei ao juiz de direito.

Mas não obstante a legislação pretender implantar essa nova "cultura" na execução penal, onde o juiz de direito assumiria um papel fundamental na garantia dos direitos dos reclusos, são ainda muito poucos os casos onde se vê uma atuação efetiva por parte do magistrado como um verdadeiro agente "transformador" da prisão. Afinal, como denunciou o editorial do Boletim do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,[639] as matrizes que moldaram os poderes políticos e

[639] Nesse mesmo artigo o editorial do Boletim enaltece a postura ativa e corajosa do juiz de direito da vara de execuções criminais de "Pandora", quando "determinou que os estabelecimentos penitenciários sob sua competência correcional somente recebam presos residentes em um raio de 200 quiômetros, devendo também observar, estritamente, seus limites de lotação". O artigo denuncia ainda que "o mesmo Judiciário dessas decisões é aquele que, embora por outras mãos, dissemina a cultura do aprisionamento massivo e do uso abusivo da prisão processual, mesmo em casos em que a lei prevê soluções alternativas. (...) Estudos sérios demonstram que, na base desse aprisionamento espetacular, encontramos magistrados e promotores de justiça como os responsáveis principais pela situação caótica vivida nos presídios, disseminando a lógica da excepcionalidade, agravando regimes prisionais, adiando ou ignorando institutos legais quando favoráveis aos réus e condenados, e, enfim, superlotando presídios com toda uma população que não deveria estar neles. Mas essas duas decisões, de todo modo, também confirmam o que alguém já disse antes: a independência do juiz não está no Judiciário,

instituições públicas do Brasil, ao longo de sua história colonial, coronelista, e ditatorial, "contaminaram, severamente, um Judiciário erguido à sombra do totalitarismo do poder, subserviente a ele, condescendente com ele e reprodutor dele".

Em um cenário profundamente marcado por esses matizes ideológicos tão conservadores e reprodutores, o juiz de direito no campo cultural da execução penal costuma manter-se um tanto quanto distante da realidade cotidiana das penitenciárias sob sua jurisdição. Suas visitas são bastante esporádicas, e muitas vezes limitam-se ao ambiente administrativo para conversas com os diretores dos presídios. E mesmo nessas conversas entre o juiz de direito e o diretor da penitenciária, os aspectos "materiais" relacionados às condições de cumprimento da pena são apenas colocados de forma bastante superficial, uma vez que geralmente considerados pelo próprio juiz como atribuição específica da administração pública, não sendo visto como um problema jurisdicional. As visitas às celas são extremamente raras, até mesmo por "questões de segurança", de modo que o contato pessoal com os detentos costuma ser através da escolha aleatória feita pelo juiz ou pelo próprio diretor do presidio de algum ou alguns "representantes" dos presos, e que recai, geralmente, sobre os chamados "faxinas" dos raios (longos corredores com celas), aos quais o juiz faz algumas perguntas sobre as condições de cumprimento de pena, abrindo eventualmente espaço para algumas reivindicações.

Mas, de um modo geral, a rotina do juiz da vara de execuções criminais é bastante distante do ambiente penitenciário. O seu contato com o "mundo prisional" se dá essencialmente através de documentos que constantemente são juntados aos autos dos processos de cada um dos presos sob sua jurisdição. Mesmo em situações onde os presos, pelo que dispõe a lei, deveriam ser levados à presença do juiz para uma audiência,[640] esta costuma ser realizada no próprio presídio sem a sua presença, de modo que somente o texto com as declarações do preso chega ao seu conhecimento.

---

mas no próprio magistrado. A instituição não é independente, mas, o juiz, esse sim pode sê-lo. Nossa LEP inaugurou toda uma cultura de legalidade que não há de ser mais detida, passando a ambientar novas idéias, novas práticas, mas, principalmente, novos homens e novas mulheres que as sustentam e que não permitem que gratuitamente tudo se desmanche no ar.", *in*, "A LEP e a independência judicial", Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 15, n. 183, fevereiro de 2008, in www.ibccrim.com.br, consultado em 15/05/2010.

[640] Como é o caso da audiência prevista no artigo 118, § 2º , da Lei de Execuções Penais, que diz que o preso deve ser ouvido antes de ser regredido de regime pelo cometimento de falta disciplinar de natureza grave.

Em suma, a realidade prisional que se apresenta ao juiz é objetivada através da textualidade de peças processuais, requerimentos, ofícios, atestados, cálculos de penas, e outros tantos documentos que, incessantemente, são encartados em cada volume dos milhares de autos que permanecem e circulam no cartório. Os aspectos materiais do "mundo da prisão" são transmutados e inscritos objetivamente em textos padronizados para que, já no "mundo jurídico", se apresentem como fonte exclusiva de cognição dessa realidade numa perspectiva meramente formal.

A experiência da prisão assume, então, no campo jurídico, um aspecto estritamente textual, discursivo, objetivado, e vinculado a ritos e formas padronizados. Afinal, o ambiente carcerário é muito diferente daquele encontrado pelos sujeitos do processo de construção do direito nos cartórios e gabinetes do fórum. E tamanha é essa objetivação da realidade no campo jurídico, que o visitante mais desavisado, ou mesmo o jurista mais distraído, nem poderia se aperceber ou notar que cada um dos volumosos autos dos processos de execução, com suas centenas ou milhares de textos, empilhados nas várias prateleiras e escrivaninhas do cartório, e referidos e organizados principalmente sob a forma numérica, consistem, na verdade, em representações textuais da realidade de pessoas condenadas e presas nas penitenciárias à espera de alguma decisão judicial que possibilite a liberdade ou, ao menos, melhores condições de cumprimento de pena.



Fig. 5

E considerando de um lado a frieza objetividade do discurso jurídico representado nos autos dos processos que se acumulam na vara de execução criminal de *"Pandora"*, e de outro lado a calorosa realidade das celas superlotadas, parece que o olhar antropológico pode servir como um instrumento de reflexão e análise nessa dialética. Mas, ao contrário do que se poderia pressupor de início, uma observação antropológica no microcosmo de uma vara de execuções criminais não irá encontrar grandes debates onde advogados, promotores e juízes, fazendo uso de uma oratória peculiar, discutem e divagam sobre os mais altos e nobres valores da lei, justiça e liberdade. De modo bastante diverso, o que se vê nesse microcosmo é que a construção do direito é feita em um ambiente onde a "matéria-prima" colocada à disposição dos sujeitos é composta apenas de papéis, pastas, arquivos, computadores, livros, estantes, carimbos, canetas, grampos, e todos os outros materiais necessários para que o direito seja burocraticamente "construído".[641]

Isto porque, no âmbito do processo de execução penal, os sujeitos fazem suas manifestações sempre de forma textual, e como os casos e situações que se

[641] Bruno Latour nota que *"jurists always speak of texts, but rarely of their materiality. It is to this materiality that we must apply ourselves."*, *in*, LATOUR, Bruno. The making of law: an ethnography of Conseil d'État. Malden, MA: Polity Press, 2010, p. 71.

apresentam nos autos dos processos de execução não costumam sofrer uma significativa variação de suas hipóteses de subsunção legal, as decisões e manifestações costumam ser padronizadas, o que confere maior agilidade na tramitação processual.



Fig. 6

Percebe-se, desse modo, que a construção do direito no âmbito do processo de execução penal em nenhum momento parece retratar o "calor" da realidade dos presos recolhidos em celas superlotadas, sendo feita apenas através da "frieza" da formalidade representada nas pilhas de autos de processos que se acumulam no cartório. Assim, somente através da textualidade é que os sujeitos do processo de construção do direito no âmbito da execução penal podem, de alguma maneira, tentar interferir na empiria da prisão, seja por meio da concessão de benefícios e liberdade aos presos, ou mesmo buscando propiciar condições mais dignas de cumprimento de pena.

Desse modo, a normalidade é o juiz não se imiscuir em assuntos relacionados às condições materiais de cumprimento de pena pelos presos, considerando que os mesmos dizem respeito, em princípio, ao poder executivo, e não ao poder judiciário (política do *"hands off"*). Mesmo em questões disciplinares, relacionadas à manutenção da ordem no interior da prisão, os juízes costumam apenas "avalizar" as punições impostas pelo diretor da penitenciária. Até mesmo porque, conforme

dispõe o próprio artigo 47 da Lei de Execução Penal, “o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares”. Assim, e apesar de obrigatoriamente ser comunicado sobre as faltas disciplinares e as punições aplicadas, não é costume os juízes reverem ou modificarem as decisões do diretor da penitenciária.

Percebe-se, portanto, que o campo cultural da execução penal é formado por uma rede de relações objetivas, onde o juiz de direito com atribuição de corregedor dos presídios possui uma posição definida em relação à posição dos diretores dessas unidades prisionais afetas à sua competência. Além de uma conformação legal, obviamente há toda uma estruturação desse campo cultural em função de dinâmicas históricas e contingentes que estabelecem todo um sistema de possibilidades que determinam o que é possível e o que não é possível fazer, oriantando os sujeitos que em um determinado momento acham-se inseridos nesse contexto específico.

Todos esses aspectos permitem inferir que, além da “cultura” que a Lei de Execução Penal tentou implantar mediante as relevantes atribuições conferidas ao juiz de direito na garantia dos direitos dos presos, há efetivamente uma “cultura” local do próprio cartório onde tramitam os processos de execução criminal. E nesse aspecto cultural, é bastante significativo que os “critérios de julgamento” e “aplicação do direito” sejam mantidos mesmo quando há uma substituição do juiz de direito. Em outros termos, quando ocorre a substituição de um juiz por outro, muitas vezes as decisões “padronizadas” são mantidas pelo novo juiz, até mesmo pelo fato de que a manutenção da “normalidade” revelada por essa “cultura” local, e que possibilita a “previsibilidade” dos “critérios de julgamento”, mostra-se interessante para que não ocorram inconvenientes resultantes de uma mudança que certamente frustraria a expectativa dos presos.

Daí porque, de um modo geral, os juízes tendem a seguir e adotar em seu trabalho de aplicação da lei não um “sentido de justiça” pessoal, mas sim os “critérios de julgamento” fornecidos, principalmente, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Estadual, que tem por atribuição rever, em grau de recurso, as decisões judiciais. Em razão disso, e considerando que suas decisões serão modificadas caso não sigam o entendimento jurisprudencial dominante sobre determinada hipótese de

interpretação legal, parece que a maioria dos juízes adotam em seus julgamentos muito mais uma hermenêutica de “reprodução” do que de “criação”.

De todo o modo é na textualidade que a “construção” do direito na execução penal encontra sua maior expressão. A realidade dessa “cultura” é toda representada no texto. E é bastante significativo dessa conclusão o fato de que o próprio acondicionamento físico dos textos que representam a realidade dos presos parece refletir própria condição destes. Uma perspectiva “fisionômica” das imagens abaixo sugere uma interpretação no sentido de que a própria disposição física dos presos no interior das celas superlotadas acaba por estar representada no acúmulo de autos de processos acima da capacidade das estantes.



Fig. 7



Fig. 8

Através dessa interpretação topológica se faz possível apreender uma significativa similitude fisionômica representada na "falta de espaço" ou "inadequação à capacidade física", de modo que os "arranjos" encontrados para compatibilizar esse "excesso" fazem com que a condição do objeto da representação (presos em triliches e no chão das celas) encontra-se reproduzida na dimensão espacial da própria representação (textos em prateleiras e no chão do cartório). Essa perspectiva iconográfica parece consistir em um retrato "simbólico" e mesmo "estrutural" da realidade dialética que representam.[642]

Mas além disso, ainda numa intepretação iconológica, parece que a própria dimensão de "tempo" está refletida nessa disposição fisionômica. Os autos de processos acumulados sobre a escrivaninha na longa espera do julgamento dos pedidos de liberdade e benefícios, também parecem representar o próprio ócio dos presos enquanto aguardam a liberdade.

---

[642] Em seu "Tratado lógico-filosófico", Ludwig Wittgenstein traz algumas significativas proposições sobre o sentido das representações através da "imagem", como, por exemplo, aquelas dos versículos 2.11 "A imagem apresenta a situação no espaço lógico, a existência e a não-existência de estados de coisas"; 2.12 "A imagem é um modelo da realidade"; 2.141 "A imagem é um facto"; 2.15 "Que os elementos da imagem se relacionam entre si de um modo e ua maneira determinados representa que as coisas se relacionam assim entre si. Chame-se a esta conexão dos elementos da imagem, a sua estrutura, e à sua possibilidade, a forma da sua representação pictorial"; 2.151 "A forma da representação pictorial é a possibilidade de as coisas se relacionarem entre si, como os elementos da imagem"; 2.1511 "A imagem está *assim* em conexão com a realidade; chega até ela"; 2.202 "A imagem representa uma situação possível no espaço lógico"; 2.221 "O que a imagem representa é o seu sentido", *in*, WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico filosófico/Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 35-38.



Fig. 9



Fig. 10

A par dessa significação propiciada por uma interpretação iconológica e topológica, e considerando que a representação da realidade no processo de "construção" do direito é feito de forma essencialmente textual, parece justificável um projeto jurídico-antropológico voltado a uma "etnografia do discurso jurídico". Conforme já exposto no capítulo 5, esse empreendimento consistente em investigar etnograficamente como se opera a construção, representação, e transmissão do conhecimento nos complexos espaços sociais que compõem a sociedade

contemporânea tem suas bases epistemológicas estabelecidas numa antropologia da ciência (Latour, 2000, 2010), ou da antropologia do conhecimento, como preferem outros (Morin, 2004; Burke, 2003; Rabinow, 1999),[643] E nessa proposta analítica, também é fundamental a aproximação com o referencial hermenêutico próprio da antropologia interpretativa ou pós-moderna (Geertz, 1989, 1991, 1997, 1999; Bourdieu, 1996, 1998, 1999; Rosen, 2006; Crapanzano, 1991).

E conforme já ressaltado ao longo deste texto, tem-se que para essa perspectiva antropológica, a ciência e o conhecimento (assim como o próprio direito) devem ser analisados principalmente por seus aspectos relacionais, como resultado de uma construção[644] humana vinculada e condicionada por formas simbólicas e de poder específicas do seu local de produção. E em razão disso, tem-se que o processo de construção do direito parece apresentar-se como um "campo social"[645] que pode ser analisado de forma semelhante à análise que a antropologia da ciência tem feito em relação aos cientistas, e que, no caso do direito, voltase, principalmente, às práticas discursivas e textuais.

---

[643] Peter Burke procura definir a antropologia do conhecimento comparando-a a uma espécie de taxonomia do próprio conhecimento, afirmando que "os antropólogos desenvolveram uma tradição de levar a sério as categorias ou classificações das outras pessoas, investigando seus contextos sociais", tomando como um verdadeiro pressuposto analítico considerar "a arbitrariedade manifesta de qualquer sistema de categorias quando visto de fora", *in*, BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 79.

[644] Sobre o processo de "construção" da ciência, e num sentido que pode também compreender o processo de construção do direito, Ludwig Wittgenstein nota, no versículo 6.341, que "a mecânica newtoniana, por exemplo, dá uma forma unitária à descrição do mundo. Imaginemos uma superfície branca na qual se encontram manchas irregulares pretas. Dizemos então que seja qual for a imagem que se obtém, é-me sempre possível aproximar arbitrariamente perto da sua descrição cobrindo a superfície com uma rede quadrangular correspondentemente fina e a seguir dizer que cada quadrado é branco ou preto. Desta maneira darei à descrição da superfície uma forma unitária. Esta forma é arbitrária uma vez que poderia ter tido o mesmo resultado utilizando uma rede de triângulos ou hexágonos. Pode ser que uma descrição por meio de uma rede de triângulos fosse simples, i.e., que poderíamos descrever a superfície mais exactamente com uma grosseira rede de triângulos do que com uma fina rede de quadrados (ou ao contrário), etc. Às redes diferentes correspondem sistemas diferentes de descrição do mundo. A mecânica determina uma forma da descrição do mundo ao impor que todas as proposições da descrição do mundo têm que ser obtidas de uma certa maneira a partir de um número de proposições dadas – os axiomas da mecânica. Fornece assim os tijolos para a construção do edifício da ciência exigindo que qualquer edifício a construir, seja ele qual for, utilize estes tijolos apenas.", *in*, WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico filosófico/Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 132.

[645] Segundo Pierre Bourdieu, "a maior parte das obras humanas que temos o hábito de considerar como universais – o direito, a ciência, a arte, a moral, a religião etc. – são indissociáveis do ponto de vista escolástico e das condições econômicas e sociais que as tornam possíveis e que não têm nada de universal. Elas são engendradas nesses universos sociais muito específicos que são os campos de produção cultural (campo jurídico, campo científico, campo artístico, campo filosófico etc.) e nos quais estão engajados agentes que têm em comum o privilégio de lutar pelo monopólio do universal, contribuindo assim para levar avante, aos poucos, verdades e valores tidos, em cada momento, como universais, isto é, eternos.", *in*, BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: Sobre a teoria da ação. Campinas,SP: Papirus, 1996, p. 209.

A PRÁTICA DO "DIREITO NORMAL" ENQUANTO "HABITUS", PARADIGMA OU "DISCURSO FORTE"

Além desses aspectos "culturais" próprios da execução penal, é possível nesse ponto fazer um paralelismo entre a prática jurídica e a prática científica. Isto porque, nesses dois campos do conhecimento, os enunciados que correspondem e se ajustam a um "discurso forte" (*kréiton logos*) – que na ciência é representado pelo "paradigma"[646] e no direito pela "jurisprudência dominante" –, passam a apresentar uma maior "força" para resistirem aos "ataques" de discursos concorrentes, e, assim, se manterem como "verdadeiros" e "válidos". Nessa perspectiva, o trabalho jurisdicional parece ser direcionado mais à manutenção e reforço de um "discurso forte" expresso em uma "jurisprudência dominante", do que propriamente na elaboração de juízos de valor sobre critérios de justiça e razoabilidade.

Essa aparente tendência verificada na prática de construção do direito onde os sujeitos procuram principalmente adequar suas atividades a certos "esquemas" e "padrões" previamente definidos, pode ser melhor compreendida através da noção de "*habitus*"[647] (disposições ou estruturas incorporadas), que em maior ou menor escala, se "reproduzem" e "condicionam" o agir dos sujeitos envolvidos. Esses "*habitus*" seriam formados pela incorporação por parte desses sujeitos no processo de construção do direito, através de "estruturas objetivas" e "esquemas de ação" que determinam e orientam os sentidos e as respostas adequadas para as situações que se apresentam rotineiramente, da noção daquilo que poderia ser denominado de "direito normal". Efetivamente, parece que os sujeitos jurídicos são dotados do que Pierre Bourdieu chama de "senso prático", à medida que "ajustam" suas maneiras de

---

[646] Na concepção original de Thomas Kuhn, "no seu uso estabelecido, um paradigma é um modelo ou padrão aceitos", os quais adquirem esse status "porque são mais bem sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como graves." *in*, KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas.São Paulo: Editora Perspectiva, 1990, p. 43-44.

[647] Para Pierre Bourdieu, "os *habitus* são princípios geradores de práticas distintas e distintivas – o que o operário come, e sobretudo sua maneira de comer, o esporte que pratica e sua maneira de praticá-lo, suas opiniões políticas e sua maneira de expressá-las diferem sistematicamente do consumo ou das atividades correspondentes do empresário industrial; mas são também esquemas classificatórios, princípios de classificação, princípios de visão e de divisão e gostos diferentes. Eles estabelecem aa diferençaa entre o que é bom e mau, entre o bem e o mal, entre o que é distinto e o que é vulgar etc., mas elas não são as mesmas. Assim, por exemplo, o mesmo comportamento ou o mesmo bem pode parecer distinto para um, pretensioso ou ostentatório para outro e vulgar para um terceiro.", *in*, BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 1996, p. 22.

agir no processo de "construção" do direito tomando como referência o "hábito"[648] que estabelece "*como*" se deve agir, ou, em outros termos, de que modo "normalmente" se atua no exercício de determinada posição nesse campo cultural.

Assim, e a título de ilustração, não obstante a Lei de Execução Penal impor ao juiz de execução o papel de "agente transformador da prisão",[649] consiste em verdadeiro "*habitus*", no entanto, que os juízes não se intrometam em questões administrativas relacionadas às condições de cumprimento de presos nas penitenciárias sob sua jurisdição. Assim, problemas relacionados ao fato do presídio operar bem acima da sua capacidade de lotação não "costuma" ser considerado uma ilegalidade que enseja a atuação por parte do juiz ou do promotor de justiça. Ou ainda ser "lugar comum" o entendimento de que o preso surpreendido na posse de substância entorpecente deve ser punido por falta grave; e que o preso que estiver cumprindo pena em regime fechado não pode progredir diretamente ao regime aberto sem antes passar pelo regime semi-aberto; ou que a prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe a contagem de tempo para a obtenção de benefícios; de que é esdrúxulo conceder ao preso com bom comportamento um benefício de forma antecipada para que, atingido o lapso temporal, esse direito seja consolidado etc. De modo que esses "padrões" de interpretação tradicionalmente aceitas pela comunidade jurídica como "corretos" configuram, assim, uma espécie de "direito normal".

E nesse âmbito de análise, da mesma maneira que na prática científica as pesquisas tendem a seguir as realizações científicas passadas, cujas leis, teorias, aplicações e instrumentações tradicionalmente aceitas pelas comunidades científicas são relatadas pelos manuais, servindo de paradigmas para futuras realizações, na rota da "ciência normal",[650] também na prática jurídica as decisões

---

[648] Interessante notar que o "hábito" também foi objeto de reflexão por parte de Charles Sanders Peirce, segundo o qual "os *hábitos* diferem das disposições porque foram adquiridos como conseqüências do princípio, virtualmente conhecido mesmo daqueles cuja capacidade de reflexão é insuficiente para formulá-lo, segundo o qual comportamento da mesma espécie reiterado, em combinações similares de perceptos e fantasias, produz uma tendência – o *hábito* – a comportar-se de maneira semelhante no futuro. Além do mais – *aqui está o ponto* - , os homens exercem um controle maior ou menor sobre si próprios através da modificação dos hábitos; e nos casos em que não possam operar uma reiterada conduta externa, poderão utilizar o princípio de que *reiterações no mundo interior – imaginativas – se bem intensificadas por esforço, produzem hábitos*, da mesma forma que as reiterações do mundo externo; *e estes hábitos têm a capacidade de influenciar o comportamento exterior*.", in, PEIRCE, Charles Sanders. Escritos coligidos. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 135. (Os pensadores)

[649] Cf. o artigo "A LEP e a independência judicial", publicado no Editorial do Boletim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 15, n. 183, fevereiro de 2008, in www.ibccrim.com.br, consultado em 15/05/2010.

[650] Segundo Thomas Kuhn, "a maioria dos cientistas, durante toda a sua carreira, ocupa-se com operações de limpeza. Elas constituem o que chamo de ciência normal. Examinando de perto, seja historicamente, seja no

judiciais tendem a adotar os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dominantes ou de maior aceitação pela comunidade jurídica, reforçando e reproduzindo um determinado modo de interpretação e aplicação da lei à hipóteses semelhantes, seguindo, assim, o que também pode ser denominado de rota do "direito normal".

Fica, portanto, evidente nessa similitude entre a prática científica e a prática jurídica, que a "normalidade" das atividades dos membros dessas respectivas comunidades somente é mantida se for orientada e estiver em consonância ao "paradigma" ou "corrente jurisprudencial dominante". Até mesmo porque, na hipótese de eventual desvio desses "modelos" ou "padrões comumente aceitos" não se estará fazendo a ciência ou o direito que estes paradigmas definem, sendo, assim, repudiado e combatido pelas comunidades científicas e jurídicas. E, nesse aspecto, nota-se que a importância de se observar e seguir o *"habitus"* da comunidade científica ou jurídica é tamanha que passa a definir o que representa ou não o "bom" ou "correto" exercício da atividade em questão.

