



OFICINA DO CES

ces

Centro de Estudos Sociais
Laboratório Associado
Faculdade de Economia
Universidade de Coimbra

ADALMIR LEONIDIO

**FUNDAMENTOS PARA O ESTUDO DA CULTURA
JURÍDICA NO BRASIL**

**Maio de 2012
Oficina nº 384**

Adalmir Leonidio

Fundamentos para o estudo da cultura jurídica no Brasil

**Oficina do CES n.º 384
Maio de 2012**

OFICINA DO CES

Publicação seriada do

Centro de Estudos Sociais

Praça D. Dinis

Colégio de S. Jerónimo, Coimbra

Correspondência:

Apartado 3087

3000-995 COIMBRA, Portugal

Adalmir Leonidio

Universidade de São Paulo

Fundamentos para o estudo da cultura jurídica no Brasil*

Resumo: O objetivo do texto é pensar as raízes históricas da mentalidade predominante entre magistrados brasileiros, mormente no que se refere à seletividade da lei penal, quando se trata das camadas mais pobres do país, isto é, uma cultura que se posiciona invariavelmente contra os mais pobres.

Palavras-chave: cultura jurídica; pobres; Brasil; história

Introdução

Este texto visa pensar a cultura jurídica no Brasil a partir das especificidades de seu processo de modernização (inclusive jurídica). Trata-se de um estudo introdutório, de caráter teórico e metodológico, que servirá de base a pesquisa empírica a ser desenvolvida no Brasil junto a magistrados que têm intermediado conflitos de terra em uma região de alto potencial conflitivo, o Pontal do Paranapanema, situada no extremo oeste do Estado de São Paulo. Estes estudos buscam, sobretudo, problematizar uma ideia que tem sido colocada com certa insistência por autores contemporâneos que tratam do tema, segundo a qual as relações entre direito e Estado na modernidade capitalista levaram à formação de uma cultura formalista/legalista, bem como ao fato de que as mudanças/crises desse Estado e do direito têm levado a novas concepções de direito e a propostas de reforma do Judiciário em todo o mundo, e, por conseguinte, à formação de uma cultura mais democrática.

Ora, o antropólogo Louis Dumont (1993) destacou em seu trabalho que a característica principal desta cultura moderna é o individualismo, com seus desdobramentos ideológicos de liberdade e igualdade, com base no Direito Natural. Portanto, supomos neste trabalho que este é um elemento essencial para se pensar a cultura jurídica moderna no Brasil. Acontece justamente que no Brasil tem predominado, historicamente, uma cultura personalista, mesmo e apesar da introdução das modernidades política e jurídica (do ponto de vista das ideias, das instituições, etc.). Em outras palavras, o Brasil, apesar de todo formalismo de sua cultura jurídica, tem

* Trabalho apresentado como relatório final de pesquisa realizada no Centro de Estudos Sociais (CES), entre agosto de 2011 e janeiro de 2012, sob tutoria do professor Paulo Peixoto. Trabalho financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

convivido placidamente com as crassas desigualdades entre os membros da nação, uma nação cindida em pedaços e que mal se reconhece na lei.

Portanto, qualquer proposta progressista para o Brasil tem necessariamente que levar em consideração essas desigualdades formais/legais e, por conseguinte, o reforço dos direitos individuais, o que parece ser de fundamental importância para o combate à impunidade no país. Ao mesmo tempo é preciso problematizar/nuançar as novas propostas que têm surgido no campo jurídico, como o pluralismo jurídico, em função da forma como o Brasil se inseriu nesta modernidade jurídica, a fim de que se perceba em que medida tais propostas significam um avanço ou um retrocesso na luta pela afirmação dos direitos humanos. A discussão que se segue, ao mesmo tempo teórica e histórica, pretende exatamente desenvolver esta ideia, com base em ampla revisão de literatura específica sobre o tema.