Mas o que interessa aqui não é a rota "normal" da prática jurídica, e sim quando esses "modelos" ou "padrões comumente aceitos" deixam de ser seguidos. Isto porque enquanto há "concordância" das decisões judiciais em relação aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dominantes ou de maior aceitação pela comunidade jurídica, a "normalidade" se mantem enquanto "discurso forte", mas, por outro lado, quando há "discordância" através de decisões judiciais que se mostrem contrárias a esses "padrões" tradicionalmente, certamente haverá uma série "ataques" e "questionamentos" tendentes a encerrar a controvérsia e, assim, assegurar a rota do "direito normal". Assim como ocorre com as "revoluções científicas",[651] é necessário estudar também no campo do direito de que modo essas

---

laboratório contemporâneo, esse empreendimento parece ser uma tentativa de forçar a naturezaa encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma. A ciência normal não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno; na verdade, aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma frequentemente nem são vistos. Os cientistas também não estão constantemente procurando inventar novas teorias; frequentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros. Em vez disso, a pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma.", *in*, KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas.São Paulo: Editora Perspectiva, 1990, p. 44-45.

[651] Segundo Edgar Morin, "os paradigmas são os princípios eu comandam e controlam todo o discurso teórico. Uma pequeníssima modificação de paradigma, como por exemplo a passagem do paradigma ptolomeico, no qual o Sol gira à volta da Terra, para o paradigma galileico, enunciando que a Terra gira à volta do Sol, arrasta efectivamente conseqüências consideráveis na própria visão do mundo e do lugar da humanidade no seio do universo.", *in*, MORIN, Edgar. Ciência com consciência. Lisboa: Publicações Europa-América, p. 43.

“anomalias” ou “violações de expectativa” costumam ser “ajustadas” ou “corrigidas” pela comunidade jurídica.

Contudo, não se trata, obviamente, de observar como o próprio direito resolve “internamente” suas anomalias, principalmente através da revisão das decisões judiciais por instâncias superiores. Mesmo porque isso seria trabalho adequado para um jurista preocupado com a lógica interna da ciência do direito. Trata-se de observar principalmente as “estratégias retóricas” utilizadas pelos atores envolvidos na controvérsia para que os seus respectivos discursos continuem a ser, ou venham a se tornar, “fato” ou “realidade”. Em outros termos, é a “ação discursiva” dos atores na pragmática de fazer prevalecer os seus respectivos argumentos que passa a ser objeto de análise interpretativa, procurando identificar as “estratégias retóricas” utilizadas pelos mesmos para conferir “força” e “validade” aos seus respectivos discursos, e, enfim, resolver a controvérsia em conformidade aos seus “interesses” ou “pontos de vista” específicos.

Nessa etnografia do discurso jurídico representado no texto, foram selecionados textos produzidos no âmbito de controvérsias verificadas na vara de execuções criminais de *“Pandora”*, relacionadas à superlotação e ao uso de drogas no interior da, aqui denominada também ficticiamente, penitenciária de *“Panacéia”*. A proposta é tentar “seguir” o percurso de uma “lei” ou “norma jurídica” desde quando ela se encontra em estado latente na frieza dos códigos, até o fim do processo em eu se objetiva sua efetiva aplicação prática. Procura-se desenvolver uma antropologia jurídica à semelhança das hipóteses características de uma antropologia da ciência, tomando como referência principalmente o discurso textual e as estratégias utilizadas pelos sujeitos envolvidos na controvérsia para conferir “força” aos seus discursos, observando o que “entra” no sistema de justiça e o que “sai” dele. E também na linha de uma antropologia do conhecimento, o que importa de um modo geral não é propriamente o conteúdo do que é produzido no campo cultural observado, mas como o conhecimento é produzido.

Trata-se, portanto, de observar as estratégias adotadas pelos sujeitos na luta discursiva, as escolhas que fazem entre um “espaço de possíveis”, como essas escolhas vão identificando uma posição na estrutura do campo social, e, analisar, de um modo geral, como se opera a “política da verdade” referida por Michel

Foucault,[652] no âmbito da prática judiciária em um campo cultural específico. Seguindo a proposta de Pierre Bourdieu,[653] entende-se, aqui, por campo cultural "uma rede de relações objetivas (de dominação ou de subordinação, de complementariedade ou de antagonismo etc.) entre posições", as quais, por sua vez, são objetivamente definidas por da sua relação objetiva com outras posições". Ou, em outros termos, "pelo sistema das propriedades pertinentes, isto é, eficientes, que permitem situá-la com relação a todas as outras na estrutura da distribuição globas das propriedades". Assim, e de um modo geral, o campo cultural da execução penal é aqui visto como "um campo de forças a agir sobre todos aqueles que entram nele, e de maneira diferencial segundo a posição que aí ocupam", sendo, ao mesmo tempo, "um campo de lutas de concorrência que tendem a conservar ou a transformar esse campo de forças. Em suma, como define Bourdieu, "o princípio gerador e unificador desse 'sistema' é a própria luta".

OBSERVANDO A POLÍTICA DA VERDADE NO CAMPO CULTURAL DA EXECUÇÃO PENAL

Limites e possibilidades práticas de um discurso transformador do campo cultural da execução penal

A primeira controvérsia observada teve início quando o juiz corregedor dos presídios e vara das execuções criminais da comarca de *"Pandora"* assumiu uma posição polêmica e transformadora ao interditar a penitenciária de *"Panacéia"* para que esta não operasse acima de sua capacidade arquitetônica, proibindo, ainda, o recebimento de presos oriundos de cidades situadas em um raio superior a duzentos quilômetros daquela unidade penal.

Essa decisão foi motivada, em princípio, pelo fato de em suas visitas periódicas realizadas na penitenciária de *"Panacéia"*, o juiz de direito de *"Pandora"* ter constatado uma série de ilegalidades contra as normas jurídicas protetivas dos

[652] FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.
[653] BOURDIEU, Pierre. As regras da arte: gênese e estrutura do campo literário. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 261-263.

direitos humanos. Além disso, havia constantes reclamações por parte dos próprios presos e familiares dando conta da superlotação e das dificuldades de acesso para a visitação nas penitenciárias da região, devido à grande distância da capital do estado, onde reside a maioria dos familiares desses presos.

Dessa maneira, verificando pessoalmente e através de reclamações dos interessados a inadequação das condições de funcionamento da penitenciária de *"Panacéia"* principalmente quanto à necessária garantia aos presos de um tratamento penal condizente com o princípio da "dignidade da pessoa humana",[654] o juiz de direito de *"Pandora"*, revestido da autoridade inerente ao seu poder jurisdicional, ou seja, de aplicar a lei à realidade que ela objetiva regular, assume uma posição polêmica, dando início, assim, a uma "controvérsia" com o objetivo de transformar a realidade através da concretizada de normas abstratas previstas na legislação.[655]

Mas é interessante notar, contudo, que apesar do fato de que a grande maioria das penitenciárias brasileiras e das 144 unidades prisionais do Estado de São Paulo encontrarem-se superlotadas, operando com um número de presos bastante acima de sua capacidade arquitetônica, são raros os juízes que se dispõe a iniciar procedimentos correicionais para apurar as rotineiras violações aos direitos humanos ocorridas no interior das prisões. Com efeito, e não obstante a Lei de Execução Penal atribuir ao juiz o papel de fiscalizador e transformador da prisão através de uma "cultura da legalidade", o fato é que, até bem pouco tempo, praticamente não se tinha notícia de qualquer medida judicial voltada a garantir essa nova diretriz de proteção aos direitos humanos no interior do cárcere.

---

[654] A principal norma de proteção à pessoa humana, e que considerando sua posição topológica no ápice do sistema normativo, tem como fim servir como verdadeiro vetor interpretativo, encontra-se positivada na Constituição Federal logo no seu Título I, como um dos seus princípios fundamentais: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;"

[655] Os artigos de lei a seguir, todos previstos na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) dizem respeito a alguns direitos básicos dos presos e os respectivos instrumentos colocados à disposição do juiz de direito para sua garantia e efetivação prática: Art. 66. Compete ao juiz da execução: (...) VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei. Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades. Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6m² (seis metros quadrados). Art. 90. A penitenciária de homens será construída em local afastado do centro urbano e a distância que não restrinja a visitação.

Mas neste aspecto, para uma melhor compreensão das escolhas e da posição polêmica adotada pelo juiz de direito da vara de execuções criminais de *"Pandora"*, é importante considerar um dado importante em sua história de vida, e, conseqüentemente, na própria constituição do seu capital simbólico. Isto porque antes de ingressar na magistratura, o juiz de direito de *"Pandora"* foi agente de segurança penitenciário durante algum tempo. Desse modo, o juiz de direito não possuía um conhecimento apenas "indireto" a respeito da realidade e da própria "cultura" do universo prisional. Possuía também um conhecimento "prático" desse campo cultural específico, o que o credenciava a "falar" e assumir posições mais transformadoras diante daquela realidade. E é exatamente considerando esses aspectos peculiares da personalidade do juiz de direito de *"Pandora"* que se faz possível uma melhor compreensão de sua posição transformadora e polêmica no campo cultural da execução penal. Obviamente a sua "insubmissão" aos *"habitus"*, referências, e padrões adotados pelos juízes na prática judiciária relativa ao exercício da magistratura em varas de execuções criminais, assim como sua oposição aos entendimentos tradicionalmente adotados pela comunidade jurídica da qual faz parte, revelam uma posição independente, autêntica, e criadora naquele campo cultural, estabelecendo, assim, uma tensão entre as posições que compõem a sua estrutural.[656]

E foi em tais circunstâncias que o juiz de direito de *"Pandora"* assumiu a posição divergente dos padrões habituais e instaurou um procedimento para apurar as ilegalidades referentes à superlotação da penitenciária de *"Panacéia"*, com o objetivo de tornar "fato" textos de lei que até então consistiam em mera "ficção":

> ***JUIZ DE DIREITO DE "PANDORA"*** (decisão em 27 de março de 2007): Vistos. Tendo em vista o conhecimento da existência de superlotação nos presídios – por meio das visitas mensais – em franca violação da Constituição Federal, das normas de Direito Internacional, particularmente no que concerne aos Direitos Humanos, e afronta das normas da Lei de Execução Penal, determino que se instaure expediente pela Corregedoria dos Presídios, autuando-se e registrando-se, com objetivo de melhor apuração dos fatos.

[656] Sobre o aparecimento de novas idéias voltadas ao estabelecimento de novas práticas, ou novos paradigmas, em sua área de atuação, Thomas S. Kuhn escreve que "quase sempre, os homens que fazem essas invenções fundamentais são muito jovens ou estão há pouco tempo na área de estudos cujo paradigma modificam. Talvez não fosse necessário fazer essa observação, visto que tais homens, sendo pouco comprometidos com as regras tradicionais da ciência normal em razão de sua limitada prática científica anterior, têm grandes probabilidades de perceber que tais regras não mais definem alternativas viáveis e de conceber um outro conjunto que possa substituí-las. A transição para um novo paradigma é uma revolução científica.", *in*, KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990, p. 121-122.

Ao decidir dessa maneira, e seguindo o roteiro sugerido por Latour, percebe-se que não se trata mais de "uma frase de livro, desprovida de qualquer vestígio de invenção, interpretação ou autoria", uma vez que a lei (frase do livro), após ser pronunciada pelo juiz, é colocada entre aspas, com a pretensão de se tornar fato:

"As penitenciárias estão superlotadas e ficam distantes das cidades onde residem a maioria dos familiares dos presos, e em razão disso, conforme determina a lei e o senso de justiça, devem ser interditadas."



Juiz de Direito

Fig. 11

Verifica-se, portanto, que a frase fria do texto da lei foi tomada como fundamento para uma decisão. Seria como se no esquema proposto por Latour,[657] a frase de um livro fosse "posta entre aspas e também colocada dentro de um balão, sendo pronunciada por alguém", no caso, o juiz, e "depois, a essa personagem acrescentamos outra, com quem ela está falando", que aqui corresponde aos outros atores que foram intimados da decisão.[658] Uma frase que antes era ficção agora se tornar um "fato", sendo que essa prentensão poderá ser aceita (concordância) ou não (discordância) por outros personagens. Não havendo aceitação, estará iniciada uma controvérsia.

Depois que a decisão de instaurar o expediente de corregedoria foi tomada, o diretor geral da penitenciária de *"Panacéia"* prestou informações sobre a capacidade oficial do número de presos naquela unidade, a média de presos que ali costumam estar recolhidos, e também o número máximo de lotação já alcançada:

> ***DIRETOR DA PENITENCIÁRIA DE "PANACÉIA"*** (ofício datado de 2 de abril de 2007): Meritíssimo Juiz. Em atendimento aos termos do ofício nº 1.840/2007-azf, informo a Vossa Excelência que a capacidade de vagas existentes neste

[657] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 33.

[658] Sobre esse pronunciamento foram intimadas outras pessoas, que no caso, são representadas pela seguintes instituições ou autoridades: Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, Coordenador dos Estabelecimentos Prisionais da Região, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Defensor Público Geral do Estado de São Paulo, Procurador Geral da República, Conselho Nacional de Justiça e Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

> Estabelecimento é de 792 (setecentos e noventa e duas) no regime fechado e 108 (cento e oito) na Ala de Progressão (regime semi-aberto) e a média atual é de 1200 (mil e duzentos no regime fechado) e 130 (cento e trinta) na Ala de Progressão.
> Informo ainda que a população carcerária atual é de 1237 (mil duzentos e trinta e sete) no fechado e 153 (cento e cinqüenta e três) na Ala de progressão, com autorização para o recebimento de 25 (vinte e cinco) sentenciados no regime fechado e 03 (três) sentenciados na Ala de Progressão, e o número máximo de presos já alcançado no regime fechado foi de 1377 (mil trezentos e setenta e sete), e na Ala de Progressão 153 (cento e cinqüenta e três).
> Esclareço que não houve modificação na estrutura física deste Estabelecimento e a capacidade de presos por cela é de 06 (seis) no regime fechado, tendo atualmente uma média de 10 (dez) presos por cela e o regime semi-aberto é composto de duas Alas com capacidade de 54 (cinquenta e quatro) cada ala, tendo uma média de 65 (sessenta e cinco) presos por ala.
> Ressalto ainda que foi criado um limite de segurança de 162 (cento e sessenta e dois) sentenciados recolhidos na Ala de Progressão.

De se notar que realmente havia um excesso de presos recolhidos na penitenciária de *"Panacéia"*, cuja capacidade máxima é de 1.200 presos, mas naquele momento, contava com 51,51% acima da sua capacidade, com informação de que havia registrado uma população de 1.377 presos, ou seja, quase o dobro do número de vagas. Desse modo, a superpopulação parecia, de fato, confirmada.

Além dessas informações trazidas pelo diretor da penitenciária, o juiz de direito de *"Pandora"* também determinou que fossem obtidos outros dados sobre a real situação dos presos, objetivando verificar se na prática as hipóteses legais correspondiam, de fato, à realidade dentro da prisão. Afinal, como definir se noções tão abstratas e com forte carga ideológica e cultural como "dignidade da pessoa humana", "condições inadequadas", "adequado à existência humana", estavam sendo atendidas conforme estabelecido pela lei?

Uma das providências adotadas pelo juiz de direito de *"Pandora"* foi consultar o Instituto de Pesquisas Meteorológicas da Universidade Estadual Paulista a fim de verificar qual seria a média, a máxima e os valores extremos da temperatura em cada estação do ano nas proximidades da penitenciária de *"Panacéia"*, onde foi informado o seguinte:

> ***METEOROLOGISTA*** (em 25 de abril de 2007): De acordo com a Organização Mundial de Metereologia (OMM), os dados coletados em estação meteorológica convencional, são representativos para o interior de uma residência, pintada na cor branca e com os dormitórios situados à leste (direção do nascer do sol). A OMM recomenda que a temperatura média considerada ideal para o conforto humano, nessas condições, é de 26º C.
> A Tabela 1 mostra que mesmo nos meses mais frios (maio e junho) a média da temperatura máxima ultrapassa 30º C. Nos meses de março e de agosto até janeiro, a média das temperaturas máximas alcançaram valores a partir de 35º C. Em relação aos recordes de temperaturas máximas observadas no citado período, nos meses de setembro a janeiro, foram registrados valores maiores do que 37º C, com o valor máximo absoluto de 38,8º C, no mês de setembro.

Com base nessas informações, e considerando a média das temperaturas da região é bastante elevada, é possível perceber que o calor no interior das celas deve realmente ser escaldante. Até mesmo porque, conforme informou o diretor da penitenciária de *"Panacéia"*, as celas são bastante pequenas:

> ***JUIZ DE DIREITO DE PANDORA***: Qual o tamanho padrão exato das celas?
> ***DIRETOR DA PENITENCIÁRIA DE PANACÉIA***: Medida de cada cela do regime Fechado: 2,40x4,80m;

E, ao final de suas informações, já apresentando considerações de ordem pessoal sobre os problemas decorrentes da superlotação, o diretor da penitenciária disse o seguinte:

> ***DIRETOR DA PENITENCIÁRIA DE PANACÉIA***: Informo que os problemas encontrados e administrados por esta Unidade em relação à superlotação é o espaço físico das celas, pois foram construídas para acomodar seis sentenciados e possui atualmente em média onze, o que ocasiona transtornos de ordem disciplinar, dificultando a manutenção da segurança, tendo em vista o défict no quadro funcional devido ao número elevado de presos recolhidos nos pavilhões habitacionais.

Conforme se observa do teor dessas informações, o próprio diretor da penitenciária de *"Panacéia"* reconhece a superlotação e todos os problemas daí decorrentes. Devido ao fato das celas abrigarem praticamente o dobro do número de presos previsto em seu projeto arquitetônico, há um agravamento nos problemas de ordem disciplinar em conseqüência de um maior estresse do indivíduo preso,

favorecendo atos de rebeldia, desobediência, desacatos, e outras faltas disciplinares. Além disso, é evidente haver ainda um comprometimento da própria segurança da unidade, considerando que a cela superlotada aumenta a incidência de tentativas de fuga, e gera situações de conflito entre os próprios presos, induzindo e favorecendo ações de subversão à ordem e à disciplina. Sem contar que a superlotação promove uma intensificação da ocorrência das diversas patologias encontradas frequentemente nos presídios.

Em razão disso, também foram requisitados pelo juiz de direito de *"Pandora"* esclarecimentos do médico responsável pelo Núcleo de Atendimento à Saúde dos presos de *"Panacéia"*, que informou o seguinte:

> ***MÉDICO DA PENITENCIÁRIA DE PANACÉIA*** (em 16 de novembro de 2007): As principais doenças e males que afligem os sentenciados e são agravadas pela superlotação existente são as relacionadas ao aparelho respiratório, tais como gripes, resfriados, bronquites, amidalites, faringites, pneumonia e tuberculose pulmonar, assim como as de risco de contágio, como a conjuntivite e as dermatológicas como alergia e sarna. Tais problemas são comuns durante todo o ano, mas sazonais, como as o aparelho respiratório sendo mais comuns nos períodos mais secos e frios e as dermatológicas sendo mais comuns nos períodos mais quentes e úmidos.

Interessante notar que, ao requisitar informações de ordem técnica antes de tomar sua decisão, o juiz também buscou reunir dados mais "objetivos", ou mesmo "científicos", a respeito da condição de encarceramento dos presos. Parece que tal procedimento consiste em uma clara "estratégia retórica" adotada para conferir mais objetividade e força de persuasão ao seu discurso, considerando que certamente sua decisão seria objeto de inúmeros questionamentos por parte de outros atores nesse processo de construção do direito. E para resistir a um ambiente tão hostil e ter a possibilidade de tornar-se um "fato", foi necessário recorrer a outros "aliados" que, através de novos discursos, sirvam de verdadeiro apoio durante o curso da luta discursiva. No caso, com as informações técnicas fornecidas pelo diretor da penitenciária de *"Panacéia"*, pelo instituto de metereologia da Universidade Estadual Paulista, bem como do médico responsável pelo núcleo de saúde da unidade prisional, não é mais somente o discurso do juiz de direito que diz que a penitenciária está superlotada e funcionando de maneira inadequada, com violações

aos direitos humanos, mas todo um grupo de pessoas que devem merecer crédito em seus respectivos discursos.

Contando com o apoio de alguns aliados, o discurso do juiz de direito já alcança algumas condições de assumir um tom mais contundente, pois não se trata apenas de um discurso isolado, mas vários discursos que reforçam o que foi dito na frase inicial. Agora, com o apoio de alguns aliados, já é possível instaurar de forma definitiva a controvérsia que então passará a ter uma dimensão cada vez maior, podendo tanto contar com o apoio de novos aliados, como também ser fortemente atacada por outros discursos contrários:

> ***JUIZ DE DIREITO DE PANDORA*** (decisão em 23 de novembro de 2007): É da competência do juiz de execução penal interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da LEP (art. 66, VIII, LEP). Um dos dispositivos da LEP é aquele que preceitua: "O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade" (art. 85, "caput"). Se é possível interditar, dúvida não há de que também é da competência do juiz natural da execução penal a limitação da entrada de cidadãos-presos (art. 85, "caput", LEP).
>
> Embora se trate de matéria administrativo-jurisdicional de competência do juiz de execução penal, não se pode negar o contraditório e a ampla defesa aos interessados, até para que se possa eventual e posteriormente, exercer-se o direito recursal, se o caso.
>
> Assim, dispõe o art. 5º, LV, da Constituição Federal, "in verbis": "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".
>
> Diante do exposto, na ordem que segue, dê-se vista dos autos para manifestação, em cinco dias, aos seguintes entes ou instituições:
>
> 1) Defensoria Pública;
> 2) Comissão de Direitos Humanos da OAB local;
> 3) Procuradoria do Estado de São Paulo;
> 4) Ministério Público.
>
> Com as manifestações, venham os autos conclusos.

Mas, assumida a posição transformadora e polêmica de fazer valer na realidade o que até então é apenas uma frase em um livro (lei), o que na prática significaria a interdição parcial da penitenciária de *"Panacéia"* até que fossem

garantidas as condições adequadas de funcionamento, já de início se identifica um discurso que se opõe frontalmente a essa pretensão, gerando, assim, uma tensão naquele microcosmo da prática judiciária. Em outras palavras, o discurso transformador se depara, pela primeira vez, com um discurso conservador, desencadeando uma controversa. Isto porque a Procuradoria Geral do Estado, que tem por atribuição institucional representar o Estado ativa ou passivamente em juízo, opinou contrariamente à interdição parcial dos estabelecimentos prisionais, argumentando o seguinte:

> ***PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO*** (em 20 de dezembro de 2007): (...) Muito embora à época das informações prestadas, possa a população carcerária estar acima do limite inicial previsto para os presídios, tal fato, por si só, não é suficiente para a decretação da interdição parcial das penitenciárias, com a proibição de entrada de presos.
>
> Isto porque, diante da complexidade do sistema prisional do Estado, definir prioridades e áreas de atuação é questão que deve ser analisada de forma universal, escapando às possibilidades do presente expediente.
>
> A eventual proibição/interdição de ingresso de presos, afeta diretamente o Programa Governamental implantado para fins de tentar solucionar a problemática do déficit de vagas no sistema prisional, uma vez que deixa de considerar dificuldades existentes em outras unidades.
>
> (...) Destarte, uma solução que apontasse apenas para os problemas das penitenciárias da região, seria contrária ao interesse público de toda a coletividade Paulista, tendo como efeito apenas o deslocamento e agravamento da situação, em prejuízo à segurança pública e à ordem instituída, além de causar grande tumulto administrativo.
>
> Inclusive, muito provável que os problemas hoje enfrentados, decorram justamente de medidas tomadas por outras decisões judiciais, que não levaram em consideração a situação geral do sistema, causando sérios prejuízos a sua boa gestão.
>
> A conseqüência disso é que a apreciação do ato político pelo Poder Judiciário somente pode dar-se se a ilegalidade do comportamento emergir de modo gritante, manifesto.
>
> No caso, não há qualquer ilegalidade, não obstante, atenta à premente necessidade de solucionar os problemas, a Secretaria de Administração Penitenciária está constantemente buscando alternativas para resolver os problemas de superlotação.
>
> (...) Por isso, é bom ressaltar que as provas coligidas nos autos não refletem a realidade, pois não levam em conta as medidas tomadas pela Administração

> Pública e a situação global do sistema penitenciário estadual, acabando por dar uma falsa noção de como solucionar os problemas eventualmente existentes.
> É do interesse do Estado de São Paulo a solução do déficit de vagas, mas isto não se resolve numa penada, e sim com ações programadas e com seu cronograma em andamento, razoes pelas quais a interdição parcial das penitenciárias da região não é conveniente.

Percebe-se nesse discurso, que apesar de reconhecer a superlotação, o procurador do estado se opõe à interdição parcial da penitenciária de *"Panacéia"* argumentando, em suma, que essa decisão é de cunho político e não jurídico, de modo que não caberia ao juiz de direito de *"Pandora"* tomar essa decisão. Interessante notar ainda que o próprio "discurso" já apresenta um viés mais "abstrato" à medida que procura retirar a dimensão eminentemente "local" da controvérsia reinserindo-a em um contexto maior, recorrendo, para tanto, a noções essencialmente políticas, vazias de conteúdo empírico, e com alta carga ideológica, tais como "interesse público", "coletividade paulista", "programa governamental", "segurança pública", "ordem instituída" dentre outras.

Percebe-se também um ataque direto à própria pretensão do juiz de direito de *"Pandora"* sob o argumento de que o problema da superlotação dos presídios decorreria justamente de outras decisões judiciais nesse sentido. Esse ataque direto parece ter a estratégia de "inverter" as posições, de modo que quem pretende combater a ilegalidade passa a ser o seu verdadeiro causador, o que consiste em clara estratégia retórica.

No entanto, o que mais chama a atenção é que apesar da "objetividade" dos discursos científicos trazidos nos laudos técnicos, e da opinião do próprio diretor da penitenciária de *"Panacéia"* dando conta de que a unidade encontrava-se, de fato, operando acima da sua capacidade e em "condições inadequadas" a "existência humana", em evidente contradição com o que a lei dispõe, ainda assim o discurso do procurador do estado sustenta que "não há qualquer ilegalidade" e que "as provas coligidas nos autos não refletem a realidade". E nesse ponto, é interessante notar que a prática de "construção" do direito não encontra limites na análise dos fatos nem mesmo quando esses mesmos fatos estejam descritos de forma científica. Na prática científica, muito provavelmente um discurso que questionasse o acerto de relatórios técnicos precisaria também apresentar, em contrapartida, outros relatórios e estudos científicos que demonstrassem cientificamente o erro de suas conclusões.

Mas na prática judiciária, um relatório técnico precedido de inúmeros testes científicos pode ser desqualificado sem qualquer prova em sentido contrário.

E mesmo a lógica na prática jurídica parece também não ser a mesma da prática científica. Isto porque apesar da subsunção lógica da "realidade" descrita através de textos técnicos às "normas" previstas nos textos legais, o que, até de forma silogística, indicaria a contradição do fato (premissa menor) em relação à lei (premissa maior), ainda assim é possível fazer uma ilação em sentido totalmente oposto, negando a lógica que aponta apoditicamente para a ilegalidade.

Mas apesar dos ataques diretos, o discurso inicial também contou com a adesão de novos aliados de peso, uma vez que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Ordem dos Advogados do Brasil, e o Ministério Público do Estado de São Paulo, também apresentaram discursos apoiando a pretensão de interditar parcialmente a penitenciária de *"Pandora"*. As razões trazidas em apoio ao discurso inicial foram, em síntese, as seguintes:

> ***DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO*** (em 30 de novembro de 2007): (...) Verifica-se, por informação oficial, que as unidades penitenciárias, afetas a esta Corregedoria dos Presídios, operam, diuturnamente, fora dos padrões da normalidade, desrespeitando o limite físico máximo de convívio social, em estabelecimento de internação coletiva, decorrente para expiação pelo apenamento.
>
> O limite físico de lotação máxima estabelecido para cada unidade penitenciária, tem por fino objetivo a constituição de um ambiente propício para o desenvolvimento do projeto educativo-ressocializador, durante o cumprimento da reprimenda penal, que retirou a liberdade do sentenciado, implementando os nortes da execução individualizada do apenamento.
>
> (...) Registros fotográficos bem capturam a realidade fria dos números e estatísticas, exprimindo com nuances impressionista os amontoados de seres humanos, comprimidos entre as paredes de concreto e grades de aço, como se fossem bestas, restando excluídas do processo ressocializador, tendo a sua dignidade vergastada por uma conduta estatal, disforme a orientação do pensamento ocidental, que informa a cultura humanista de nosso Estado Democrático de Direito.
>
> Há sérios problemas de disciplina interna dos reclusos e de salubridade ambiental, desaguando na dificuldade administrativo-operacional de manutenção da tranqüilidade do convívio social e da manutenção da segurança nos pavilhões habitacionais.

É de se registrar, também, que há propagação de doenças infecto contagiosas tais como a tuberculose, conjuntivite, sarna, ptiríase, escabiose, micoses, impetigos, entre outras, remontando o ambiente das reclusões do Século XIX.
O arquétipo realista, desenhado com a nuança da pouca mossa estatal à dignidade da pessoa humana, é agravado pelos relatos da insuficiência de servidores públicos para atender a demanda, e das temperaturas tropicais, escaldantes ao céu aberto; obtempere-se neste ambiente de reclusão coletiva, superpopuloso e pouco salubre, onde se divisa pouca ventilação, espaço para acomodar-se e de circulação, que com certeza atinge a temperaturas tórridas, causando angustia e sofrimento coletivo, desproporcional e despropositado, no ser humano lá segregado.
Necessário, destarte, e premente, que se determine às autoridades sujeitas ao serviço correicional dos presídios desta Vara de Execuções Criminais, a observância dos limites de ocupação física máxima das unidades prisionais, para a preservação da dignidade da pessoa humana, em especial dos condenados que nessas unidades expiam suas penas (...).

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DA SUBSECÇÃO DE PANDORA (12 de dezembro de 2007): (...) A superlotação do presídio tem como efeito direto e imediato a violação ou iminência, a um só tempo, da integridade física e moral do preso, com reiteradas rebeliões e mortes, coisa que todos sabem.
Pelo ângulo do imperativo humanitário, não se pode fechar os olhos diante dessa realidade perversa, que requeima a alma do jurista e de todas as pessoas lúcidas, realidade constrangedora que pode, todavia, ser abolida por determinação judicial de interdição parcial dos alegados estabelecimentos penitenciários, que apresentam percentuais muito além dos limites arquitetônicos e estruturais suportáveis.
Todos sabemos que presídio superlotado é anomalia que não abranda a insegurança social, mas incrementa a criminalidade e desmoraliza as instituições.
De outro lado, a redução da população carcerária ao nível compatível com a capacidade do estabelecimento significa como que o estancamento de uma fonte de violências e perversões, ensejando-se que retornem às ruas, após o cumprimento das penas, homens que não terão sofrido a inevitável degradação a que são submetidos os presos de hoje em nosso País, depersonalizados e quase compelidos à reincidência ao recuperarem a liberdade.
(...) Partilha esta Instituição do entendimento de que, obedecidos aos limites corretos de lotação, abrem-se possibilidades de que ao preso sejam dadas atenções especiais, favorecedoras da sua recuperação, reduzindo-se os casos de reincidência.

> A manutenção da atual situação em presídios de nossa região, deságua em desmoralização do próprio Estado, omisso e conivente, como que patrocinando a ilegalidade, a humilhação, o sadismo e a morte que se desenrolam no interior dos presídios superlotados.
>
> ***MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO*** (em 28 de dezembro de 2007): Como todos os administradores prisionais sabem, prisões superlotadas são extremamente perigosas: aumentam as tensões elevando a violência entre os presos, tentativas de fuga e ataques aos guardas. Não é surpresa que uma parcela significativa dos incidentes de rebeliões, greves de fome e outras formas de protesto, nos estabelecimentos prisionais do país sejam diretamente atribuídos à superlotação.
> Ao contrário do que parece ao leigo, o encarceramento inexorável, a todo o custo, sem embargo de inexistirem condições adequadas, acaba por estimular a criminalidade, em lugar de contribuir para a sua redução.
> A verdade é que o aprisionamento compulsivo – a despeito das normas jurídicas, das leis físicas e das recomendações da psicologia – é contraproducente, gera efeitos opostos aos desejados, representa um indubitável fator criminógeno.
> O argumento de que se pode conter a criminalidade, com a simples e implacável execução de penas carcerárias é ilusório. Ao aprisionamento de um só condenado, após os necessários trâmites legais, corresponde o surgimento de centenas de outros, no panorama de nossa realidade social.
> (...) A população civil livre clama por maior rigidez na forma de punir os apenados como se ter sua liberdade e sua cidadania civil, política e social vetada não fosse o bastante, pois os mesmos têm local para dormir e comida para não passar fome. Lamentavelmente, as pessoas que difundem este tipo de pensamento esquecem que o Estado deve custodiar a vida daqueles que infringiram a lei respeitando os direitos humanos e mais importante ainda, deveriam ter noção de que trata-los como animais irracionais leva ao inevitável fim de devolver ao convívio em sociedade homens revoltosos e vingativos.

Já é possível perceber nesse momento que a pretensão de tornar fato uma frase (lei) que antes encontrava-se apenas como ficção em um livro (código), ao mesmo tempo em que ao longo de sua jornada pode reunir diversos aliados para dar apoio e sustentação ao discurso inicial, também pode enfrentar o ataque direto de adversários que questionam duramente sua "verdade" e a "validade", rechaçando qualquer posição desviante do *"habitus"* e voltada à transformação da realidade. E nesse momento a controvérsia vai se tornando cada vez mais intensa, com muitas

pessoas procurando utilizar suas respectivas “estratégias retóricas” para conferir “força” suficiente aos seus discursos para que estes possam, enfim, tornarem-se fato. A ilustração abaixo parece retratar bem esse estado da controvérsia:


“A interdição de penitenciárias é uma decisão política e não jurídica. Além disso, a penitenciária está em condições adequadas e não há qualquer ilegalidade. Eventual interdição acarretará uma maior superlotação das outras unidades penais e criar sérios problemas políticos na administração penitenciária.”


‘‘Até que enfim um juiz teve a coragem de interditar as penitenciárias superlotadas e intervir na proteção dos direitos humanos. Sua decisão é correta e visa apenas cumprir o que diz a lei.”

Fig. 12

Apesar do discurso contrário apresentado pelo procurador do estado, tem-se que o juiz de direito de *“Pandora”*, contando com o apoio de aliados mais numerosos, cujos discursos apresentados de forma textual reforçaram a pretensão de tornar fato o texto da lei que até então consistiam apenas ficção, interditou parcialmente a penitenciária de *“Panacéia”*, proibindo o seu diretor de receber presos acima do limite permitido oficialmente. O que chama a atenção é que, além de citar textualmente em sua decisão um breve relato dos discursos aliados, apresentados pelo defensor público, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, e promotor de justiça, também se valeu de várias outras estratégias, considerando que essa decisão, considerando a estrutura hierárquica do Poder Judiciário, muito possivelmente seria objeto de novos ataques na instância superior. Mas agora não se trata mais de uma “opinião isolada”, mas de um discurso que conta com vários aliados com autoridade e prestígio que reforçam a pretensão inicial e assumem uma posição transformadora do campo cultural. Com a presença de numerosos aliados, o discurso vai assumindo assim uma objetividade ou cientificidade, uma vez que não é mais um texto isolado, mas conta com várias pessoas engajadas para que ele se torne forte o suficiente para deixar de ser ficção e tornar-se realidade.

Em suma, é pelo fato de antever os ataques e questionamentos que certamente serão feitos pelo seu auditório específico sobre a "verdade" e "validade" do discurso, e que qualquer posição transformadora certamente será combatida pelo "pólo dominante" do campo cultural, que os sujeitos ali inseridos recorrem, principalmente, a "aliados externos" para persuadir e conferir "força" aos argumentos.

Segue abaixo alguns trechos do discurso, repleto de estratégias, onde o juiz de direito de "Pandora" assume uma posição subversiva e coerente com seu capital simbólico específico, mas antagônica em relação aos padrões estruturais e que determinam o que é e o que não é possível naquele campo cultural. Importante notar que a decisão judicial[659] que interditou a penitenciária de *"Panacéia"* representa a tomada de uma posição por parte do juiz de direito em um espaço de possíveis, até mesmo considerando que, como autoridade, possui independência e autonomia para se filiar a um discurso que se define pela conservação e rotinização, ou outro, que efetivamente foi adotado, caracterizado pela intenção transformadora, de subversão às regras do jogo:

> ***JUIZ DE DIREITO DE "PANDORA"*** (decisão em 28 de dezembro de 2007): (...) É o relatório. Fundamento e decido.
>
> Da Competência.
>
> Consigne-se de antemão ser este juízo competente para decidir sobre o caso que envolve superpopulação carcerária, de acordo com o preceito constitucional concernente ao juízo natural (artigo 5º, LIII, CF).
>
> Aliás, não teria qualquer sentido o juiz da execução penal poder até interditar totalmente um estabelecimento prisional (art. 66, VIII, LEP) e não poder limitar a entrada de presos que excedam o limite permitido segundo o projeto arquitetônico do estabelecimento prisional. Se pode o mais, dúvida não há de que pode o menos e, nesse sentido, deve ser interpretado.
>
> (...) Além disso, o Brasil é signatário, dentre outros que serão mencionados, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 6.12.1966. Referido Pacto, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991, promulgado pelo Decreto 592, de 6.7.1992 e ratificado no direito doméstico em 24.1.1992, estabelece que ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7º, primeira parte) e que

[659] A decisão judicial que interditou parcialmente a penitenciária de "Panacéia" foi publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo veiculado em 8 de janeiro de 2008, p. 2703-2712.

toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana (artigo 10, 1).

(...) O Poder Judiciário não pode se confundir com o Poder Executivo. Este deve cumprir as políticas públicas necessárias ao engrandecimento da nação e àquele, de forma independente e harmônica, cabe determinar que os gargalos não cumpridos dos direitos fundamentais sejam efetivados pelo próprio Poder Executivo.

O Poder Judiciário somente se confunde com o executivo nos regimes de exceção, como foi, por exemplo, o nacional-socialismo, onde não se pôde falar em materialização de direitos fundamentais, pois, estes, ficaram ao alvedrio de decisão de um ditador. É o mesmo que afirmar sobre a inexistência da separação de poderes nos regimes de exceção. Esse fato, aliás, é bem lembrado por Giorgio Agamben (Estado de Exceção, Editora Boitempo, 2004, p. 19): "Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo".

(...) Por tudo isso, o juiz de execução penal, caso tenha a galhardia de compreender o papel constitucional que exerce, não pode concordar com as atrocidades que se cometem em matéria de execução penal, não por culpa pessoal de quem quer que seja, mas por uma desarmonia completa entre o que está na Constituição Federal e aquilo que se conforma no mundo real. É importante que se diga que o juiz da execução penal tem como jurisdicionado o cidadão condenado (preso ou em regimes mais brandos). Assim, é em relação ao sujeito da jurisdição que se deve realizar a filtragem constitucional para se constatar se seus direitos estão sendo cumpridos. As obrigações do cidadão-preso, para aqueles que labutam na área, sabem que são, quando descumpridas, imediatamente informadas aos Poder Judiciário. Porém, quando os direitos dos mesmos cidadãos são descumpridos não há a mesma transparência.

(...)

Mérito.

A superpopulação carcerária é realidade que descumpre a Constituição e a própria Lei de Execução Penal, além de vários mandamentos internacionais em que o Brasil é signatário.

(...) A superpopulação nos presídios, sem dúvida alguma, gera desprezo ao ser humano que passa a ser tratado não como sujeito de direitos, mas como objeto e que, portanto, perdendo a qualidade de ser humano, passa a poder ser equiparado à coisa, mas coisa sem qualquer valor.

(...) A superpopulação carcerária gera a crueldade da pena, na medida em que as pessoas são amontoadas, em local único, onde todos defecam, urinam,

soltam gases, com espaço de movimentação restrito, além do necessário para aquele que se encontra encarcerado. Claro que da prisão deve haver conseqüências restritivas ao direito de ir e vir, mas não além do mínimo de dignidade que deve ser conservada pela única razão de se tratar de um ser humano. O limite de entrada de pessoas presas, que, aliás, é definido de acordo com o projeto arquitetônico, pode ser traduzido como o mínimo de respeito à dignidade. O próprio nome indica: limite; é, portanto, o máximo, não podendo ser ultrapassado.

(...) As fotografias juntadas aos autos falam por si mesmas (fls. 56/63. 66/67, 70 e 73); as doenças que são otimizadas por conta da superpopulação carcerária; os problemas de disciplina que são gerados pelo excesso de pessoas e a questão da segurança que é prejudicada pela mesma razão, além, principalmente, da dificuldade de se realizar a devida individualização da pena, conforme determinação constitucional (art. 5º, XLVI, CF), e, por derradeiro, a impossibilidade de cumprimento do artigo 1º da Lei de Execução Penal, são fatores que justificam uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário para que faça cumprir os direitos fundamentais previstos na Constituição da República e não deixe a cidadania-presa ao deus-dará, a depender dos melhores ventos políticos deste ou daquele governo. (...) Conforme bem lembrou o ilustre Defensor Público, compete privativamente ao juízo da execução "verificar a regularidade do funcionamento e das condições de cumprimento das penas, nos estabelecimentos prisionais, sob sua jurisdição, com o fito de garantir o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, DR/88)." (fls. 89).

Não se trata de o Poder Judiciário "definir prioridades e áreas de atuação...", conforme consignado pela Procuradoria do Estado (fls. 101), mas, na qualidade de guardião da Constituição e, particularmente dos direitos fundamentais, deve o Poder Judiciário impedir a violação de direitos caríssimos ao ser humano. Isso não é interferência de uma função de poder em outra. Quando há omissão do Poder Executivo, cabe, ao Poder Judiciário, interferir, com base no princípio da proporcionalidade em sua faceta da insuficiência, e conceder o direito a quem tem direito.

(...) A Procuradoria do Estado afirmou que "...não há qualquer ilegalidade..." em relação ao problema da superpopulação carcerária (fls. 102). Porém, o artigo 85, caput, da Lei de Execução Penal preceitua de forma clara: "O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade". Ainda que alguns digam que a LEP precisa ser atualizada, certamente, não seria com o fim de passar a permitir a superpopulação carcerária, pois isso representaria violação direta do princípio da proibição do retrocesso social e, particularmente, da dignidade da pessoa humana.

> Ainda, a Procuradoria do Estado, sustentou que o déficit de vagas "não se revolve numa penada" (fls. 103). Primeiro que o objetivo deste expediente não é o déficit de vaga, até porque esta é uma solução que precisa ser resolvida pelo Poder Executivo que há muito vem tendo tempo para fazê-lo. Ou há alguma dúvida de que o problema da superlotação de presídios é recente e está sendo discutida somente por ocasião deste expediente? Este expediente tem como fundamento o problema da superlotação carcerária – que, não evitado pelo Poder Executivo, deve haver reação do Poder Judiciário no sentido de se determinar o cumprimento das obrigações constitucionais e legais. Reflexamente, existe o problema da falta de vaga que, repita-se, deve ser resolvido pelo Poder Executivo, não sendo autorizado a este que o faça de forma ilegal e inconstitucional. É exatamente quando há o descumprimento da lei e da Constituição (principalmente desta) que o Poder Judiciário deve atuar. Segundo que, de fato, "não se resolve numa penada" o problema do déficit de vaga no sistema carcerário. Aliás, não se resolve nem numa penada, nem numa pedrada (construção de presídios), pois as vagas continuarão faltando enquanto existir exclusão social em patamares alarmantes – marca lamentável deste país chamado Brasil. É por isso que o que se pretende com este expediente é procurar fazer resolver o problema da superpopulação carcerária (limitado a esta jurisdição) com princípios e regras constitucionais e legais que devem ser cumpridos. Quando "a penada" do Poder Executivo não funciona, funciona mal ou funciona atrasada, entra em campo a "penada" do Poder Judiciário. Essa é exatamente a tradução do princípio da proporcionalidade em sua faceta da insuficiência.

Com se vê do discurso acima, e considerando de antemão tantas adversidades que serão encontradas durante o percurso necessário para deixar de ser apenas ficção e finalmente tornar-se fato ou realidade, o juiz de direito de *"Pandora"* se vê na premência de recorrer a estratégias que confiram sustentação à sua posição inovadora. E uma das "estratégias retóricas" que se faz notar quando a controvérsia começa a ficar mais intensa, consiste na utilização, no "texto", da referência a "outros textos". Isto porque através do "argumento de autoridade" e "referências e citações" a textos anteriores, há um fortalecimento do discurso representado no texto. Em razão disso, o discurso acima faz uma série de referências a textos anteriores como "artigos de lei", "relatórios técnicos", "parecer do diretor da penitenciária", e os próprios "discursos" dos outros atores envolvidos na controvérsia. Dessa maneira, para enfraquecer o discurso e demonstrar que ele não

condiz à realidade, será preciso, ao menos em tese, enfraquecer também cada um dos outros textos, que lhe servem de fundamento.

Além de incorporar ao longo do discurso representado no texto os argumentos de autoridade e as referências e citações que possam fortalecer a proposição inicial, também é necessário objetar os discursos que se opõem explicitamente à pretensão. Daí ser possível constatar ao longo do discurso um ataque direto aos argumentos trazidos no discurso do procurador do estado, que se opôs veementemente à posição herética do juiz de direito de *"Pandora"* em relação à estrutura do campo cultural. Nesse ataque direto a essa posição conservadora e ortodoxa, também é possível notar a estratégia retórica de confrontar as afirmações trazidas naquele texto, com outros textos técnicos objetivando invalidar os argumentos ali desenvolvidos.

Há ainda uma outra interessante estratégia retórica que se faz notar no discurso acima, e que consiste na apresentação das próprias fotografias dos presos alojados em celas superlotadas. No entanto, ao invés de apresentar as fotos no próprio texto onde o discurso está representado, o juiz de direito de *"Pandora"*, assim como fez em relação à maioria dos textos anteriores que utilizou, também apenas fez referência da localização das imagens nos autos do processo. Em outros termos, percebe-se, portanto, que se todos os argumentos trazidos no texto não se mostrarem suficientes para resistir aos questionamentos no sentido de que os mesmos não correspondem à verdade, ainda assim é possível comprovar pelas imagens exatamente aquilo que está representado no texto. A palavra é substituída pela imagem.

Sob um outro aspecto, o discurso parece incorporar princípios e critérios de justiça universais, remontando a uma fundamentação jusnaturalista. Nessa perspectiva, a construção do direito não se opera unicamente através de um procedimento de aplicação lógico-dedutiva da legislação e de interpretação interna do sistema jurídico, mas também encontra suporte de validade em um sentido sociológico, histórico, e, por assim dizer, romântico, ou mesmo poético, de justiça social. De modo que a posição inovadora assumida pelo juiz de direito toma como referência princípios de justiça e não apenas o purismo normativo que caracteriza a produção e reprodução das posições no campo jurídico, servindo como verdadeiro *"habitus"*, ou até mesmo como *doxa*.

Mas apesar da proposição que antes estava prevista na lei apenas de forma abstrata, não passando até então de mera ficção, ter sido concretizada tornando-se fato, com a efetiva interdição parcial da penitenciária de *"Panacéia"*, ainda assim a controvérsia estava longe de chegar ao fim. Isto porque o "pólo dominante" desse campo cultural específico, revestido de alto capital simbólico, começa a defender a posição ortodoxa e conservadora da realidade do campo cultural da execução penal, com o objetivo de perpeturar o seu discurso forte. Isto porque como o Poder Judiciário é composto de forma hierarquizada, as decisões são, em sua grande maioria, revistas pelos tribunais superiores, o que representa, numa analogia com a prática científica, em verdadeiro "teste intersubjetivo de validade". Essa possibilidade de revisão das proposições por uma instância superior, de composição colegiada, e distante dos fatos, consiste em mecanismo tendente a conferir maior objetividade ao processo de "construção" do direito.

E é exatamente essa possibilidade das proposições serem testadas intersubjetivamente sob critérios teórico-metodológicos previamente estabelecidos, que faz com que o processo de construção do direito seja revestido de cientificidade. Até mesmo porque, segundo Popper, é a circunstância dos enunciados científicos poderem ser "intersubjetivamente submetidos a teste" que confere objetividade aos mesmos, e não o seu grau de verificabilidade empírica.

Mas, se por um lado, essa submissão a "testes intersubjetivos de validade" é o que reveste de cientificidade o processo de construção do direito, há por outro lado, nos tribunais, um *"habitus"* que define os "modelos" ou "padrões comumente aceitos" do que "é" direito e o que "não é" direito, e do que "é" possível e o que "não é" possível. Isto porque há certas "estruturas objetivas" e "esquemas de ação" que determinam critérios de interpretação e impõem sentidos de verdade, validade e mesmo de justiça a toda a comunidade jurídica. Assim como ocorre na prática científica, onde as ações dos cientistas costumam ser pautadas nas realizações científicas anteriores e tradicionalmente aceitas pelas comunidades científicas, servindo de paradigmas para as ações futuras (ciência normal), é possível verificar que, de forma análoga, também na prática judiciária as decisões judiciais incorporam os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dominantes, que são tradicionalmente aceitos pela comunidade jurídica, consolidando uma jurisprudência para as ações futuras e definindo um "espaço de possíveis" (direito normal).

Mas voltando agora para a realidade das celas superlotadas, tem-se que com a decisão de interdição parcial a lei começou a se tornar realidade no mesmo momento em que a decisão do juiz de direito de *"Pandora"* foi comunicada ao diretor da penitenciária de *"Panacéia"*, na data de 27 de dezembro de 2007. Com essa decisão, e à medida que os presos fossem postos em liberdade, o problema da superlotação (1237 presos) seria progressivamente atenuado até que a penitenciária de *"Panacéia"* estivesse dentro de sua capacidade arquitetônica (792 presos). E, respeitando-se esse limite, finalmente estaria sendo concretizado de fato o que o texto da lei estabelece de forma meramente abstrata, como o respeito à "dignidade da pessoa humana", com a penitenciária de *"Panacéia"* em "condições adequadas de funcionamento", e sua celas com um ambiente "adequado à existência humana".

No entanto, em 15 de janeiro de 2008 o "discurso forte" (*kréiton logos*), conservador, e ortodoxo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entrou em cena e, através da decisão do corregedor geral da justiça, cassou a decisão de interdição da penitenciária de *"Panacéia",* rechaçando aquilo que se apresentava como um "discurso fraco" (*hettón logos*), típico de uma posição transformadora e herética:

> ***CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA*** (parecer do juiz auxiliar da corregedoria, acolhido integralmente pelo corregedor geral da justiça em 15 de janeiro de 2008):
>
> (...) Todavia, respeitados os fundamentos no que constitua o mérito de sua decisão, por não ser oportuno adentrar neles neste momento, s.m.j., imperioso discordar da sua análise antecipada (vazada em seu ofício e por razão da solicitação de cópia do expediente), e de que estaria havendo indevida invasão da seara jurisdicional na nossa iniciativa, cuja intervenção aparente ou sinalizada seria imprópria por parte desta Egrégia Corregedoria.
>
> Ao contrário da leitura que extravasa e traz, não está ela conciliada com a legalidade que vige em torno do assunto, uniforme na doutrina e jurisprudência.
>
> Voltando-se para ela, principia-se por remeter a questão para o que seja âmbito administrativo e jurisdicional em matéria de execução penal.
>
> Conforme o artigo 65 da Lei de Execução Penal, na forma de legislação local, Lei de Organização Judiciária (no caso o Estado de São Paulo), é dela a definição da competência do juiz da execução criminal.
>
> Isto está assentado em atos normativos da esfera do Tribunal de Justiça paulista, como também, sem exorbitar, lançado está em regulamentos tudo que diz ao seu papel no campo administrativo da execução criminal.

Fixado como ponto de interesse aqui o que diz respeito à interdição parcial ou total de estabelecimento penal, extrai-se que a competência versada sobre isso é encontrada no inciso VIII do artigo 66 da LEP.

O campo de atuação que cabe sobre a questão, sem divergência e dúvida alguma, é do juiz da execução.

Inquestionável, também que sendo seu campo administrativo, não se confunde com a do juiz natural, do âmbito jurisdicional fixado, ou que essa sua atribuição correcional advenha deste por similitude e com exclusividade.

Porquanto, conforme nossos assentos normativos, considerando a natureza, tamanho e magnitude da população de um presídio, se instalado na Comarca sem expressão e estrutura para a demanda de serviços judiciais, sendo recomendada a especialização para a resposta, política criminal que atenda aos reclamos dos que ali custodiados é do Conselho Superior da Magistratura a competência para defini-la e altera-la.

Alçados em fundamentos dessa ordem e também institucional, considerando que no âmbito administrativo do sistema prisional, de forma diferente, atua com atribuições o Poder Executivo da Secretaria de Segurança Pública e Secretaria de Administração Penitenciária, estas, imbricadas em papel auxiliar ao Poder Judiciário, pela necessidade de visão macro e sistêmica desse todo, conforme nossa Organização Judiciária (regulamentos, estatuto regente e normas de serviço), é do Corregedor Geral da Justiça a competência para decidir sobre a interdição parcial ou total.

Nada esdrúxula a concentração, à medida que as razões e fundamentos do procedimento são do juiz da execução, mas que as submete ao controle decisório de quem atua atrelado às limitações do Estado, com olhos à conveniência e oportunidade de um sistema prisional, voltados, ainda, à capacidade do Estado em gerir, distribuir e construir novos presídios.

Com isso, não poderia o Meritíssimo Juiz Corregedor dos Presídios da Comarca de “Pandora”, dizer, estando-se no âmbito administrativo, que sua iniciativa não estava vinculada à observância de procedimento e formalidade perante a Corregedoria Geral da Justiça, constantes do artigo 160 e seguintes das NSCGJ, Capítulo V.

Outrossim, ainda que dito que a matéria é jurisdicional na sua manifestação, não passa despercebido que o procedimento em questão foi instaurado, registrado e autuado no âmbito da Corregedoria Permanente Administrativa.

Significa dizer, como pacífico, e contra o entendimento do magistrado, que a decisão de interdição que proferiu não está sujeita à contrariedade através do recurso de agravo em execução, na forma do Art. 197 da LEP. Porquanto, sendo do âmbito administrativo, não está argolada no permissivo da lei referida.

Não discrepa dessa compreensão o eu já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Jusitça na Medida Cautelar n. 5.220 – MG (2002/0070835-1), Relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki), quando concedeu segurança à parte prejudicada com a interdição, dando o remédio constitucional do mandado de segurança pertinente por falta de recurso, estando-se no campo administrativo.

Reza sua ementa em parte:

Merece ser deferido o efeito suspensivo ao recurso ordinário em mandado de segurança quando se mostra plausível o fundamento do pedido (o descabimento do agravo previsto no art. 197 da Lei n. 7.210/84 para atacar a decisão de interdição de estabelecimento penal, prevista no art. 66, VII, da mesma lei, e a conseqüente viabilidade da utilização do mandado de segurança na hipótese) bem como presente o risco de dano irreparável, diante dos sérios problemas de acomodação da população carcerária decorrentes da interdição de estabelecimento penal."

Sem se esquecer que o voto proferido citando Júlio Fabbrini Mirabete, fez constar:

"Enquanto as decisões jurisdicionais do juiz da execução estão sujeitas ao recurso de agravo em execução, previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal, as decisões administrativas estão submetidas ao recurso estabelecido pela lei local. Mesmo as decisões administrativas do juiz devem ficar sujeitas ao reexame formal e material, e a lei local deve estabelecer a competência e formalidades necessárias à nova apreciação do pronunciamento judicial a fim de se respeitar o princípio da legalidade da execução penal" (Execução Penal, 9ª edição, Atlas Editores, pág. 207).

E que assim, há que se pôr o registro, nossas leis de Organização Judiciária só contemplam o Corregedor Geral da Justiça com a competência para autorizar a interdição, e não há em expediente administrativo tal, conforme nossas Normas de Serviço, recurso previsto para se contrapor à decisão de interdição, quando ela é baixada pelo juiz da execução, após isso autorizado.

Deste modo, tendo que o expediente ora tratado não foi submetido ao crivo de Vossa Excelência, tendo em conta vício de formalidade que o nulifica plenamente, pelo controle hierárquico que lhe é dado, tratando-se de decisão não sujeita a recurso, o parecer que se submete à sua elevada consideração é no sentido de CASSAR A RESPEITÁVEL DECISÃO do Meritíssimo Juiz Corregedor Permanente dos Presídios da Comarca de "Pandora", por estar patente, em reexame necessário, que outra decisão não se descortina possível.

Por derradeiro, considerando os fundamentos lançados nos autos do Processo Administrativo n. 23/2007, da mesma autoridade administrativa, que adotou o critério da regionalização para o ingresso de presos, vedando os com origem e localidades distantes, de onde não emana outro objetivo, senão o de realizar a

> mesma interdição dos presídios em referência, por obviedade, se aprovado o parecer, sejam-lhe estendidos os efeitos da cassação.
> *Sub censura*.

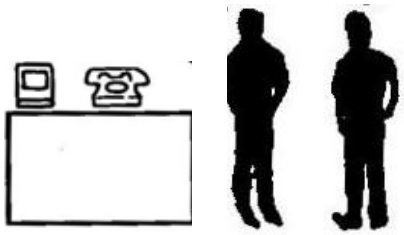
Parece ficar evidente no discurso acima a especial ênfase ao formalismo e à ortodoxia. O discurso é todo construído sobre discursos anteriores (lei, doutrina e jurisprudência), não havendo qualquer referência à realidade empírica sobre a qual a controvérsia se reporta. Trata-se, em outros termos, da aplicação prática do método lógico-dedutivo kelseniano, onde a construção do direito, e não da justiça, é feita a partir da interpretação essencialmente científica da legislação, onde uma norma superior serve de suporte de validade de uma norma inferior, num escalonamento normativo. Nessa perspectiva positivista, o trabalho de construção do direito fica limitado pelo próprio direito, num movimento autopoiético que o tornar alheio a qualquer pretensão de fundamentação de ordem filosófica, sociológica ou política.

A realidade da prisão superlotada, nessa perspectiva, foi tomada como um objeto político e não jurídico. E, em vista disso, se mostrou descabida a pretensão judicial de assegurar na realidade empírica a realização prática do justo. Num claro apego à objetividade, a construção do direito operou-se, aqui, de modo essencialmente normativo e formal, onde o jurídico consiste num exercício de verificação característico do paradigma kelseniano de compatibilidade vertical entre as normas dentro do sistema de direito positivo. Não há pretensão de justiça, mas de direito. Prioriza-se o legal sobre o justo.

Também é interessante notar que mesmo nesse "teste intersubjetivo de validade" dos enunciados no campo do "direito em ação", e por mais evidente que possa ser a significação *a priori* de um determinado enunciado jurídico, este poderá ser questionado e interpretado num sentido político, de modo que o seu sentido seja aquele que mais se *ajusta* ao *"habitus"* da comunidade jurídica, mantendo a normalidade do direito e definindo um "espaço de possibilidades". Afinal, parece haver certas "estruturas objetivas" e "esquemas de ação" que determinam critérios de interpretação e impõem sentidos de que os problemas decorrentes da superlotação ou condições inadequadas de funcionamento de uma penitenciária são de natureza política e não jurídica. Mesmo que o enunciado revele uma significação bastante objetiva, quando a lei dispõe que "compete ao juiz da execução: (...) VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em

condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei", ou que "o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade" (arts. 66 e 85 da Lei 7.210/84), é possível verificar que, de forma análoga à prática científica, também na prática judiciária se garante o "discurso forte" do paradigma dominante, consolidando uma jurisprudência para as ações futuras (direito normal).

"Apesar da lei prever que compete ao juiz da execução interditar, total ou parcialmente, o estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos legais, trata-se de decisão de natureza política e não jurisdicional. Desse modo, somente este Tribunal de Justiça ou o Poder Executivo, através da Secretaria da Administração Penitenciária, pode tomar avaliar a oportunidade e conveniência de interditar ou não o estabelecimento. O juiz da execução não deve se imiscuir em questões administrativas ou políticas como essa."



Corregedoria Geral da Justiça

Fig. 13

Assim, o "discurso fraco" (*hettón logos*) que pretendia, juntamente com alguns "aliados", transformar-se em um "discurso forte" (*kréiton logos*) tornando fato um texto que até então consistia em mera ficção, acabou não resistindo ao ser submetido a "testes intersubjetivos de validade", e sucumbiu ao discurso do pólo dominante. Por mais "estratégias retóricas" que tenha reunido ao longo da controvérsia, inclusive reunindo provas que davam conta de que a situação de superlotação em *"Panacéia"* representava de fato uma ofensa à "dignidade da pessoa humana" por apresentar "condições inadequadas à existência humana", esse discurso não se mostrou forte o suficiente para mudar o *"habitus"* da comunidade jurídica. O paradigma estava mantido e a "anomalia" estava corrigida,

assegurando, assim, o curso do "direito normal". A estrutura do campo cultural estava preservada, e as regras do jogo continuavam as mesmas.

Mas, assim como na prática científica, também na prática jurídica o fato de um discurso "desafiante", que se revela como um "novo canditato a paradigma", ter sido rejeitado ao ser submetido a testes intersubjetivos de validade, não significa, contudo, que ele simplesmente deixará de ser um "competidor", ainda que fraco, do paradigma do "direito normal". Embora um pouco desacreditada devido à rejeição no escrutínio realizado pela comunidade jurídica, a controvérsia se mantém em um nível bem mais distante do microcosmo onde se iniciou. A possibilidade da proposição inicial se tornar fato e regular efetivamente a realidade começa a ficar bastante difícil, e a única possibilidade de êxito passa a ser a submissão a um novo teste intersubjetivo de validade, que, no campo do direito, ocorre através do instituto do "recurso" a instâncias superiores.

JUIZ DE DIREITO DE "PANDORA" (decisão proferida em 21 de janeiro de 2008):
Certifique o Cartório se houve interposição de recurso. No mais, manifestem-se os participantes do contraditório acerca de eventual prosseguimento do feito. Após, cls.

DEFENSOR PÚBLICO DE "PANDORA" (em 23 de janeiro de 2008):
Atendendo a determinação a fls. 20, informo que os participantes do contraditório (à exceção da Procuradoria do Estado) tomaram, conjuntamente, medida constitucional contra o ato do Corregedor Geral da Justiça (fls. 217/224), juntando-se, neste ato, cópia do documento. Assim, requeiro que se aguarde a soluçãoda questão levada ao Conselho Nacional de Justiça com seus desdobramentos. Sem prejuízo, requeiro, também, que seja encaminhada cópia capa-a-capa do expediente à Defensora Pública Geral do Estado de São Paulo e à CPI do Sistema Prisional, uma vez que as violações de direitos persistem.

Muito embora a controvérsia continuasse em curso através do recurso a uma instância superior, por meio do qual a proposição inicial poderá futuramente ser submetida novamente a "testes intersubjetivos de validade", o fato é que, até este ponto do processo de construção do direito, e decorridos quase dez meses do início da controvérsia, o paradigma ainda se manteve enquanto "discurso forte" (*kréiton logos*), e a realidade empírica que se pretendeu alterar através de um "novo discurso" permanece intocada. De modo que, dentre o "espaço de possíveis" que se apresenta ao juiz de direito da vara de execuções criminais, não se admite uma posição transformadora da realidade prisional através da interdição parcial de um estabelecimento prisional que opere em condições inadequadas. Afinal, muito

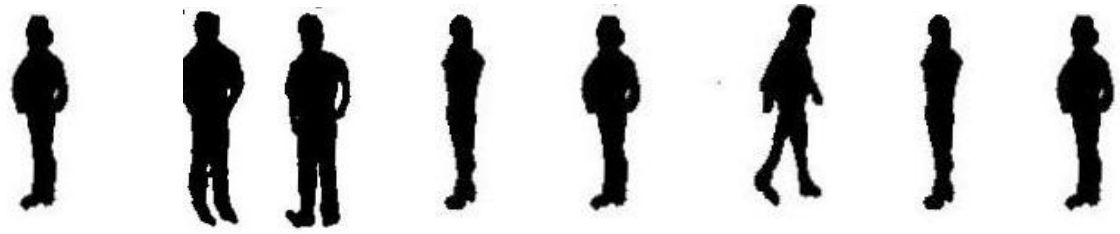
embora fossem empregados muitos esforços e recursos por diversos sujeitos engajados em tornar fato a ficção legal, a penitenciária de *"Panacéia"* continuava operando de forma contrária ao que dispõe a legislação, ou seja, em "condições inadequadas à existência humana", estando bem acima de sua capacidade máxima de lotação.

Na prática, percebe-se que ficou bastante restrita a possibilidade desse discurso desafiante vir a se tornar forte o suficiente para tornar-se "fato" e passar a representar uma "nova orientação jurisprudencial". Para se ter uma dimensão de como esse discurso que pretendia modificar uma realidade que se mostrava em contradição não só a enunciados normativos, mas com o próprio sentido de justiça por parte dos sujeitos envolvidos na controvérisa, ficou enfraquecido, ainda não há sequer previsão de quando o mesmo será novamente submetido a "testes intersubjetivos de validade". Além disso, os próprios sujeitos que antes estavam bastante engajados com esse empreendimento acabam se envolvendo em outras controvérsias, e diminuindo sensivelmente os esforços persuasivos na defesa desse discurso.

Ao que se vê, e à semelhança do quadro proposto por Bruno Latour, a controvérsia que antes estava muito acalorada, começa realmente a se tornar menos intensa. Os sujeitos envolvidos na controvérsia, aos poucos, começam a deixar a discussão, e os textos, que antes eram produzidos de forma vertiginosa, começam a minguar, reconhecendo a força do "paradigma" dominante e que conforma e condiciona a estrutura do campo cultural. O "direito normal" vai seguindo sua rota, e o discurso anômalo é bastante enfraquecido e desacreditado. A frase do livro, aqui, não virou realidade. Até mesmo porque, a *realidade* é definida pela comunidade jurídica. Assim como os laboratórios no campo da ciência "são suficientemente poderosos para definir a *realidade*", no campo do direito são os tribunais que têm condição de defini-la. E nesse sentido, a palavra "realidade", derivada do termo latino *"res"*, é "aquilo que *resiste* ao teste de força". Isto porque, como indica Bruno Latour,[660] "se em dada situação, nenhum discordante é capaz de modificar a forma de um objeto novo, então sim, ele *é* realidade, pelo menos enquanto os testes de força não forem modificados".

[660] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 155.

"A decisão de interditar total ou parcialmente uma penitenciária em razão da sua superlotação é assunto de natureza político-administrativa que não compete ao juiz da execução penal"



Tribunal de Justiça: jurisprudência dominante (paradigma ou discurso forte)

Fig. 14

E observando esse processo de "construção social da realidade" no âmbito da prática judiciária, realmente se tem a impressão de certas similitudes entre o processo de produção de um enunciado científico e o processo de produção de uma sentença judicial. Isto porque, para ambos os processos, é o consenso provisório de toda a comunidade científica ou jurídica, obtido através de "testes intersubjetivos de validade", onde se discute a possibilidade ou não da aplicação de uma hipótese legal científica ou jurídica aos fatos observados, com o recurso constante ao argumento de autoridade, e a exigência de intelegibilidade lógica do método do processo de pesquisa ou do processo de conhecimento judicial, é que se faz imprescindível para fazer a *realidade*. Parece também ser essa a conclusão de Thomas Kuhn[661] quando sustenta que "na escolha de um paradigma, - como nas revoluções políticas – não existe critério superior ao consentimento da comunidade relevante".

E nesse aspecto, é interessante retomar o exemplo dado por Latour[662] quando cita a distinção feita por Galileu entre a retórica e a verdadeira ciência. Segundo Galileu, quando se obtem cientificamente conclusões seguras e necessárias, e não "decorrentes de preferência humana, deve-se ter o cuidado de não assumir posição de defesa do erro; pois aí, mil Demóstenes e mil Aristóteles ficariam em apuros diante de um único homem comum que porventura atinasse, só ele, com a verdade". E, analisando essa recomendação de Galileu, Latour extrai dois argumentos

[661] KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990, p. 128.
[662] LATOUR, Bruno. Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 58.

diferentes: o primeiro sintetizado pela expressão “Ciência é verdade que não se submete a nenhuma autoridade”, e a outra através da pergunta “quem pode ser mais forte que mil políticos e mil filósofos?”. Dessa maneira, para Galileu a verdade científica e a retórica seriam contrapostos, já que nem mesmo duas mil autoridades como Demóstenes e Aristóteles conseguiriam desacreditar um único homem que tivesse ao seu lado a verdade.

Mas a observação dos processos de produção do conhecimento científico e jurídico parecem mostrar que ciência e direito não são feitos por discursos isolados. Afinal, como combater a autoridade de uma “verdade” sustentada por uma Corte Suprema de Justiça ou de uma “verdade” encontrada por um renomado laboratório científico e publicado pela revista *“Nature”*? Por mais que uma pessoa isolada esteja ao lado de conclusões científicas e necessárias sobre determinado assunto, dificilmente poderá desacreditar essa “verdade” defendida por tantas autoridades. E isso parece demonstrar o acerto da definição de Thomas Kuhn[663] sobre a produção do conhecimento no campo científico, e que também se aplica ao campo jurídico, no sentido de que “os estudantes de ciência aceitam as teorias por causa da autoridade do professor e dos textos e não devido às suas provas. Que alternativas, que competência possuem eles?”.

Nesse âmbito de análise, o paradigma, a verdade, e todo o sistema de referências comuns que compõem a estrutura de um determinado campo cultural, justamente ostentam essa condição de “realidade” por que continuam resistindo às tentativas de mudança, que são, assim, vistas como anomalias que devem ser rechaçadas. E assim procedendo as autoridades que sustentam o paradigma acabam também colaborando para o próprio fortalecimento e reprodução do paradigma, formando e conformando os sujeitos de conhecimento, e definindo, assim, os padrões das relações e os critérios de verdade e justiça, firmando-se cada vez mais vai se firmando enquanto base para a prática judiciária ou científica. De modo que na luta discursiva observada etnograficamente, a ficção do texto legal não foi suficientemente forte para tornar-se “realidade”, permanecendo até o presente momento, como ilustrado no quadro proposto por Latour, apenas como uma frase num livro:

---

[663] KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990, p. 111.



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;" Art. 66. Compete ao juiz da execução: (...) VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei. Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6m² (seis metros quadrados). Art. 90. A penitenciária de homens será construída em local afastado do centro urbano e a distância que não restrinja a visitação.

Fig. 15

Segue-se daí, também, que não é qualquer anomalia ou posição herética que pode ensejar uma crise paradigmática ao ponto de proporcionar uma "revolução" no curso da "ciência normal" ou do "direito normal". Até mesmo porque, para que haja uma anomalia possa originar a crise, é necessário uma significativa inadequação entre a teoria e a natureza da qual pretende dar conta. Assim, parece que muito embora a penitenciária de *"Panacéia"* – assim como uma parecela significativa do sistema prisional – esteja operando acima da capacidade limite do número de presos e em condições inadequadas de existência humana com dignidade, o fato é que para a comunidade jurídica essa situação não se mostra tão significativa a ponto de ensejar uma total ruptura com o paradigma existente e reestruturação desse campo cultural. Até mesmo porque, na lógica da comunidade jurídica, essa tem sido a "normalidade" do sistema prisional como um todo.

Assim, qualquer alteração ou mudança na ordem "normal" da realidade sobre a qual o paradigma se reporta não se mostra politicamente "oportuna" ou "conveniente", sendo assim considerada proibida pela comunidade relevante. E ainda nesse significativo aspecto genético entre o desenvolvimento da ciência e do

direito, Thomas Kuhn[664] constata ainda que "as revoluções políticas visam realizar mudanças nas instituições políticas, mudanças essas proibidas por essas mesmas instituições que se quer mudar".

Mas o sentimento de crise do paradigma dominante, que para alguns poucos membros da comunidade jurídica se faz presente quando na prática o "direito normal" parece não responder de forma adequada, principalmente, em relação à realidade das prisões superlotadas, sempre vão servir como um pré-requisito para a revolução paradigmática. Até mesmo porque, a tensão entre as posições em um determinado campo cultural é o que determina sua mudança através das lutas discursivas. Mas por maior que seja a autonomia de um campo cultural, essas lutas também estão condicionadas por fatores externos que ora favorecem a conservação dos hábitos e padrões de referência que orientam e definem a estrutura do campo, e ora apontam para a necessidade de sua transformação, alterando, assim, o estado das posições dos sujeitos em seu interior. Nesse sentido, Pierre Bourdieu[665] conclui que, "as relações de força entre os 'conservadores' e os 'inovadores', os ortodoxos e os heréticos, os velhos e os 'novos' (ou os 'modernos') dependem fortemente do estado das lutas externas e do reforço que uns e outros possam encontrar fora".

É preciso considerar que a posição assumida pelo juiz de direito e que gerou toda a controvérsia encontra-se situada em um campo de possíveis em relação a outras posições. Em outras palavras, a sua posição se insere em um campo de lutas que já existia, e está, dessa maneira, situada em algum das posições possíveis que esse campo compreende. E, ainda que nessa controvérsia específica o discurso não tenha se mostrado forte o suficiente para cumprir com os seus propósitos transformadores e tornar-se realidade, certamente essa posição ainda se apresenta como uma das possíveis naquele campo cultural, e a luta discursiva poderá sempre continuar quando um outro sujeito tomar essa posição. O discurso se mantém apto a tornar-se realidade, mas depende de sujeitos que assumam na prática essa posição e iniciem a luta.

---

[664] KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990, p. 127.
[665] BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: Sobre a teoria da ação. Campinas, SP: Papirus Editora, 1996, p. 65.

ARTIGO DE IMPORTANTE AUTORIDADE[666] NO CAMPO JURÍDICO (publicado em periódico em 7 de dezembro de 2008):

Corregedoria de São Paulo impede castigo justo e civilizado.

Os magistrados (...) (*"Pandora"*) e (...) (São Paulo) corajosa e sabiamente (ou melhor: civilizadamente), com base na atual Lei das Execuções Penais (art. 66, VIII), proibiram o aumento de presos nos presídios (superlotados) que se encontram sob suas jurisdições. São iniciantes de um movimento que poderia ser batizado como "basta de tanta violação aos direitos humanos". Muitos outros juízes do país deveriam seguir esse exemplo de civilidade porque a pena de prisão no Brasil alcançou níveis insuportáveis de crueldade e desumanidade. É torturante e degradante e não contribui em absolutamente nada para a ressocialização do preso. As cadeias e penitenciárias são fontes de tortura, discriminação etc.

Ato da Corregedoria da Justiça paulista (de 15.01.08) cassou a primeira decisão. Certamente a segunda terá o mesmo destino. Tudo foi feito com base nas Normas de Serviço da própria Corregedoria. Entendeu-se que tais normas valem mais do que a lei de execução penal (que é federal). Enfocou-se o ato do juiz como puramente administrativo, sujeito ao controle do Corregedor. Nada mais equivocado do ponto de vista jurídico; nada mais autoritário do ponto de vista político; nada mais insensível do ponto de vista humanitário. No exercício da sua jurisdição, o juiz não é "delegado" do Corregedor.

Contra esse ato do Corregedor os doutores (...) (Defensor Público), (...) (Presidente da OAB local) e (...) (Promotor de Justiça) ingressaram com representação junto ao Conselho Nacional de Justiça que, certamente, irá rever o ato da Corregedoria paulista.

O Brasil é o quarto país do mundo no item explosão carcerária. De 1990 até 2008 o crescimento populacional penitenciário foi de 500%. Fechará o ano de 2008 com cerca de 500.000 presos. Alcançamos já o quarto posto mundial em número de presos (cf. Julita Lemgruber, em Diário de Notícias de 29.11.07, p. 1). Nesse item, o Brasil só perde para EUA (cerca de 2,2 milhões), China (1,6 milhões) e Rússia (0,8 milhão) (cf. World Prison Population List, do Internacional Center for Prison Studies do King's College de Londres – www.kcl.ac.uk). Já ultrapassou a Índia, que conta com mais de um bilhão de habitantes.

O ato da Corregedoria citado impede o castigo justo e civilizado. Perpetua a clássica postura do "hands off" (lavar as mãos, não se intrometer, não interferir). Isso significa conivência criminosa com o Poder Executivo. É dessa forma que o

[666] GOMES, Luiz Flávio. Ato da Corregedoria de São Paulo impede o castigo justo e civilizado. Disponível em http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080207090447104&mode=print, em 11/02/2008.

Brasil está se candidatando para ser o país número um do mundo em violência e corrupção.

Elogiáveis as decisões dos juízes de primeira instância. É preciso dar um basta a essa política de encarceramento massivo, que coloca o preso em situação degradante e torturante. Com certeza o Brasil vai ser condenado muitas outras vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violação dos direitos básicos das pessoas. Um país que é conivente com a deplorável situação carcerária que vivemos revela-se muito pouco civilizado.

Os homens, dizia Beccaria (Dos delitos e das penas, tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella, 3 ed., São Paulo: RT, 2006, Introdução), "só após haver passado entre si mil erros, nos aspectos mais essenciais da vida e da liberdade, e depois de um cansaço de sofrer os males até o extremo, dispõem-se eles a remediar as desordens que os oprimem e a reconhecer as mais palpáveis verdades (...)". Como é impressionante (e chocante) ver em 2008 a repetição da mesma postura já vislumbrada em 1764 por Beccaria (Introdução): "Pouquíssimos examinaram e combateram a crueldade das penas e as irregularidades dos processos criminais... Pouquíssimos são os que, remontando aos princípios gerais, eliminaram os erros acumulados durante séculos, refreando, ao menos, com a força que só possuem as verdades conhecidas, o demasiado livre curso do mal dirigido poder, que deu até hoje longo e autorizado exemplo de cruel atrocidade".

Cada um de nós abriu mão de uma parcela da nossa liberdade para ter tranquilidade e segurança. "O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O resto é abuso e não justiça, é fato, mas não direito... Todas as penas que ultrapassarem a necessidade de conservar esse vínculo são injustas pela própria natureza." (Beccaria, Capítulo II) "Nenhum magistrado pode aplicar pena superior ao limite fixado na lei... o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinqüente cidadão" (Capítulo III).

O pensamento elitista, senzaleiro e escravagista que sempre ponderou em matéria de prisões não está levando em conta que "a violação de um só pacto gera a autorização para a anarquia" (Beccaria). Os grupos organizados dentro dos presídios vão reagir. Uma megarrebelião vai acontecer, porque ningué mais suporta as atuais condições prisionais. Nem tampouco a insensibilidade dos que podem decidir. É estarrecedor constatar como "ainda perduram no povo, nos costumes e nas leis, sempre atrasadas em mais de um século, (..) as bárbaras impressões e as ferozes idéias dos nossos pais setentrionais caçadores" (Beccaria).

> Castigo justo e civilizado: essa é a bandeira que deve ser levantada pelos corajosos juízes brasileiros dotados de sensibilidade e de responsabilidade. Elogiáveis as decisões dos magistrados citados. Chega de "hands off" (omissão, servilismo, conivência com a desumanidade). Por mais tropeços que a vida civilizada possa encontrar, ainda assim, vale a pena percorrer esse caminho, que é o caminho da razão, da razoabilidade, da sensibilidade, da prudência e do equilíbrio. Que o CNJ casse prontamente o exorbitante ato da Corregedoria de São Paulo, fazendo com que o Brasil cumpra suas leis bem como os pactos internacionais por ele firmados.

E esse apontado sentimento de crise que alguns poucos sujeitos situados no campo jurídico revelam em casos como este, parece indicar, em síntese, para a necessidade de afirmação de um "novo *habitus*" ou "novo paradigma do direito" que priorize interpretações criadoras e guiadas por um sentido autêntico e poético de justiça.

Limites e possibilidades práticas da autonomia e independência dos sujeitos inovadores no campo cultural da execução penal

Muito embora tenha fracassado a tentativa de tranformar em realidade determinados enunciados legais abstratamente previstos em códigos que garantem, ao menos ficticiamente, a dignidade da pessoa humana no âmbito do sistema prisional, uma nova controvérsia também se mostrou também bastante significativa. Essa controvérsia teve início quando o juiz de direito de *"Pandora"* adotou o entendimento, compartilhado pelo promotor de justiça e defensor público de "Pandora", de que o preso surpreendido na posse de droga ou álcool no interior da penitenciária de *"Panacéia"* não deveria ser punido pela prática de falta disciplinar de natureza grave, mas apenas como falta média.[667]

Esse entendimento passou a ser adotado pelos atores envolvidos no processo de construção do direito em *"Pandora"* a partir do momento em que a

[667] A "Lei de Execução Penal" (Lei 7.210/84) prevê que a prática de crime doloso no interior da penitenciária é falta grave. Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave (...); e ainda que cabe ao diretor do presídio tem o poder de punir os atos de indisciplina praticados pelos presos. Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

legislação passou a não prever mais a pena de prisão para os usuários de drogas.[668] Desse modo, a proposição compreendida nesse discurso era no sentido de que se a pessoa em liberdade não pode sofrer qualquer tipo de punição que acarrete a restrição da sua liberdade por ter sido surpreendida na posse de droga, por questão de lógica e princípio de justiça, o preso em situação semelhante também não poderia sofrer qualquer tipo de punição que pudesse representar na prática um atraso no ganho do benefício e, por conseqüência, um maior tempo na prisão.

Mas, assim como na primeira controvérsia observada e representada acima, não haveria uma controvérsia relevante se os atores envolvidos no processo de construção do direito observassem e seguissem a rota do "direito normal". Em outros termos, e em atenção ao que dispõe o "discurso forte" (*kréiton logos*) da "jurisprudência dominante", e que consiste em verdadeiro paradigma para a construção do direito no âmbito da execução penal, o preso surpreendido com droga no interior da prisão deve ser punido por falta disciplinar de natureza grave. A conseqüência prática disso é que o preso punido por falta grave, além de perder hoje a possibilidade de obter qualquer benefício por, no mínimo seis meses, perde o direito ao desconto da pena obtido pelo trabalho realizado durante todo o período em que esteve preso, tendo ainda reiniciada a contagem de tempo para efeito de obtenção de futuros benefícios. Além disso, antes mesmo da posse da droga ser objeto de apuração pelo diretor da penitenciária ou pelo juiz de direito, o preso fica imediatamente sujeito a isolamento por um período que varia entre dez a trinta dias. Como se vê, a punição é bastante severa e torna bem mais distante a obtenção da liberdade.

No entanto, o processo de construção do direito em *"Pandora"* começou a se mostrar contrário a esse *"habitus"* que lhe servia de padrão e referência, aplicando na prática, uma punição mais amena aos presos usuários e dependentes de drogas. Através de uma interpretação criativa e autônoma da legislação, os presos surpreendidos com droga passaram a ser punidos por falta média, o que não

[668] A "Nova Lei de Drogas" (Lei 11.343/06), não prevê mais pena de prisão para o usuário e dependente de drogas, mas apenas advertência, prestação de serviços à comunidade, e freqüência à programas e cursos educativos. Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

implicava em uma perda de direitos sobre o desconto da pena obtido com o trabalho e muito menos em um atraso na obtenção dos benefícios.

E essa segunda situação tem início quando um preso da penitenciária de *"Panacéia"* é surpreendido com alguma substância entorpecente. Esse fato faz com que as frases frias e fictícias do texto da lei sejam invocadas por alguém para que se transformem em realidade. No caso, é o diretor da penitenciária de *"Panacéia"* que pede ao juiz de direito de *"Pandora"* a aplicação da punição pela prática de falta disciplinar de natureza grave diante do fato de algum preso ter sido flagrado com droga. Nesse sentido, e seguindo o roteiro metodológico proposto por Latour, a frase estampada no código, após ser pronunciada pelo diretor da penitenciária, é colocada entre aspas, com a pretensão de se tornar fato:

"O preso foi surpreendido na posse de substância entorpecente, violando, assim, seu dever disciplinar. Dessa forma, como sua conduta é considerada pela lei em vigor como falta grave, deve ficar em isolamento por 30 dias, perder a remição da pena conseguida pelo trabalho, e reiniciar a contagem do período de tempo para futuros benefícos"



Diretor da Penitenciária de *"Panacéia"*

Fig. 16

Iniciada a controvérsia no âmbito da vara de execuções criminais de *"Pandora"*, os atores que participam da construção do direito podem sustentar posições que se ajustam ao paradigma da jurisprudência dominante, ou apresentar posições contrárias a esse entendimento. E nesse aspecto, o que é importante considerar é que o *"habitus"* da atuação do promotor de justiça em situações onde o preso é surpreendido com droga no interior da prisão, ou com a notícia do diretor da penitenciária dando conta da prática de qualquer tipo de falta disciplinar considerada como de natureza grave, é sustentar sua punição "na forma da lei". Em outros termos, o padrão ou modelo de conduta do promotor de justiça é dar sustentação e força aos discursos punitivos. Dessa maneira, sua interpretação da lei deve ser a "mais objetiva possível", atuando como verdadeiro "fiscal da lei". Assim, parece que a denominação mais adequada para o representante do Ministério Público não seria propriamente a de promotor de "justiça", mas a de promotor de "direito".

Mas o que causava espécie é que o promotor de justiça de *"Pandora"*, valendo-se da "autonomia" e "independência" que constituem princípios institucionais do Ministério Público, entendia que realmente que não era justo punir o preso usuário ou dependente de droga com as severas conseqüências da falta grave. Sua posição era inspirada por um "princípio de justiça". Essa interpretação "criadora" da legislação representava, em sua opinião, tanto uma questão de direito como de justiça, diante do seu contato próximo com a realidade dos presos da penitenciária de *"Panacéia"*. Até mesmo porque, não se pode esquecer que na primeira controvérsia o promotor de justiça de *"Pandora"* se aliou ao discurso que procurava interditar parcialmente a penitenciária de *"Panacéia"* em razão da superlotação e condições inadequadas de funcionamento.

> ***PROMOTOR DE JUSTIÇA DE PANDORA*** (manifestação em 5 de novembro de 2008): MM. Juiz. Considerando a nova legislação sobre drogas (Lei nº 11.343/06) afasta qualquer possibilidade de punição com encarceramento em relação a posse de entorpecente para uso próprio, não tem sentido manter o fato como falta grave, pois neste caso, estar-se-ia de forma indireta aplicando pena privativa de liberdade, já que caso se reconheça a conduta como falta grave importaria em atraso no ganho de benefício e, por conseqüência, levaria o reeducando a ficar maior tempo na prisão. Se no *majus* – crime – se impede ou faz cessar a permanência no cárcere, com maior razão deve ser o *minus* – falta disciplinar – cuja natureza é administrativa, razão pela qual opino pela desconsideração da respectiva falta anunciada.

É interessante notar como o discurso acima está fundamentado no texto da nova lei de drogas, e que, por uma questão de lógica e de justiça, sustenta que se uma pessoa em liberdade não pode ser punida com prisão pela posse de droga, a mesma solução também deve ser aplicada ao preso, que não pode ter sua expectativa de liberdade prejudicada por se achar em situação semelhante.

Depois da manifestação textual do promotor de justiça, onde é apresentada a opinião de que a falta grave apontada pelo diretor da penitenciária deve ser desconsiderada, o juiz de direito de *"Pandora"* adotou o seguinte discurso:

> ***JUIZ DE DIREITO DE PANDORA*** (decisão em 2 de dezembro de 2008): Vistos. PAULO ROGÉRIO VALENTIM teria praticado falta disciplinar de natureza grave em 15.10.2007, consistente na apreensão, em sua posse, de substância entorpecente vulgarmente conhecida como "maconha". O Ministério Público manifestou-se a fls. 26.

É o breve relatório.

Fundamento e decido.

A posse de entorpecente, tendo em conta nova concepção social sobre drogas, traçadas pela Lei 11.343/2006, não permite punição com encarceramento, desde que se trate de usuário ou dependente. É dos autos que a conduta mencionada na sindicância não revelou que se trata de traficância, até pela pouca quantidade de droga e outras circunstâncias que caracterizaram o sítio dos acontecimentos.

A nova lei de drogas não previu pena privativa de liberdade para o usuário ou dependente (art. 28, I, II e III e § 6º, I e II). Em relação ao usuário e dependente que se encontra preso, aplica-se o art. 26 da referida lei, *in verbis*: *"O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprido pena privativa de liberdade ou submetidos à medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário"*. Ora, se o usuário ou dependente de drogas que se encontra preso deve ter garantido serviços de atenção à saúde decorrente da condição de usuário ou dependente, não pode subsistir qualquer falta grave.

Se não se permite o encareceramento do usuário ou dependente de droga, manter como falta grave o fato de algum preso ser pego com droga, é, de forma indireta, aplicar pena privativa de liberdade, já que a falta grave imposta gera atraso no ganho do benefício e, por conseqüência, leva o reeducando a ficar maior tempo na prisão. Sem contar o período administrativo que ele permanece cumprindo sanção administrativa em cela disciplinar, geralmente solitária, em clara violação da nova lei. Cabe ao Estado-Administração impedir a entrada de droga nos estabelecimentos prisionais; falhando, não pode punir com severidade o usuário ou dependente de droga, diante dos aspectos acima mencionados.

É só refletirmos. Se no *majus* – crime – se impede encarceramento, com maior razão deve ser no *minus* – falta disciplinar – cuja natureza é administrativa.

Diante do exposto, DESCONSIDERO a falta grave anunciada para todos os fins de direito, exceto em relação ao isolamento disciplinar de 30 dias (conhecido como "castigo") que já foi cumprido pelo sentenciado em decorrência da decisão administrativa, antecedente à análise deste juízo.

Intime-se o sentenciado e comunique-se a Penitenciária.

Ciência às partes.

Como não havia propriamente uma controvérsia em relação a esse assunto, uma vez que todos os atores do processo de construção do direito adotavam um "discurso único", isso se mostrava suficiente para tornar o texto da lei em realidade. Isto porque como não havia a figura de "discordante" nesse caso, não havia mais a

possibilidade de que esse discurso fosse submetido a “testes intersubjetivos de validade” através de recurso para as instâncias superiores. Até mesmo porque, não havia interesse por parte dos atores envolvidos em modificar esse discurso compartilhado que representava um verdadeiro “consenso”. E com essa concordância dos atores sobre a “verdade” e “validade” do entendimento adotado na aplicação da lei, o texto da lei tornava-se realidade naquele campo específico de produção do direito.

DIRETOR DA PENITENCIÁRIA DE *“PANACÉIA”*



“Conforme dispõe a lei, a posse de entorpecentes pelo preso caracteriza falta disciplinar de natureza grave, sujeitando-o às severas conseqüências legais. A sua punição severa servirá de exemplo aos outros presos, contribuindo para a manutenção da ordem e disciplina da penitenciária.”



“É fato notório que os presos mais fracos são obrigados a assumir a responsabilidade pelo entorpecente encontrado na cela, mas isso é dificilmente comprovado. Além disso, a Nova Lei de Drogas não prevê pena privativa de liberdade para o usuário ou dependente, de modo que também não pode agravar a situação do preso mantendo-o por mais tempo na prisão como conseqüência da falta grave. No mais, problemas político-administrativos relacionados à manutenção da ordem e disciplina da penitenciária não são da competência do juiz da execução e sim da Secretaria da Administração Penitenciária.”

SUJEITOS ENVOLVIDOS NA RELAÇÃO DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO EM *“PANDORA”*

Fig. 17

Como se vê da ilustração acima, o diretor da penitenciária encontra-se isolado em seu discurso que pretende a punição com falta grave dos presos surpreendidos na posse de droga. Seu discurso se apresenta, assim, bastante fraco e sem condições de se tornar realidade. Por outro lado, os atores envolvidos no processo de construção do direito na vara de execuções criminais de *“Pandora”* demonstram um verdadeiro “consenso”, o que faz com que esse o discurso daí resultante seja forte o suficiente para tornar-se realidade.

Mas a questão que se coloca é que, ao tornar-se “fato” e modificar de uma forma mais favorável o universo prisional experimentado pelos presos de *“Panacéia”*, esse discurso passou a configurar uma “nova realidade” e repercutir sobre os “habitus” daquele campo social específico. Com efeito, o fato dos presos surpreendidos com droga no interior da penitenciária não sofrerem uma punição severa, acabou tendo por conseqüência uma insatisfação por parte dos administradores das unidades prisionais devido ao enfraquecimento de seus poderes de controle disciplinar. Isto porque, nessa linha de entendimento, como os presos sabiam que o uso de drogas não resultaria em punição por falta grave, passaria a haver um crescente descrédito no controle disciplinar por parte dos diretores das penitenciárias, o que representaria na prática como um incentivo a movimentos de insubordinação à ordem interna.

E nesse ponto é interessante notar que, muito significativamente, e de forma totalmente antagônica àquela constatada na primeira controvérsia, agora é o juiz de direito de *“Pandora”* que poderia dizer que “os problemas relacionados à ordem interna e às condições dos presos no interior dos estabelecimentos prisionais são de ordem político-administrativa, e não jurisdicional”. Assim como ocorreu com a controvérsia relacionada à superlotação da penitenciária de *“Panacéia”*, o juiz de direito também, tomando a mesma regra, não pode ser preocupar com as conseqüências sociológicas e políticas de suas decisões. Deve apenas decidir tomando como fundamento o próprio sistema normativo, valendo-se do método lógico-dedutivo para aplicar o direito à hipótese fática que lhe é apresentada.

A situação se mostrava, assim, um tanto quanto paradoxal. Se antes a controvérsia girava em torno do que foi entendido como uma indevida ingerência do jurídico no político-administrativo, agora as posições estavam diametralmente invertidas, de modo que é o político-administrativo que se volta contra o jurídico.

Contudo, se na primeira controvérsia o discurso se reportava a uma realidade experimentada por todos os presos da penitenciária de *“Panacéia”*, de forma coletiva, e representada textualmente nos autos de um único processo de correição, neste caso relacionado à questão da punição dos presos usuários ou dependentes de droga o discurso se dava de forma individualizada, e representada no texto de cada processo de execução. A única forma de modificação dessa realidade seria através de recursos em cada um desses processos de execução, onde o Tribunal de Justiça, através de “testes intersubjetivos de validade”, poderia cassar a decisão

judicial que desconsiderava a falta e impor a punição ao preso por falta grave. Mas, como dito acima, devido ao fato do promotor de justiça de *"Pandora"* concordar com esse discurso, não havia a apresentação de recursos, de modo que essa nova realidade se mantinha enquanto "discurso forte" naquele contexto específico.

Mas como proceder e quais estratégias adotar para modificar essa nova realidade se esse discurso não era submetido a outros "testes intersubjetivos de validade" que poderiam adequá-lo ao paradigma da jurisprudência dominante e aos próprios *"habitus"* que até então serviam de "padrão" e "referência" de conduta no âmbito de toda a comunidade jurídica? O que fazer se os próprios atores que em tese teriam por função "discordar" desse discurso e ensejar e inflamar a controvérsia se mostram de acordo com ele? Que "estratégias retóricas" a direção da penitenciária de *"Panacéia"* poderia utilizar para conferir força a esse discurso que se mostrava isolado e sem condições de realização?

Com efeito, e apesar de contar com o apoio dos diretores de outras penitenciárias que também estavam sob a jurisdição de *"Pandora"*, era necessário recorrer a "aliados superiores e numerosos" para dar mais força persuasiva ao discurso. Desse modo, e na defesa dos seus interesses, entra em cena o "discurso forte" (*kréiton logos*) da SAP - Secretaria da Administração Penitenciária.

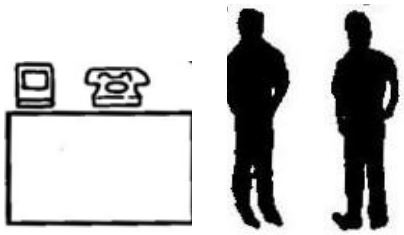
Mas ainda assim, como um órgão político-administrativo poderia impor a força do seu discurso em um campo cultural no qual não possui poder hierárquico? Afinal, somente o Tribunal de Justiça é que teria competência e legitimidade para cassar as decisões desviantes. No entanto, e como já visto acima, pelo fato do promotor de justiça de *"Pandora"* também ter assumido uma posição de concordância quanto ao abrandamento das punições aos presos usuários e dependentes de droga, de modo que não havia, assim, a apresentação de recursos que possibilitariam a entrada do "discurso forte" (*kréiton logos*) do Tribunal de Justiça na controvérsia, e assegurar, assim, a posição dominante.

Também é importante considerar que, de acordo com a legislação, os juízes de direito e promotores de justiça possuem prerrogativas que, em princípio, lhes assegurariam um exercício pleno e imparcial de suas funções, como é o caso da vitaliciedade adquirida após dois anos de exercício do cargo, a inamovibilidade pela qual não podem ser removidos do cargo do qual são titulares, e ainda a irredutibilidade de vencimentos. Desse modo, mesmo assumindo posições que se apresentem como desviantes ou mesmo heréticas perante suas respectivas

comunidade de interesse, em princípio não haveria como “constrangê-los” a abandonar a posição subversiva e se ajustarem à posição ortodoxa.

Mas a realidade encontrada na prática foi bastante diferente. Até mesmo porque, não obstante a luta discursiva se desenvolver em um campo cultural específico, cuja tensão entre as posições em princípio deve ser resolvida na própria estrutura “interna” do campo, diante da dimensão que os reflexos dessa transformação das “regras do jogo” assumiram, a SAP - Secretaria da Administração Penitenciária recorreu estrategicamente ao reforço de um aliado “externo”, dotado de grande poder simbólico na luta discursiva: a mídia.

“Que estratégia podemos adotar para que a posição divergente dos sujeitos da vara de execuão criminal de *“Pandora”* se ajuste à posição dominante se não temos como participar dessa luta discursiva no interior daquele campo cultural autônomo? Precisamos recorrer a aliados externos e com força suficiente para conservar os padrões de referência que devem orientar o espaço de possíveis no campo cultural da execução penal em *“Pandora”*. Um estratégias possível é recorrer ao discurso forte da mídia.”



SAP – Secretaria da Administração Penitenciária

Fig. 18

Assim, por mais que os sujeitos envolvidos na construção do direito no campo cultural da execução penal em *“Pandora”* tivessem adotado uma posição dentro de um espaço de possíveis, agindo com independência e autonomia para interpretar a lei de forma criadora e inspirada por um sentido de justiça característico da existência singular de cada um desses sujeitos, o discurso midiático apresentou-se como um fortíssimo aliado na manutenção das regras do jogo. Afinal, diante do enorme capital simbólico que a mídia possui, os critérios de verdade e de justiça defendidos por ela tendem a perpetuar-se nos campos culturais em que o seu

discurso encontra-se inserido. Mostra disso é que, muito embora as posições assumidas pelo juiz de direito e promotor de justiça estivessem legitimadas por um espaço de possíveis dentro da estrutura do campo cultural, devido ao caráter subversivo que apresentavam suas posições transformadoras foram fortemente atacadas pelo poder criador, reprodutor e, principalmente conservador de verdades representado no discurso forte da mídia.

> **REPORTAGEM DO JORNAL IMPRESSO** (matéria publicada em 7 de novembro de 2008 com a manchete **"Juiz absolve uso de drogas na cadeia"**): Não comete falta disciplinar o preso que fuma maconha, cheira cocaína, usa outras drogas e bebe a aguardente chamada Maria Louca. Esse é o teor de dezenas de sentenças do juiz-corregedor dos presídios de *"Pandora"* (...). Essas decisões já preocupam os agentes prisionais e diretores das quatro penitenciárias sob sua jurisdição – uma de regime semi-aberto e três de segurança máxima – de (...) e *"Panacéia"*, que abrigam cerca de 5 mil detentos. O temor é de que as sentenças do magistrado estimulem o tráfico de drogas nas prisões.
>
> A promotoria de Justiça de *"Pandora"*, que podia recorrer das decisões, concordou com a maioria das sentenças. Sem recurso do Ministério Público, as sentenças se tornaram definitivas – sem a apreciação dos tribunais superiores. As infrações disciplinares dos presos são controladas pela Justiça. Quem tem falta grave não pode, por exemplo, receber o benefício de cumprir a pena em regime semi-aberto ou visitar a família em feriados, como o Natal. Se o detento está nos regimes aberto ou semi-aberto e comete uma infração, deve voltar a cumprir a pena em regime fechado.
>
> O argumento do juiz para desconsiderar o consumo de drogas é o fato de a nova lei de entorpecentes não punir com pena de prisão o porte. "Não tem pena de prisão, mas o porte continua infração penal e, do ponto de vista administrativo, não há como negar a falta grave", rebate o professor de Direito Penal Luiz Flávio Gomes. Segundo ele, o legislador manteve o porte de drogas como infração penal sem pena "porque ninguém quer estimular o uso de drogas".
>
> Para o juiz, no entanto, se a lei no caso do crime "impede o encarceramento, com maior razão deve (*impedir*) o mínimo (*falta disciplinar*), cuja natureza é administrativa". E assim, por exemplo, o juiz desconsiderou como falta grave a posse de cocaína do preso Eliel Pereira Pimentel e a de maconha do preso Osman Quirino de Oliveira. Desde agosto de 2007 mantém esse entendimento.
>
> Segundo diretores da Coordenadoria das Unidades Prisionais da Região Oeste, a falta de punição ao porte de drogas pode aumentar as mortes de presos e achaques a parentes. Isto porque as dívidas de viciados com traficantes estão por trás de muitas mortes no sistema carcerário que foram disfarçadas de

suicídio. Trata-se do chamado "Gatorade" – mistura de cocaína com Viagra injetada nas vítimas para provocar overdose.
Além de drogas, o juiz também desconsiderou como infração sete casos de presos apanhados com a aguardente Maria Louca, feita com cascas de frutas e arroz. O argumento do magistrado em seis dos casos trata a bebida como entorpecente. Ele absolve os presos porque a "posse de entorpecente, tendo em conta a nova concepção social sobre as drogas, não permite punição com encarceramento".

REPORTAGEM DO JORNAL IMPRESSO (matéria também publicada em 7 de novembro de 2008, ao lado da anterior, com a manchete **"Preso do PCC quer ir para ["*Pandora*"]**): Responsável pela Vara de Execuções Criminais de (*"Pandora"*), o juiz (...) é considerado polêmico. No início do ano, determinou a regionalização das penitenciárias de (...) e (*"Panacéia"*) – sob sua jurisdição -, impedindo-as de receber detentos de presídios a mais de 200 quilômetros de distância. Também mandou que as unidades não recebessem presos acima da capacidade. As medidas foram derrubadas pela Corregedoria do Tribunal de Justiça.
Em setembro, (o juiz de *"Pandora"*) baixou portaria determinando a obrigatoriedade do banho de sol por duas horas dos presos nas celas disciplinares. No sistema paulista, todo preso que comete falta grave fica por até 30 dias em isolamento. "Há décadas detentos do interior são colocados em situações desumanas e cumprem penas cruéis, que ferem os direitos humanos e estão em desacordo com as resoluções internacionais assinadas pelo Brasil", diz. O juiz, que já foi agente penitenciário, escrivão e delegado, falou ao Estado sobre seu entendimento quanto à posse de entorpecente pelos detentos.
REPORTER: Por que o senhor entende que o uso de entorpecentes não é falta grave?
JUIZ DE DIREITO DE "*PANDORA*": Pela nova lei de entorpecente, a 11.343/2006, o usuário não pode mais ser punido com pena privativa de liberdade. Mas a posse de droga entre sentenciados é considerada falta grave pelos administradores de presídios, que punem com o isolamento de 30 dias. Ou seja, restringem a liberdade. A legislação estabelece que o Direito Administrativo não pode punir mais severamente que o penal. Outra punição de falta grave é a perda, por seis meses, de benefícios de progressão de pena. Se o sentenciado ficar preso mais tempo por conta disso não estarei aplicando uma pena mais severa que a estabelecida pelo Código Penal?
REPORTER: Mas a posse não é um delito?
JUIZ DE DIREITO DE "*PANDORA*": A posse é um delito, mas no Direito Penal, para esses casos, só cabe a aplicação de medidas de saúde e educativas. O

artigo 26 da lei 11.343/06 diz que "o usuário e o dependente de drogas, que em razão da prática de uma infração penal estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário". Devem receber tratamento adequado. Se eu colocá-los numa cela vou agir de forma incompatível. Não estou liberando o uso de drogas em presídios. A penitenciária deveria se adequar à lei, criando penas de prestação de serviços, obrigando essas pessoas a participar de cursos educativos, oferecer atendimento de saúde.

REPORTER: Em 39 sentenças o senhor chegou a sugerir isso?

JUIZ DE DIREITO DE "*PANDORA*": Eu só faço considerações técnicas. A questão administrativa cabe a elas (penitenciárias), que devem tomar a função delas. Devem se adequar à nova lei e fazer revistas, aumentar a vigilância e impedir a entrada de drogas. Apesar disso, o sentenciado acaba cumprindo pena de privação de liberdade porque até a sindicância da falta grave chegar a mim, o que demora cerca de 60 dias, o preso já ficou os 30 dias isolado.

REPORTER: Mas isso não pode fazer com que os presos de outras regiões prefiram cumprir pena na área do senhor?

JUIZ DE DIREITO DE *PANDORA*: Há notícias de que o crime organizado estaria cobrando R$ 20 mil para presos irem para lá.

REPORTER: O senhor não se preocupa?

JUIZ DE DIREITO DE "*PANDORA*": Claro, mas é um problema de polícia. Tem de descobrir quem está fazendo isso, investigar e punir. Lamentável que uma transferência direcionada esteja acontecendo.

REPORTAGEM DO JORNAL IMPRESSO (matéria publicada em 8 de novembro de 2008 com a manchete **"MP apura absolvição de preso pego com droga"**): A Corregedoria do Ministério Público Estadual (MPE) deve analisar a atuação da promotoria nos casos das sentenças do juiz-corregedor (...), de (*"Pandora"*), que resolveu deixar de punir disciplinarmente os presos apanhados com cocaína, maconha e a aguardente artesanal chamada Maria Louca. Sob a jurisdição de (...) estão quatro penitenciárias em (...) e (*"Panacéia"*), que, juntas, reúnem cerca de 5 mil presos da Secretaria da Administração Penitenciária (SAP).

Foi justamente por meio do titular da pasta, o secretário (da Administração Penitenciária), que se encaminhou à Corregedoria do MPE uma representação relatando as decisões polêmicas de (o juiz de Pandora) que ficavam sem recursos do promotor. O secretário reclamou que, diante dos desafios do crime organizado que atua no interior dos presídios, seria importante uma atuação mais eficaz do Ministério Público.

Além de desconsiderar o porte de drogas e de bebida alcoólica como crime, (o juiz de *"Pandora"*) também concedeu regime semi-aberto para o traficante

colombiano José Emílio Viana Munos e ao traficante brasileiro Thiago Marcos Dias um ano antes que os detentos tivessem direito ao benefício. Para isso, o juiz usou um instrumento previsto na legislação civil, a tutela antecipada, que permite conceder uma liminar a alguém no casos em que, além de perceber que um direito está sendo ferido, a urgência justifica a concessão do pedido antecipadamente.

REPORTAGEM DO JORNAL IMPRESSO (matéria também publicada em 8 de novembro de 2008, na mesma página e ao lado da anterior, sob a manchete **"SAP cobra de Corregedoria ação mais eficaz de promotor"**): No caso do regime semi-aberto, o juiz faz a ressalva de que o preso só deve gozar do benefício quando cumprir o tempo necessário da pena prevista na lei – dois quintos. "A decisão é bem intencionada, mas não tem jeito. Não é possível conceder o semi-aberto antes que o critério objetivo, o cumprimento do tempo necessário previsto na lei, tenha sido satisfeito", afirmou o professor de Direito Luiz Flávio Gomes. "Não existe base legal para o uso do instrumento da tutela antecipada para esses casos", disse Gomes.

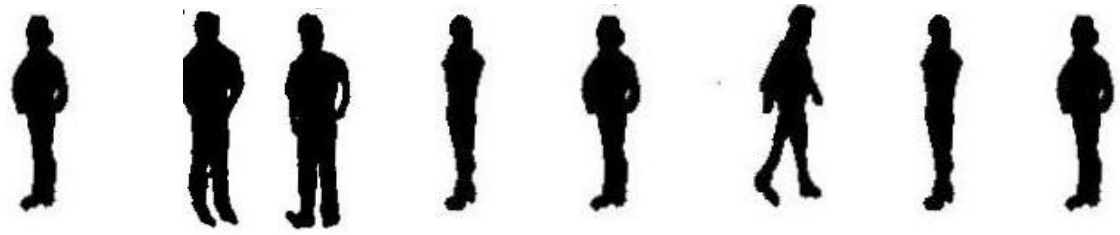
Sob a jurisdição de (o juiz de Pandora) existem 669 presos aguardando o julgamento de seus pedidos de concessão do regime semi-aberto nas três penitenciárias de segurança máxima da região. São 175 em (*"Panacéia"*), 303 em (...) e 191 em (...), muitos dos quais já teriam cumprido o tempo necessário para obter o benefício, o que não era o caso de Munos e Dias. Depois de dar sua decisão, o juiz determinou que o "diretor da unidade prisional" devia "entregar cópia desta sentença ao cidadão preso". Até outubro de 2009, quando cumprirá o prazo necessário de sua pena a fim de ter o benefício ao semi-aberto, Munos deverá, segundo o juiz, "manter boa conduta carcerária".

CORREÇÃO: Diferentemente do publicado ontem, o juiz (...), da Vara de Execuções Criminais de (*"Pandora"*), não afirmou que o crime organizado cobra até R$ 20 mil para presos irem para sua área de atuação. Por um erro de edição, uma pergunta do repórter do (jornal) foi atribuída ao juiz como uma resposta sua.

Parece evidente que o discurso apresentado pela mídia escrita se insere controvérsia reforçando a posição dominante naquele campo cultural específico. Considerando o alto poder simbólico do seu discurso, as posições divergents assumidas pelo juiz de direito e promotor de justiça de *"Pandora"* passam a ser vistas não como a expressão autêntica de um determinado sentido de justiça ou resultado de uma interpretação razoável dentro de um espaço de possíveis, mas

sim como resultado de outros interesses escusos e ilícitos. A posição divergente, apesar de estar construída sobre a legislação, teorias e princípios que compõem um conjunto de escolhas que se apresentavam como possíveis dentro da estrutura do campo cultural, se vê agora duramente confrontada por um discurso externo que recusa qualquer sentido ou verdade que não se ajuste aos seus critérios que se apresentam como um verdadeiro *doxa* na sociedade.

"Juiz absolve uso de drogas na cadeia"
"SAP cobra de Corregedoria ação mais eficaz de promotor"
"Preso do PCC quer ir para ['*Pandora']*"



Mídia

Fig. 14

Conforme se verifica neste caso, assim como na primeira controvérsia observada, tem-se que o processo de construção do direito é influenciado diretamente por um "discurso forte" (*kréiton logos*) que condiciona e determina o que "é" e o que "pode ser" na estrutura do campo cultural. Ainda que o discurso divergente assumisse uma posição que porventura correspondesse à verdadeira justiça, ou ao menos que a posição assumida pelos sujeitos fosse a mais autêntica expressão de um sentido de justiça pessoal dentro de um espaço de sentidos possíveis, o fato desse discurso divergir dos padrões estabelecidos pelo discurso dominante fez com que o mesmo fosse fortemente atacado pela estratégia de recorrer a esse aliado poderosíssimo que é a mídia.

Mas, como o que interessa aqui são as estratégias que os sujeitos adotam em relação às dinâmicas e contingências que se apresentam ao longo da luta discursiva, cabe agora apresentar as posições que o juiz de direito e o promotor de justiça assumiram perante o "discurso forte" (*kréiton logos*) da mídia. Ou seja, quais estratégias esses sujeitos adotaram para tentar combater esse "discurso forte" e dar

sustentação à sua posição divergente, ou se eles se resignaram e ajustaram suas posições e mudaram seus respectivos discursos aos padrões, modelos e hábitos do pólo dominante. Vejamos, portanto, o que aconteceu com esses sujeitos e seus respectivos discursos.

Primeiramente, o juiz de direito de *"Pandora"*, logo em seguida à publicação do discurso midiático, e considerando que os ataques ali formulados sugeriam desvios de conduta naquele microcosmo, decidiu então instaurar um procedimento apuratório para um maior esclarecimento dos fatos.

> **JUIZ DE DIREITO DE "*PANDORA*"** (decisão em 10 de novembro de 2008): Considerando a reportagem publicada no jornal (impresso) em 7 de novembro de 2008 sobre a possível tentativa de compra de transferência de vaga, tendo por destino os Presídios sob a jurisdição da Vara de Execução Criminal de (*"Pandora"*), com objetivos escusos, conforme cópia que segue.
> Considerando que o Diretor da Penitenciária de (...) teria sido abordado por advogada que pretendia facilitação em transferência de presos.
> Considerando que referido Diretor teria comunicado o fato a seus superiores.
> Considerando que as declarações anunciadas na imprensa colocam em dúvida a atuação dos profissionais da VEC de (*"Pandora"*), máxime em razão da forma direcionada em que a publicação se realizou.
> Considerando haver a possibilidade de que presos estariam vindo para jurisdição de (*"Pandora"*) após compra de vaga, conforme publicação.
> Considerando a seriedade dos fatos relatados.
> Determino a instauração do presente procedimento com fundamento no princípio da moralidade administrativa para que, ao término, seja encaminhado o expediente instruído, se o caso, aos órgãos ou instituições com atribuição, objetivando a tomada de medidas cabíveis.
> Diante dos fatos que deverão ser apurados, decreto o segredo de justiça deste expediente.
> Autue-se e Registre-se pela Corregedoria. Após, venham conclusos com urgência.
> Remeta-se cópia à Corregedoria Geral de Justiça e ao Promotor de Justiça com atribuição para atuar na VEC.

É interessante notar que a instauração do procedimento de correição para apurar a veracidade ou procedência das acusações veiculadas pela mídia, no que pode ser considerado como um verdadeiro "ataque externo" às posições assumidas pelo juiz de direito de *"Pandora"*, parece representar uma espécie de "olhar para

dentro", uma busca interna de argumentos que possam dar sustentação ao uma situação preexistente. Assim como na ciência, quando o paradigma encontra-se me severas críticas contra seus postulados e, diante disso, volta seus olhos para seu interior na busca de argumentos para se sustentar, na prática judiciária também parece ocorrer algo semelhante.

Logo após instaurar o expediente de correição, o juiz de direito determina as providências que serão realizadas para a apuração dos fatos.

> **JUIZ DE DIREITO DE PANDORA** (decisão em 10 de novembro de 2008): Vistos.
> Convoquem-se, por ofício (via fax) todos os Diretores dos Presídios sob a jurisdição deste Juízo para que sejam ouvidos como testemunhas no presente expediente no dia 17 de novembro de 2008, às 13 horas, consignando-se que na qualidade de testemunhas em procedimento administrativo terão as conseqüências legais em caso de ausência.
> Sem prejuízo, convoquem-se, também, como testemunhas o Diretor da Penitenciária de Pracinha, o Coordenador da CROESTE e o responsável na CROESTE pelo controle de vagas, para serem testemunhas neste procedimento, devendo constar em todos os ofícios que o procedimento da Corregedoria dos Presídios tramita em segredo de justiça e que já foi comunicado à Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Ciência ao Ministério Público.
> Por derradeiro, realize contato com cada testemunha, certificando-se que houve conhecimento da convocação, não sendo o caso de intimação pessoal por economia processual.

Após a realização dessas providências apuratórias pelo juiz de direito de *"Pandora"*, principalmente com a coleta dos depoimentos das testemunhas, sempre com a presença do presidente da Ordem dos Advogados do Brasil de *"Pandora"*, e do Ministério Público, os quais ao final apresentaram suas respectivas manifestações, houve, ao final, a conclusão da correição pelo juiz de direito.

> **JUIZ DE DIREITO DE *"PANDORA"*** (decisão em 26 de fevereiro de 2009): Vistos.
> As manifestações do Ministério Público (fls. 392/393) e da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 395/402) concluíram pelo arquivamento dos autos, com encaminhamento às autoridades competentes para providências que entenderem necessárias.
> Realmente, com razão as duas instituições.
> Não ficou evidenciada nos autos a existência de vendas de vagas para as pessoas serem transferidas para uma das unidades prisionais sob a jurisdição de "Pandora".

As pessoas referidas na reportagem “Preso do PCC quer ir para ‘Pandora’” não poderiam ser transferidas para as unidades prisionais sob a jurisdição de “Pandora”, pois segundo o Coordenador da Croeste existe sim uma orientação administrativa no sentido de se estabelecer critérios para transferir presos para a jurisdição de “Pandora” (fls70), conforme bem anotado pela Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 400/401. Porém, aquelas pessoas não preencheriam referidos requisitos e, por isso, foram transferidas para outras unidades (fls. 284/285).

Aliás, conforme bem anunciado pelo Ministério Público: “Estes três sentenciados não estavam em unidade prisional da VEC de “Pandora” e nem vieram para nenhuma unidade prisional sob sua jurisdição” (fls. 392).

A orientação administrativa para transferir pessoas presas à VEC de Tupã, desde que atendidos determinados requisitos, é da CROESTE que compõe a Secretaria da Administração Penitenciária. Portanto,dentro de critério discricionário da Administração Pública, transferem-se pessoas presas para a jurisdição da VEC/Tupã.

A reportagem do “Estadão” sugeriu a existência de venda de vagas, mas sem nenhuma solidez. Não ficou, portanto, comprovada a existência de vagas. Mas, ainda que isso ocorresse seria necessário que a Secretaria da Administração Penitenciária e suas Coordenadorias impedissem essa prática, pois são responsáveis pela transferência de pessoas presas.

Consigne-se que a reportagem “Preso do PCC que ir para ‘Pandora’” está vinculada a outras reportagens pela imprensa escrita e televisiva com teor sensacionalista e nítida distorção da realidade. Esta pode ser verificada, apenas para citar um exemplo, naquilo que foi veiculado pela imprensa escrita e televisiva (fls. 281) comparado com os documentos a folhas 158/161 que representavam respostas a questionamentos do Juízo (fls. 154/157).

Outros detalhes que fizeram parte de todo este processado foram bem delineados pela Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público, não havendo necessidade de reproduzi-los.

Diante do exposto, não havendo elementos para afirmar pela existência de venda de vagas para um dos estabelecimentos prisionais sob a jurisdição de “Pandora”, determino o ARQUIVAMENTO destes autos, nada impedindo que a questão ressurja, desde que com base sólida.

No entanto, diante das conclusões do Ministério Público (fls. 392/393) e da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 395/402), remeta-se cópia dos autos à Corregedoria Geral de Justiça e à Procuradoria Geral de Justiça para que sejam tomadas as providências que se entender cabíveis.

Atenda-se o requerimento da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 402, último parágrafo).

> Por derradeiro, diante do encerramento deste processado, fica levantado o segredo de justiça.

Mas mesmo diante de tantos ataques feitos pela SAP – Secretaria da Administração Penitenciária com o reforço de peso da mídia, ainda assim o juiz de direito de *"Pandora"* continuava assumindo a mesma posição de antes, adotando o mesmo discurso no sentido de que o preso usuário ou dependente flagrado na posse de droga no interior da prisão não deve ser punido com falta grave.

Situação diferente, no entanto, aconteceu em relação à posição do promotor de justiça de *"Pandora"*, que, diante da grande repercussão dos discursos veiculados pela mídia que cobravam uma "autação mais eficaz" de sua parte, e certamente sentindo uma fortíssima pressão no interior da sua comunidade relevante, principalmente pela instauração de um procedimento apuratório por parte da Corregedoria do Ministério Público, logo em seguida mudou sua posição e ajustou seu discurso aos padrões de referência e *"habitus"* de sua instituição. Se antes o seu sentido de justiça e a independência de suas concepções o orientavam a tomar uma posição de que o preso usuário ou dependente flagrado com droga não deveria ser punido com falta grave, agora seu discurso se mostra totalmente antagônico, sustentando que o preso surpreendido com droga deve sim ser punido com falta grave. Em outras palavras, se antes sua posição no campo cultural se mostrava subversiva e transformadora, agora sua posição é totalmente ortodoxa e conservadora. E o que é mais significativo: sua posição agora não corresponde ao seu sentido pessoal de justiça enquanto sujeito de conhecimento. O conhecimento é aqui resultado de uma relação de poder, ou, como diz Nietzsche, "uma centelha entre duas espadas". Não é fruto da criação do sujeito de conhecimento pelo uso da razão, da razoabilidade, ou do sentido, mas sim como produto de um jogo, de uma relação de luta e poder em um determinado contexto cultural.

Sua nova posição passou a ser exatamente aquela típica do *"habitus"* do seu campo institucional. Objetiva e impessoal, totalmente ajustada ao purismo normativo que rejeita qualquer pretensão de justiça e se orienta apenas pela legalidade e pelos padrões dominantes de interpretação fornecidos como cartilha pela sua instituição:

> ***PROMOTOR DE JUSTIÇA DE "PANDORA"*** (em 3 de março de 2009):
>
> MM. Juiz. Diante da falta grave cometida pelo sentenciado durante o cumprimento de pena no regime prisional fechado, nos termos do artigo 127, da LEP, requeiro seja declarada a perda dos dias remidos ou a remir anteriores a

> data da aludida falta, determinando-se elaboração de conta de liquidação atualizada.

Essa situação parece contradizer na experiência prática o que seria um dos princípios institucionais do Ministério Público previstos na Constituição Federal é a "independência funcional" dos seus membros. Por esse princípio, o promotor de justiça deveria ter assegurada uma total liberdade e independência no exercício de suas funções e, principalmente, na formação de suas convicções pessoais, não se sujeitando à ordem ou entendimento de quem quer que seja, inclusive do próprio procurador-geral, que é o chefe da instituição. Contudo, a prática mostrou que apesar de sua posição ser orientada por um sentido de justiça particular enquanto sujeito de conhecimento, fatores de poder fizeram com que mudasse sua posição, ajustando seu discurso aos critérios de verdade e justiça em conformidade ao pólo dominante.

Percebe-se, portanto, que também aqui a produção do conhecimento jurídico não é feita de discursos isolados, autênticos e independentes. Mas sim de discursos condicionados por um espaço de possíveis bastante limitado, cujas escolhas feitas pelos sujeitos são orientadas e condicionadas por padrões de conduta e habitus bastante definidos. De modo que as escolhas divergentes não encontram suporte para realização, ou seja, para se manterem enquanto um discurso possível, autêntico e criador. Até mesmo porque, como combater ao sentido de justiça imposto pela mídia? Por mais que o sujeito esteja convicto de que age inspirado por um sentido de justiça dentro de um determinado contexto, se o seu discurso não se ajustar ao habitus da estrutura que orienta o campo cultural em que se acha inserido certamente será fortemente rechaçado e questionado pelo pólo dominante.

Voltando agora ao juiz de direito, um outro fato bastante significativo pode ser observado. Como sua posição se manteve inalterada mesmo após ser fortemente atacada pela SAP – Secretaria da Administração Penitenciária e pela mídia, sendo ainda objeto de questionamentos por parte da Corregedoria do Tribunal de Justiça, curiosamente o juiz de direito de *"Pandora"* obteve uma "promoção" dentro de sua carreira, e foi transferido para uma outra comarca do Estado de São Paulo. E um outro detalhe importante: não é mais juiz de direito em vara de execuções criminais. Em outros termos, a posição herética naquele campo cultural da execução penal em *"Pandora"* estava vencida. Não há mais, desde então, qualquer posição desviante,

divergente ou anômala naquele contexto cultural específico. Os presídios podem continuar superlotados e em condições inadequadas de funcionamento sem qualquer interferência por parte dos sujeitos envolvidos na construção de direito em *"Pandora"*. Posições pautadas por um sentido pessoal de justiça por parte dos sujeitos de conhecimento e que se revelem heréticas em relação aos padrões de referência e habitus do pólo dominante não serão mais tomadas. A rota do "direito normal" pode seguir seu curso normalmente. E a "realidade" se mantém enquanto tal através dos discursos dominantes.

Parece, dessa maneira, que mais uma vez o paradigma, a verdade, o *"habitus"*, e todo o sistema de referências que compõem a estrutura de um determinado campo cultural, justamente ostentam essa condição de "realidade" por que continuam resistindo às tentativas de mudança feitas por discursos divergentes do pólo dominado, que são, assim, consideradas heréticas. E ao procederem dessa maneira, os sujeitos que compõem o pólo dominante do campo cultural acabam também colaborando para o próprio fortalecimento e reprodução do paradigma, orientando e condicionando os sujeitos de conhecimento, e definindo, assim, os padrões das relações e os critérios de verdade e justiça, conservando e reproduzindo o *"habitus"*.

Retomando o "habitus" conservador e rotinizador do campo cultural da execução penal

Com a transferência do juiz de direito de *"Pandora"*, que, até mesmo por sua história de vida, assumia em seu campo cultural uma posição transformadora da realidade do universo prisional, uma nova juíza de direito assumiu a titularidade da vara de execuções criminais de *"Pandora"*. E, considerando um espaço de possíveis que compõe a estrutura do seu campo cultural, a nova juíza de direito de *"Pandora"* apresentou um discurso totalmente antagônico ao discurso do seu antecessor, e, por conseqüência, totalmente ajustado aos padrões de referência e *"habitus"* do pólo dominante.

Mostra disso é que, se antes a superlotação e as condições inadequadas de funcionamento da penitenciária de *"Panacéia"*, que não oferecem condições dignas

à existência humana, consistia em fator suficiente para que o antigo juiz de direito de *"Pandora"*, com o apoio do promotor de justiça, tomasse uma posição transformadora da realidade a partir de um sentido de justiça, agora as posições são mais conservadoras, e a construção do direito pode seguir sua rota normal. O mesmo ocorre com a punição do preso usuário e dependente que antes, também por critérios subjetivos de justiça, não era punido com falta grave. A ação dos sujeitos passou a ser essencialmente objetiva, de modo que, surpreendido com droga, o preso é punido por falta grave, impondo ao usuário e dependente severas conseqüências como a regressão de regime prisional, a perda da remição da pena obtida pelo trabalho, e o reinício da contagem de tempo para futuros benefícios. Conforme se observa da decisão abaixo, a justiça em *"Pandora"* passa a ser feita de forma bastante objetiva, com a aplicação da lei ao fato sem maiores divagações sobre princípios ou sentidos de justiça:

> ***NOVA JUÍZA DE DIREITO DE "PANDORA"*** (em 3 de abril de 2009):
>
> Trata-se de incidente de regressão prisional do sentenciado FULANO DE TAL em razão do cometimento de falta disciplinar de natureza grave em 3 de julho de 2009. O Ministério Público manifestou a fls. 32 e a defesa a fls. 41.
>
> Para os fins previstos no artigo 118, § 2º, da LEP, foi realizada a oitiva do sentenciado (fls.12).
>
> É o relatório.
>
> Decido.
>
> Não obstante o posicionamento da defesa, os argumentos apresentados não ilidem ou, pelo menos, não justificam a conduta praticada. Demonstrou o sentenciado claramente que com tal comportamento não está preparado para o cumprimento da pena no regime intermediário, devendo regredir ao regime mais severo.
>
> Impõe-se ainda, nos termos do art. 127 da Lei de Execução Penal e da Súmula vinculante n. 9, a perda dos dias remidos e a remir anteriores ao cometimento da infração.
>
> Por todo o exposto e inexistindo qualquer circunstância que pudesse afastar as conseqüências da falta perpetrada, determino a regressão do sentenciado ao regime fechado, o que faço com fundamento no artigo 118 da Lei 7.210/84, decretando, pelos motivos acima alinhavados, a perda dos dias eventualmente remidos ou a remir anteriores à prática da falta disciplinar, determinando a elaboração de cálculo de penas que leve em consideração a data da infração como termo inicial para aferição dos lapsos de eventuais benefícios.

> Anote-se junto ao sistema, remetendo-se os autos à contadoria para elaboração do cálculo de penas nos termos do determinado.
> Ciência às partes.
> Comunique-se a Penitenciária.
> Intime-se o sentenciado.

Também é interessante notar ainda que, além de assumir uma posição conservadora e ortodoxa em relação à forma de punição dos presos usuários e dependentes de droga, a nova juíza de *"Pandora"* continua se deparando com a mesma realidade das penitenciárias superlotadas daquele microcosmo específico. A penitenciária de *"Panacéia"* continua abrigando um número de presos bem acima de sua capacidade arquitetônica, e as condições continuam inadequadas para a existência humana digna.

E como a luta discursiva com o propósito de transformação da realidade prisional continua, a população da penitenciária de *"Panacéia"* enviou uma carta à nova juíza de *"Pandora"* relatando as péssimas condições de funcionamento da unidade e algumas ilegalidades experimentadas no cotidiano prisional:

> ***POPULAÇÃO DA PENITENCIÁRIA DE PANACÉIA*** (em 1 de dezembro de 2009):
> A População Carcerária de *"Panacéia"* vem à presença de Vossa Excelência com fulcro no artigo 41 XIV da Lei n. 7210 de 11.07.1984 "Lei de Execução Penal" e do artigo 5º XXXIV (a) Constituição Federal.
> Meretissima, de forma organizada e dentro dos parâmetos legais estamos nos organizando para tentarmos levar ao seu conhecimento algumas arbitrariedades cometidas pela diretoria desse estabelecimento prisional em que estamos. Temos nossos direitos garantidos por Lei, também conhecemos nossos deveres, como é de praxe aqui a diretoria exige nossos deveres que por nossa vez o cumpimos à risca, caso ao contrário vamos para uma cela celular com espaço suficiente para apenas uma pessoa, mas que na verdade ficamos em 3 ou até mesmo 4 pessoas, ficando confinado 30 dias, não saímos dessa cela nem para apuração da falta.
> Já que o funcionário colhe nosso depoimento na cela mesmo, anotando em caneta e depois de alguns dias nos trazem o depoimento digitado só pra assinar, muitas vezes em total discordância do que foi dia antes falado pelo preso e o pior que nesse texto premontado diz que o preso esteve na sala do escrevente o que não é verdade, o que tornaria todas essas sindicâncias da casa totalmente nulas, não queremos dizer com isso que somos "santos", apenas queremos imparcialidade e justiça.

> Outro assunto que queremos salientar é sobre a higiene, meretissima, moramos na cela com 8 pessoas e não podemos ter na cela nem rodo nem vassoura, como podemos ter higiene em um ambiente sem roudo e sem vassoura? Sendo que outras unidades os presos podem ter, a única preocupação que os diretores tomam é serrar uns pedaço do cabo, uma medida viável para a unidade, sem deixar que nos afundamos na imundície.
> Meretissima, quando é dia de blitz geral, passamos 24 horas sem nenhum tipo de alimentação uma vez que jantamos às 16:30 hrs. Há muitos presos na unidade que passam mal, mas o problema maior é com os presos que estão internados na área hospitalar do presídio, já que também ficam na mesma situação, ou seja ficam com fome o dia todo, quando o correto seria que pelo menos uma refeição teria que ser nos oferecido.
> Outro assunto que gostaríamos que a senhora tomasse conhecimento é quanto o castigo, o chamado vulgarmente como "pote", pois os presos estão ficando sem alimentação, e até sendo espancados.
> Não queremos lhe ensinar como proceder em seu trabalho, muito pelo contrário, mas gostaríamos muito que a senhora pudesse estar pelo menos 1 vez por mês estar indo no castigo para conversar com os presos.
> Meretissima, pedimos desculpas pela carta pobre em argumentos jurídicos, mas a senhora como responsável por essa execução tem que ficar sabendo de tudo o que esta ocorrendo, não podíamos levar esta carta a outros órgãos superiores sem antes deixar a senhora ciente. Que Deus abençoe hoje e sempre.
> Panacéia 01 de dezembro 2009.
> Ass: População Carcerária de "Panacéia"

No entanto, se situações como essa narrada pelos próprios presos da penitenciária de *"Panacéia"* seriam suficientes para que o antigo juiz de direito, até então contando com o apoio do promotor de justiça de *"Pandora",* tomassem uma posição de transformação dessa realidade para assegurar condições dignas aos presos, essa mesma realidade, no entanto, quando levada ao conhecimento da nova juíza de *"Pandora"*, e do mesmo promotor de justiça, agora em outra posição e adequado à "estrutura objetiva" e "esquemas de ação" impostos pelo campo cultural, não desencadeou na prática nenhuma controvérsia como aquela transcrita acima no subtítulo "Limites e possibilidades práticas de um discurso transformador do campo cultural da execução penal". Isto porque as péssimas condições de sobrevivência no interior das celas e ilegalidades apontadas pelos presos, neste caso, acabou não sendo objeto de maiores questionamentos por parte dos sujeitos,

limitando-se a nova juíza de direito de *"Pandora"* a pedir alguns esclarecimentos ao diretor da penitenciária de *"Panacéia"*. E com a informação de que as medidas adotadas tinham por fim "manter a ordem, a segurança e a disciplina da unidade", o promotor de justiça adotou o seguinte discurso:

> ***PROMOTOR DE JUSTIÇA DE "PANDORA"*** (ainda o mesmo sujeito, mas agora, após a repercussão dos fatos noticiados pela mídia, assumindo uma posição conservadora, em 29 de abril de 2010):
> MMa. Juíza:
> Conforme se observa das informações prestadas as fls. 09, os procedimentos adotados na Unidade Prisional objeto da reclamação de fls. 02/03, além de acobertados pelo manto da legalidade, visam garantir a ordem, disciplina e segurança do estabelecimento prisional, razão pela qual opino pelo arquivamento do presente.
>
> ***NOVA JUÍZA DE "PANDORA"*** (decisão em 7 de junho de 2010):
> Vistos. Com razão o Ministério Público. A limitação quanto a quantidade de rodos e vassouras por cela ou pavilhão, bem como acesso à cozinha em hora diversa da normal quando da realização de "blitz" visam manter e assegurar a ordem, a segurança e a disciplina do estabelecimento prisional. Tratam-se de medidas necessárias e por vezes excepcionais, acobertadas pela razoabilidade e proporcionalidade.
> Quanto ao processo de realização das oitivas, compulsando os processos em que as mesmas se fizeram presentes, verificou-se que todas são assinadas pelo defensor da FUNAP, que se faz presente ao ato, conforme disposto no termo, não restando flagrante qualquer irregularidade ou nulidade, já que respeitados os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal administrativo. Assim, não há que se falar em qualquer irregularidade, razão pela qual, determino o arquivamento do presente expediente.

É possível notar que o discurso é bastante diferente de sua antiga posição. Se antes seus discursos eram expressam da sua subjetividade, guiados por um sentido pessoal de justiça, agora, após ser "forçado" pelo "discurso forte" da mídia e da Corregedoria do Ministério Público a adequar sua posição aos padrões de referência e esquemas de ação que constituem o "habitus" de sua função pública, a realidade prisional parece já não recomendar a tomada de uma posição transformadora. E assumindo uma posição conservadora, cujo discurso se ajusta ao "discurso forte" da mídia e da Corregedoria do Ministério Público, não há condições

para o desenvolvimento de uma luta discursiva, e o “direito normal” segue seu curso com a manutenção da realidade do campo cultural.

Percebe-se, portanto, como as posições assumidas pelos sujeitos no espaço de escolhas possíveis que compõem a estrutura de seu campo cultural determinam um maior ou menor grau de tensão discursiva entre as posições conservadoras ou transformadoras que se apresentam como referenciais possíveis nesse campo. Posições que se filiem ao discurso forte do pólo dominante tendem a assegurar um curso normal da construção do conhecimento, enquanto que posições heréticas e transformadoras dos padrões de referência e *“habitus”* compreendidos na estrutura objetiva favorecem o desencadeamento de lutas discursivas, onde os sujeitos vêem-se obrigados a adotar estratégias para conferir força e sustentação aos seus respectivos discursos.

Nesse âmbito de análise prática, parece que a tendência verificada no campo cultural da execução penal é que os sujeitos geralmente procuram adequar suas ações às “estruturas objetivas” e “esquemas de ação” impostos, não apenas no interior da comunidade jurídica, mas na comunidade política como um todo. Não há propriamente expressões subjetivas de sentidos pessoais de justiça, mas sim um “fazer normal”, ou seja, agir dentro do *“habitus”* daquele campo, o que permite aos sujeitos uma condição mais cômoda perante o grupo de interesse e relevância. Por mais que possa haver por parte do sujeito um sentido de justiça que divirja dos padrões de referência e esquemas de ação, a assunção de uma posição transformadora e herética no campo cultural certamente lhe acarretará uma condição de acoamento pelos fortes ataques impostos pelo pólo dominante. Em razão disso, o ingresso na luta discursiva com o propósito de transformar os padrões vigentes no campo cultural apresenta-se ao sujeito como uma ação de risco, e que, pelos altos custos que pode representar, acaba se mostrando um tanto quanto inviável.

Desse modo, parece que as escolhas possíveis são bastante restritas e limitadas, de modo que o sujeito não produz, propriamente o direito, mas reproduz o *“habitus”* que impõe “*como*” se deve agir, ou, de que modo “normalmente” o juiz de direito e o promotor de justiça agem para o “correto” exercício de suas funções. Não há propriamente condições que permitam a realização da subjetividade por parte dos envolvidos. Afinal, os casos observados parecem referir que a expressão de um sentido pessoal de justiça por parte dos sujeitos não é admitida nesse campo

cultural, à medida que foi fortemente atacada por um "discurso forte" que determina e impõe o agir dentro de "estruturas objetivas" e "esquemas de ação".

Em um campo social onde as "estruturas objetivas" e os "esquemas de ação" são tão coercitivos, parece que o espaço de possíveis que se apresenta ao sujeito de conhecimento é bastante limitado. Efetivamente, não há espaço para ações inspiradas por um sentido de justiça dos sujeitos. O próprio conhecimento que está compreendido nesse campo cultural da prática judiciária parece guiado mais por uma ortodoxia que garanta um *status quo* do que um espaço social capaz de abrigar expressões de subjetividade através de ações criadoras, poéticas e emancipadoras. As garantias constitucionais que em princípio deveriam assegurar ao juiz de direito e ao promotor de justiça uma independência na formulação de seus juízos e liberdade na tomada de posições no exercício de suas elevadas funções políticas não parecem não se mostrar efetivas na prática de construção do direito, comprometendo o ideal democrático, que tem como base a possibilidade da diferença.

E, neste aspecto, como o que interessava neste estudo era verificar o que "entra" no sistema de justiça e o que "sai" dele, a impressão que se tem é que se antes havia uma posição "diferente" no campo cultural da execução penal, assumida por sujeitos que se opuseram frente às disposições e padrões de referência que compõem o *"habitus"* desse "sistema", orientados principalmente por um sentido particular de justiça, essa "luta" não existe mais na realidade de *"Pandora"* e *"Panacéia"*. Significativamente, se a "luta" desses sujeitos (juiz de direito e promotor de justiça) pela "pena justa e civilizada, como referida no artigo de Luiz Flávio Gomes citado acima, não alcançou esse propósito na experiência prática, ela, no entanto, teve por efeito transformar o próprio microcosmo cultural em que os sujeitos estavam inseridos. Isto porque com a transferência por promoção do juiz de direito para outra comarca, e a submissão do promotor de justiça aos padrões de referência e esquemas de ação próprios do campo cultural, assumindo, agora, uma psoição conservadora, não há mais em "Pandora" um "discurso diferente". O *"habitus"*, estava, assim, devidamente mantido pelo "sistema" e *"Pandora"* agora segue a rota do "direito normal". Na penitenciária de *"Panacéia"*, o *"habitus"* também se manteve, com suas celas superlotadas de presos em condições desumanas, mas agora sem qualquer ingerência por parte dos sujeitos da vara de execuções criminais de *"Pandora"*.

Mas a luta de sujeitos que compartilham de um sentido de justiça emancipador do ser humano no campo cultural da execução penal não é nova e, certamente, apesar das resistências políticas, irá continuar. Isto porque essa posição transformadora ainda se apresenta como uma das possíveis na "estrutura objetiva" do campo, e a luta discursiva poderá sempre continuar quando outros sujeitos tomarem essa posição. O "discurso fraco" (*hettón logos*) de transformação do sistema penal não é novo, e compreende posições assumidas por sujeitos de conhecimento através de produções filosóficas, científicas, jurídicas, arquitetônicas, literárias, artísticas etc., que adotam diferentes estratégias para conferir força a esse discurso e tornar a pena de prisão mais justa e civilizada.

Também é importante considerar que se no microcosmo observado os "discursos fortes" (*kréiton logos*) da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça e da mídia foram determinantes para a manutenção do *"habitus"* que orienta o campo, com a conservação da realidade "injusta" e "bárbara" experimentada pelos presos da penitenciária de *"Panacéia"*, descrita em parte na recente carta enviada pelos próprios presos à nova juíza de *"Pandora"*, em um caso também real ocorrido há mais de um século a situação foi oposta, já que uma pequena parte da mídia assumiu uma posição de tranformação do sistema prisional por penas mais justas e civilizadas. O que mais chama a atenção é que o discurso apresentado pelos presos na carta encaminhada à nova juíza de direito de "Pandora" no final do ano de 2009 seja, em seu conteúdo, bastante similar às reivindicações de reforma feitas em 1898 por um famoso escritor egresso do sistema penal inglês. Isto porque, comparando-se as condições da penitenciária de *"Panacéia"* relatadas de forma técnica nos laudos acima descritos e reforçados pelos próprios presos, com aquelas trazidas na carta abaixo, pode-se afirmar que as reformas que se fazem necessárias no sistema prisional nacional, resguardadas as devidas proporções, também se referem às condições de existência digna da pessoa humana:

> ***2ª CARTA PÓS-PRISÃO DE OSCAR WILDE PARA O JORNAL DAILY CHRONICLE[669] (em 23 de março de 1898):***
>
> Senhor, entendo que o Projeto de Lei do Ministério dos Negócios Interiores de Reforma das Prisões está por ser lido esta semana, pela 1ª ou 2ª vez, e como seu jornal tem sido o único da Inglaterra com um interesse real e vital nessa questão

[669] WILDE, Oscar. De profundis e outros escritos do cárcere. Porto Alegre: L&PM, 2002, p. 186-193.

tão importante, espero que me permita, como alguém com uma longa experiência pessoal da vida em uma prisão inglesa, apontar quais as reformas que são mais urgentes e necessárias neste nosso estúpido e bárbaro sistema.

Através de um editorial publicado em suas colunas há duas semanas eu soube que a principal reforma proposta é o aumento do número de inspetores e funcionários visitantes que devem ter acesso a nossas prisões.

Tal reforma é totalmente inútil. A razão é extremamente simples. Os inspetores e Juízes de Paz que visitam nossas prisões o fazem com o propósito de verificar se o regulamento está sendo cumprido. Eles não vêm com outro propósito e nem têm nenhum poder, mesmo que tivessem vontade de alterar um simples artigo do regulamento. Nenhum prisioneiro jamais teve o menor conforto, atenção ou cuidado por parte de algum funcionário visitante. Os visitantes não vêm para ajudar os prisioneiros, mas sim para ver se o regulamento está sendo cumprido. O seu objetivo é assegurar o cumprimento de um regulamento absurdo e desumano. E, como eles têm que mostrar alguma utilidade, tratam de fazê-lo com o maior cuidado. Um prisioneiro que tenha conseguido um pequeno privilégio teme a chegada dos inspetores. E no dia de qualquer inspeção da prisão os funcionários são mais agressivos com os prisioneiros que o normal. O objetivo deles, obviamente, é o de mostrar a esplêndida disciplina que eles conseguem manter.

As reformas necessárias são muito simples. Elas dizem respeito às necessidades do corpo e da mente de cada infeliz prisioneiro. Com referência ao primeiro, nas prisões inglesas há três punições permanentes, autorizadas por Lei:

1. Fome
2. Insônia
3. Doença

A comida fornecida aos prisioneiros é totalmente inadequada. E mais, é insuficiente. Cada prisioneiro sofre dia e noite de fome. Uma certa quantidade de comida é cuidadosamente pesada, grama por grama, para cada prisioneiro. É somente o suficiente para manter, não exatamente a vida, mas a existência. Mas se é sempre torturado pela dor e pela náusea da fome.

O resultado da alimentação – que na maioria dos casos consiste de uma sopa magra, um pão mal assado, sebo e água – é a doença em forma de uma incessante diarréia. Esta enfermidade, que no final torna-se uma doença permanente para a maioria dos prisioneiros, é uma instituição reconhecida em cada prisão. Na penitenciária de Wandsworth, por exemplo – onde fui confinado por dois meses até ser carregado para o hospital, onde permaneci outros dois

meses –, os carcereiros circulam duas ou três vezes por dia distribuindo remédios adstringentes para os prisioneiros, como uma coisa muito natural. Após uma semana de tratamento nem é preciso dizer que os remédios não fazem o menor efeito. O infeliz prisioneiro, então, torna-se presa desta enfermidade a mais enfraquecedora, depressiva e humilhante que se pode imaginar; e se ele falha em completar as voltas da manivela ou do moinho a ele exigidas, como seguidamente acontece, é denunciado como negligente. Mas isso não é tudo.

Nada pode ser pior que as instalações sanitárias das Prisões Inglesas. Antigamente cada cela tinha uma espécie de latrina. Agora essas latrinas foram proibidas. Não existem mais. Em seu lugar é fornecido a cada prisioneiro um pequeno vaso de metal. Três vezes por dia o prisioneiro pode esvaziar seus dejetos. Mas não é permitido o acesso aos banheiros da prisão, exceto durante aquela hora em que estão fazendo exercícios. E depois das cinco da tarde não é permitido que o prisioneiro deixe sua cela, sob nenhum pretexto ou por nenhuma razão. Um homem sofrendo de diarréia é, consequentemente, colocado em uma posição tão abominável que nem é necessário estender o assunto, sendo até inconveniente fazê-lo. O tormento e as torturas que os prisioneiros sofrem como conseqüência das revoltantes instalações sanitárias são indescritíveis. E o ar fétido das celas, aumentado pelo sistema de ventilação totalmente ineficiente, é tão nauseante e insalubre que não é raro que os carcereiros passem mal quando entram pela manhã, vindos da rua, do ar fresco, e abrem e inspecionam cada cela. Eu mesmo vi isso acontecer em mais de três ocasiões, e diversos carcereiros mencionaram este fato como uma das coisas mais terríveis que seu ofício impõe.

A alimentação fornecida aos prisioneiros deveria ser adequada e saudável. Não deveria ser do tipo que produz a incessante diarréia que, a princípio uma enfermidade, se transforma em uma doença permanente.

As instalações sanitárias das Prisões Inglesas devem ser totalmente alteradas. Todo o prisioneiro deveria ser autorizado a ter acesso aos banheiros, quando necessário, e esvaziar seus dejetos. O atual sistema de ventilação das celas é totalmente inútil. O ar entra através de grades obstruídas e de um pequeno ventilador colocado na minúscula janela de barras, que é por demais pequena e malconstruída para admitir uma quantidade suficiente de ar fresco.

Somente é permitido sair da cela por uma hora das 24 que compõem o longo dia, e então, por 23 horas, respira-se o ar mais fétido possível.

Com respeito à punição da insônia, ela só existe em Prisões Inglesas e Chinesas. Na China ela é imposta colocando-se o prisioneiro em uma pequena jaula de bambu; na Inglaterra, por meio de uma cama de tábuas. O objetivo da cama de

> tábuas é o de produzir insônia. Não há outro objetivo e invariavelmente tem sucesso. E mesmo quando nos é permitido um colchão duro, como acontece no decurso do aprisionamento, ainda assim se sofre de insônia. Porque dormir, como todas as coisas saudáveis, é um hábito. O prisioneiro que já tenha dormido em uma cama de tábuas sofre de insônia. É uma punição revoltante e ignorante.
>
> Com respeito às necessidades da mente eu imploro eu me permitam dizer alguma coisa.
>
> O atual sistema penitenciário parece quase ter como objetivo a demolição e a destruição das faculdades mentais. A produção da insanidade é, senão seu objetivo, certamente seu resultado. Este é um fato bem comprovado. Suas causas são óbvias. Privado de livros, de todo o relacionaento humano, isolado de toda influência humana e humanizadora, condenado ao silêncio eterno, roubado de toda a relação com o mundo externo, tratado como um animal sem inteligência, mais brutalizado que um selvagem, o infeliz que é confinado em uma prisão inglesa dificilmente escapa da loucura. Eu não quero me estender sobre esses horrores; ainda menos excitar qualquer interesse sentimental momentâneo sobre esses assuntos. Então vou simplesmente, com sua permissão, apontar o que deveria ser feito.
>
> (...) nesta carta tentei indicar algumas das reformas necessárias ao nosso sistema penitenciário inglês. Elas são simples, práticas e humanas. Elas são, é claro, somente um começo. Mas já está na hora deste começo e ele só poderá acontecer com uma forte pressão pública manifestada em seu poderoso jornal e encorajada por ele.
>
> Mas para conseguir que mesmo essas reformas sejam eficazes, muito tem de ser feito. E a primeira, e talvez a mais difícil, é humanizar os diretores das Prisões, civilizar os carcereiros e cristianizar os capelões. Seu, etc.

Como é possível verificar, as necessidades imperiosas de reforma do sistema prisional inglês apontadas por Oscar Wilde em 1898 não diferem muito daquelas trazidas nos textos aqui compilados. Mas, ao contrário do *"discurso fraco"* (*hettón logos*) que nos casos observados não conseguiu reunir condições de realização para transformar o universo prisional, no caso inglês a luta discursiva desencadeada por Oscar Wilde, com o apoio de peso do jornal Daily Chronicle e outros aliados, conseguiu tornar-se um "discurso forte" (*kréiton logos*) e tornar-se realidade com a publicação do *"Prison Act"* em 1898, que promoveu profundas

reformas no sistema prisional inglês. Mas a luta discursiva compreendida na tensão entre as posições constitutivas da estrutura do campo cultural da execução penal permanece, e é dependente do estado das lutas externas e do reforço que cada posição pode encontrar na sociedade. Até mesmo porque em certo sentido, como conclui Oscar Wilde,[670] "não são os prisioneiros que precisam de correção. São as prisões".

Trazendo essa conclusão de Oscar Wilde para o campo epistemológico, pode-se afirmar que, de fato, não são os sujeitos que precisão de correção. Mas as estruturas objetivas e esquemas de ação que representam as regras universais de sentido, verdade e justiça compartilhadas culturalmente pelos grupos sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lembrando que a principal finalidade desta proposta de etnografia do discurso jurídico, necessariamente compreendida no projeto de uma antropologia do conhecimento, era observar os sujeitos envolvidos na construção do direito em um microcosmo específico no campo cultural da execução penal, analisando as escolhas e estratégias adotadas em determinadas situações e possibilidades, tem-se por fim a impressão de que a prática do direito realmente guarda muitas semelhanças e paralelismos com a prática da ciência, principalmente pela sua incessante busca por objetividade e estabilidade dos seus enunciados. Assim como na prática científica onde as realizações são orientadas pelas regras fundamentais que regem as atividades do grupo de cientistas, na rota da "ciência normal",[671] também na prática jurídica os sujeitos parecem ter como referência as leis

[670] WILDE, Oscar. De profundis e outros escritos do cárcere. Porto Alegre: L&PM, 2002, p. 180.

[671] Segundo Thomas Kuhn, "a maioria dos cientistas, durante toda a sua carreira, ocupa-se com operações de limpeza. Elas constituem o que chamo de ciência normal. Examinando de perto, seja historicamente, seja no laboratório contemporâneo, esse empreendimento parece ser uma tentativa de forçar a naturezaa encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma. A ciência normal não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno; na verdade, aqueles que não se ajustam aos limites do paradigma frequentemente nem são vistos. Os cientistas também não estão constantemente procurando inventar novas teorias; frequentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros. Em vez disso, a pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma.", *in*, KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas.São Paulo: Editora Perspectiva, 1990, p. 44-45.

fundamentais que servem como horizonte de sentido e de verdade para o grupo, e que regem o que seria um fazer o “direito normal”. E ainda que alguns sujeitos do grupo ajam em contradição com essas regras, o fato é que elas não deixam de ser reconhecidas como tais. Até mesmo porque, é tomando como parâmetro essas regras fundentais que os sujeitos assumem uma posição perante o grupo, ao fazerem suas escolhas em consonância ou em contradição às suas orientações.

É possível inferir, ainda, a existência de uma representação compartilhada pelos membros do grupo a respeito dos sentidos de verdade, que tendem a se perpetuar por um agir em conformidade a esse ideal. A subjetividade do membro do grupo é, assim, comprometida com um ideal maior de verdade universal objetivada nas regras fundamentais do grupo. E da mesma forma que as ações praticadas em consonância a esses referenciais são vistas pelo grupo como virtuosas, ainda que não sejam fruto da vontade ou intenção do sujeito, em contrapartida, as ações que se mostrem contrárias a essas regras de verdade universalizadas são repudiadas como heréticas e subversivas, ainda que consistam em uma das possíveis e razoáveis expressões da subjetividade criadora e contextualizada. Como parecem indicar os casos observados no campo cultural da execução penal, por mais elevado e sublime, e principalmente, possível e razoável, que fosse o sentido de justiça expressado pelos sujeitos (juiz de direito e promotor de justiça) em relação ao que, para eles, representava uma condição indigna e desumana do cárcere, o fato é que os mesmos foram sancionados à altura de um “escândalo público” por não se adequarem às regras fundamentais e universais do grupo. Suas ações foram consideradas subversivas e heréticas, e por repercutirem na imagem do próprio grupo, foram, assim, alvo de um forte reprovação em garantia da ética compartilhada pelos membros do grupo. Por outro lado, a substituição do juiz de direito por uma nova juíza que se orienta favoravelmente às regras do grupo, e o fato do promotor de justiça ter sido forçado a abdicar de sua subjetividade para seguir os esquemas de ação seguidos pelo grupo tem por efeito reforçar, reproduzir e legitimar esses ideais compartilhados, favorecendo e perpetuando sua universalização.

E é exatamente nesse âmbito de análise que é possível constatar o princípio antropológico pelo qual há vantagem em se submeter às regras universalmente compartilhadas pelo grupo. Em outras palavras, a crença do sujeito que há virtude em agir conforme os padrões de sentido, ou mesmo o próprio reconhecimento pelo

sujeito de que essas leis universais existem e servem de referência, consiste em um um dado antropológico fundamental. Mesmo que o sujeito procure agir em contradição com essas regras, há, por conseqüência, o reconhecimento de que elas existem, assumindo, assim, uma posição desfavorável em relação ao grupo. Por outro lado, se o sujeito age em conformidade aos padrões universais de sentido que orientam o grupo como se fosse o resultado da mais pura e livre manifestação da sua própria subjetividade, ou seja, uma escolha entre as possíveis, há ainda um reforço simbólico dessa universalização. Isto porque, sem considerar as vantagens implícitas na submissão à regra universal, aparentemente a escolha é vista muitas vezes pelo próprio sujeito como fruto de sua subjetividade.

Assim, sob essa perspectiva antropológica, e independentemente do sentido de justiça estar ou não inscrito na natureza humana, o fato é que a possibilidade de justiça no campo cultural da prática judiciária parece ser a justiça universalmente vista como possível e virtuosa pelo grupo (*libido virtutis*). Dessa maneira, a compreensão das práticas judiciárias não pode ser obtida sem se considerar que os sujeitos que promovem essas ações encontram-se envoltos em teias de significação que formam verdadeiras estruturas objetivas onde as possíveis noções de justiça estão definidas. Objetivas porque os sujeitos podem ou não seguir essas regras de sentido, mas não podem deixar de considerá-las como referência para suas ações.

A justiça é assim considerada como um signo que não tem uma estrutura universal, revelando um caráter perspectivístico, local, cultural, e que resulta de relações estratégicas e de poder experimentadas onde o homem (*anthropos*) encontra-se situado. De um modo geral, é essa diferença que a noção de justiça apresenta em vários campos culturais e ao longo da história, bem como as opções e estratégias adotadas pelos sujeitos de conhecimento em atenção às estruturas objetivas de saber e verdade que são o solo que formam esses sujeitos, que parece ser passível de apreensão jurídico-antropológica, considerando o direito como cultura.

Bibliografia Consultada

ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia** (col.). Lisboa: Editorial Presença, 1978.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

ARISTÓTELES. **Arte retórica e arte poética**. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

AUGÉ, Marc. Dos lugares aos não-lugares. **In: Não-lugares. Uma introdução a uma antropologia da supermodernidade**. Campinas, Papirus, 1994, pp. 71- 105.

AZAN JÚNIOR, Celso. **Antropologia e interpretação**: explicação e compreensão nas antropologias de Lévi-Strauss e Geertz. Campinas: Editora da UNICAMP, 1993.

BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.

BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética**: a teoria do romance. São Paulo: Hucitec, 1988.
_____. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1992.

BARNES, Barry. **T. S. Kuhn and social science**. Columbia University Press / New York, 1982.

BARTHES, Roland. **Crítica e verdade**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1970. (Debates)
_____. **Novos ensaios críticos/O grau zero da escritura**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972,
_____. **O rumor da língua**. Editora Brasiliense: São Paulo, 1988.

_____. **Aula** – São Paulo: Editora Cultrix, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BENJAMIN, HORKHEIMER, ADORNO e HABERMAS. **Textos escolhidos** (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1983.

BERGER, Peter L. **A construção social da realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 1985.

BILIER, Jean-Cassien. **História da filosofia do direito**. Baureri, SP: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas, SP: Papirus, 1996.
_____. **A economia das trocas linguísticas**: o que falar quer dizer. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.
_____. **As regras da arte**: gênese e estrutura do campo literário. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BRAITH, Beth (org). **Bakhtin, dialogismo e construção do sentido**. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

BRUNEL, p, PICHOIS, c, e ROUSSEAU, a. m. **Que é literatura comparada?** São Paulo: Editora perspectiva, 1983.

BUBER, Martin. **Do diálogo e do dialógico**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1982. (Debates)

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento**: de Gutenberg a Diderot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. **A presença do autor e a pós-modernidade em antropologia**. Novos Estudos. CEBRAP, n. 21, p. 133-157, jul. 1988.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Entre o estruturalismo e a hermenêutica antropológica**. Anuário Antropológico 85, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 289-295, 1986.
_____ **Sobre o pensamento antropológico**. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.
_____ A Antropologia no Brasil (1960-1980). In. MICELI, Sérgio (org.) . **História das ciências sociais no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré, 1995. (Volume 2).
_____ **O trabalho do antropólogo**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

CARONTINO, Enrico. **O projeto semiótico**: elementos de semiótica geral. São Paulo: Cultrix, 1979.

CHOMSKY, Noam. **Linguagem e pensamento**. Petrópolis: Editora Vozes, 1971.

CLIFFORD E MARCUS, James e George. **Retoricas de la antropologia**. Barcelona: Júcar, 1991.

COMAROFF, John L. and ROBERTS, Simon. **Rules and processes**: the cultural logic of dispute in an African context, 1986.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia positive; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores)

COPANS, Jean. *et al*. **Antropologia**: ciência das sociedades primitivas? Lisboa: Edições 70, 1971.

CRAPANZANO, Vicent. **El dilema de Hermes**: la máscara de la subversión en las descripciones. Barcelona: Júcar, 1991.

CUIN, Charles-Henry. **História da Sociologia**. São Paulo: Editora Ensaio, 1994.

DAVIS, Shelton. H. **Antropologia do Direito**: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

DERRIDA, Jacques. **A universidade sem condição** – São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

DEWEY, John. **Experiência e natureza**: textos selecionados. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Os pensadores)
_____. **Democracia e educação**: introdução à filosofia da educação. São Paulo: Ed. Nacional, 1979.

Dicionário de mitologia greco-romana. São Paulo: Abril Cultural, 1976.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção os Pensadores).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

EPSTEIN, Isaac. **Teoria da informação**. São Paulo: Ática, 1986.

ERIKSEN, Thomas Hylland. **História da antropologia**. Petrópolis: Vozes, 2007.

FARACO, C. A. O dialogismo como chave de uma antropologia filosófica. In: Faraco et aliii (org.) **Diálogos com Bakhtin**. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná.

FARAGO, France. **A justiça**. Barueri: Manole, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

FISCHER, Michael. **El Etnicismo y las artes postmodernas de la memoria.** Barcelo: Júcar, 1991.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura global.** Petrópolis : Vozes, 1994.

FELDMAN-BIANCO, Bela (org). **A antropologia das sociedades contemporâneas**. São Paulo: Global, 1987.

FISCHER, Michael. **Da antropologia interpretativa à antropologia crítica**. Anuário Antropológico 83, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis : Editora Vozes, 1997.
_____. Teoria, técnica e prática – A tarefa de uma nova Antropologia. In: **Nova Antropologia: o homem em sua existência biológica, social e cultural**. H. G. Gadamer e P. Vogler (org.). São Paulo : Ed. da Universidade de São Paulo, 1977.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.
_____. **Negara**: O Estado teatro do século XIX. Lisboa: Difusão Editorial, 1991.
_____.**O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa – Petrópolis: Editora Vozes, 1997.
_____. **Nova luz sobre a antropologia** – Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GELLNER, Ernest. **Antropologia e política**. Revoluções no bosque sagrado. Rio de Janeiro,: Zahar, 1997.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social**: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

GOLDMANN, Lucien. **Dialética e cultura**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1967.

GOMES, Luiz Flávio. **Ato da Corregedoria de São Paulo impede o castigo justo e civilizado**. 2008. Disponível em http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080207090447104&mode=print.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica** – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRANGER, Guilles Gaston. **Filosofia do estilo**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

GRIFFITHS, John. **What is legal pluralism?** 1986, http://irs.ub.rug.nl/dbi/435798f5ac48c

GUIRAUD, Pierre. **A estilística**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1969.

GURVITCH, Georges. **Os quadros sociais do conhecimento** – Rio de Janeiro: Moraes Editores, 1969.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Propedêutica filosófica**. Rio de Janeiro: Edições 70, não datado.

HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores)

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (os pensadores).

HUNT, Lynn. **A nova história cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

IANNI, Octávio. **Sociologia da sociologia**. São Paulo: Ática, 1989.
_____. As ciências sociais na época da globalização. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. n. 37, vol.13, Anpocs, SP, 1998.
_____. Língua e sociedade. In: André Valente (organizador). **Aulas de Português**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ISER, Wolfgang. **O fictício e o imaginário**: perspectivas de uma antropologia literária. Rio de Janeiro: Eduerj, 1996.

JACOBY, Russell. **O fim da utopia**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

JAMES, William. **Pragmatismo**: textos selecionados. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os pensadores)

JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**: a lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Editora Ática, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
_____. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KROTZ, Esteban, ed. **Antropología jurídica**: perspectivas socioculturales em el estúdio del derecho. Barcelona: Anthropos Editorial, 2002.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1991.

KUPER, Adam. **Cultura**: a visão dos antropólogos. Bauru, SP: EDUSC, 2002.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

LATOUR, Bruno. **Ciência em ação**: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora – São Paulo: Editora UNESP, 2000.

_____. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.
_____. **The making of law**: an ethnography of Conseil d'État. Malden, MA: Polity Press, 2010.

LEPENIES, Wolf. **As três culturas**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural dois**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
_____. A crise moderna da antropologia. In: **Revisa de Antropologia**. Vol. 10, n. 1 e 2.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LOCKE, John. **Tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (os pensadores).

LÖWY, Michael. Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Os argonautas do pacífico ocidental.** São Paulo: Abril, 1978 (Coleção os Pensadores).
_____. **Crimen y costumbre en la sociedad salvaje**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1973.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Editora Cultrix, não datado.

MARCUS, George. **Problemas de la etnografia contemporánea en el mundo moderno.** Barcelona: Júcar, 1991.

MARQUES GUEDES, Armando. **Entre factos e razões**: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

MARTINET, André. **A lingüística sincrônica**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1974.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política; Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar**. São Paulo: Abril Cultural, 1982 (Os economistas).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MERCIER, Paul. **História da Antropologia**. São Paulo: Editora Moraes.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOORE, Sally Falk. **Law and anthropology**: a reader. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2009.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Lisboa: Publicações Europa América Ed., 1982.

NADER, Laura. **Law in culture and society**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. **Obras incompletas**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores)

Os pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os pensadores)

PEIRANO, Mariza. **Uma antropologia no plural**. UNB, Brasília, 1991.
_____. **A favor da etnografia**. Versão original. UNB, Brasilia, 1992.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores)

PERELMAN, Chaïn. **Tratado da argumentação** – São Paulo: Martins Fontes, 1996.
_____ . **Retóricas** – São Paulo: Martins Fontes, 1997.
_____. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIAGET, Jean. **Psicologia e epistemologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

PLATÃO. **Diálogos**: O banquete – Fédon – Sofista – Político. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores)

POIRIER, Jean. **Una historia de la etnologia**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2003.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1988.
_____. **História e verdade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

RABINOW, Paul. **Antropologia da razão**: ensaios de Paul Rabinow. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.
_____**Las representaciones son hechos sociais**: modernidade Y postmodernidad en la antropologia. Barcelona: Júcar, 1991.

RAMALHO, José Ricardo. **Mundo do crime**: a ordem pelo avesso – Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

RESWEBER, Jean-Paul. **A filosofia da linguagem**. São Paulo: Editora Cultrix, 1982.

REYNOSO, Carlos. Representación. In: _____ (comp.) **El surgimento de la antropologia posmoderna.** México: Gedisa, 1991.

ROMEYER-DHERBEY, Gilbert. **Os sofistas**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade** – Rio de Janeiro : Relume-Damará, 1997.

ROSEN, Lawrence. **Law as culture**: an invitation. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (os pensadores).

RUBIM, Christina de Rezende. A objetividade como critério de cientificidade na antropologia. In: **Temática**, Campinas, n. 2, p. 141-180, jul/dez. 1994.
_____. A constituição e o ser da antropologia: problemática e método. **Estudos de Sociologia,** n. 7, p. 119-146, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice** : o social e o político na pós-modernidade – 3ª ed. – São Paulo : Cortez, 1997.
_____. **Introdução a uma ciência pós-moderna** – Rio de Janeiro: Graal, 1989.
_____ (org.). **A Globalização e as ciências sociais** – São Paulo: Cortez, 2002.
_____. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 1991.

SCHWARTZMAN, Simon. Os Dinossauros de Roraima (ou, a sociologia da ciência e da técnica de Bruno Latour) in **A redescoberta da cultura**. São Paulo: EDUSP, 1997.

SEGRES, Cesare. **Os signos e a crítica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974. (Debates)

SCHELER, Max. **El saber y la cultura**. Madri: Revista de Occidente, 1926.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SPINOZA, Benedictus de. **Pensamentos metafísicos**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

STARR, J. and COLLIER, J. (eds.). **History and power in the study of law**: new directions in legal anthropology. Cornel University Press, 1989, p. 2.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental**: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

TAMANAHA, Brian Z. **Understanding legal pluralism**: past to present, local to global, in http://www.law.usyd.edu.au/slr/slr30_3/Tamanaha.pdf.

TAVARES RODRIGUES, Maria das Graças. **A visão do mundo através de um texto**: a coerência como atividade epistêmica. Marília, SP: UNESP/FFC, 1996.
_____ **A subjetividade invertida**: o "sumiço da flor" na teia semiótica da episteme cognitiva. A realidade representaciona na escrita de crianças. Marília, SP: UNESP/FFC, 2001.

TEDLOCK, Denis. A tradição analógica e o surgimento de uma antropologia dialógica. **Anuário Antropológico 85**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 183-203, 1986.

TODOROV, Tzvetan. **Os gêneros do discurso**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980.

TRAJANO FILHO, Wilson. "Que barulho é esse, o do pós-moderno?". In: **Anuário Antropológico 85**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

TYLER, Stephen. **Etnografia postmoderna**: desde el documento de lo oculto al oculto documento. Barcelona: Júcar, 1991.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WEBER, Max. A 'objectividade' do conhecimento nas ciências e na política sociais. **Sobre a teoria das ciências sociais.** Lisboa : Presença, 1974.
_____. A ciência como vocação. In: GERTH, Hans; MILLS, Wright. Max Weber. **Ensaios de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1979.
_____. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Pioneira, 1981.
_____. **Economía y sociedad**. México: Fondo de Cultura, 1984.

WILDE, Oscar. **De profundis e outros escritos do cárcere**. Porto Alegre: L&PM, 2002.

WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social e sua relação com a Filosofia**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

WITTGEINSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico e Investigações filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.