1. Individualismo, direito e cultura jurídica no mundo moderno

O Direito Natural foi uma das mais importantes manifestações, no plano cultural, do individualismo moderno (Dumont, 1993). Ele corresponde, historicamente, ao desenvolvimento da burguesia mercantil e fabril das mais importantes cidades da Europa central, desde o século XVI. Esta burguesia estava em luta contra os privilégios feudais, que distinguia as pessoas, com marcas de nascimento, entre nobres e plebeus. Estava em luta, portanto, contra uma sociedade rigidamente hierarquizada, onde o poder se encontrava disperso por diversas ordens senhoriais. É por isso que, apesar de constituir-se em uma ficção, conforme veremos mais a seguir, a ideia do indivíduo nascendo sozinho, em estado de natureza, em tese livre e igual a qualquer outro indivíduo, teve efeitos profundos e duradouros sobre a estrutura social moderna, pois ajudou a solapar o valor da hierarquia, o sentimento natural da desigualdade, profundamente enraizado na sociedade, desde a Antiguidade.

Contudo, o Direito Natural não é um produto da modernidade. Existiu antes dele um Direito Natural cristão, baseado na filosofia aristotélica reformulada pelo tomismo. No Direito Natural antigo, baseado na concepção aristotélico-tomista, o homem é um ser social, a natureza uma ordem e a base natural do direito é uma ordem social que se identifica com a ordem da natureza (Almeida, 1995). Para Aristóteles a natureza de uma coisa é aquilo para o que ela tende em seu desenvolvimento e o objetivo para o qual cada coisa foi criada é o que há de melhor para ela. Portanto, se o homem é por natureza

um ser social e todas as coisas são definidas por sua função e atividade dentro da comunidade, o indivíduo autossuficiente não existe nesta sociedade.

Até ao início da era moderna, correspondente ao crescimento das cidades mercantis e fabris e à ascensão da burguesia, predominou uma ordem social hierárquica e estática, correspondente, no plano jurídico-político, como dito, ao esfacelamento do poder (Anderson, 1990), bem como um direito casuístico, venal, marcado pela jurisprudência e o arbítrio dos juízes. As pessoas estavam sujeitas a diferentes ordenamentos jurídicos conforme a situação ou a sua condição social (Santos, 2002: 113). A sociedade medieval era, portanto, uma sociedade pluralista, ou seja, formada por vários ordenamentos jurídicos, que se opunham ou se integravam: havia ordenamentos jurídicos universais acima daqueles que hoje são os Estados nacionais, como a Igreja e o Império; e havia ordenamentos particulares abaixo da sociedade nacional, como os feudos, as corporações e as comunas (Bobbio, 2008 [1993]). Apesar da diversidade de ordens jurídicas existentes até o século XV, quando se iniciou o processo de unificação do direito a partir do direito romano-canônico (Hespanha, 1997), o aristotelismo-tomismo foi a base filosófica sobre a qual se assentou esta diversidade, filosofia essa estranha ao individualismo.

Em contrapartida, para o Direito Natural moderno, os homens não são seres sociais, mas indivíduos, homens que se bastam a si mesmos enquanto imagens de Deus e depositários da razão. Esta ficção do indivíduo, nascendo sozinho, em estado de natureza, foi indispensável para a elaboração das teorias democráticas modernas. Cada indivíduo é uma unidade igual a toda qualquer outra unidade. Porém, estando só, o indivíduo dá-se conta de que está desprotegido, optando voluntariamente por associar-se a outros e, através de um contrato social, definir as bases de governo. A ideia de que o homem é livre para associar-se, está relacionada, portanto, à ideia de igualdade natural entre todos os homens. Assim, os maiores atributos do indivíduo moderno são a igualdade e a liberdade, sobretudo a de propriedade.

Portanto, o Direito Natural moderno deve estabelecer a sociedade ou o Estado ideal a partir do isolamento do indivíduo natural. Para ele, é o contrato social que gera as convenções das quais resultam as formas de governo e de poder, as leis e, portanto, o Direito Positivo, que, no entanto, só é válido se estiver em conformidade com o Direito Natural (Dumont, 1993). Ou seja, o papel da lei é proteger a liberdade de agir e de possuir dos indivíduos, de acordo com os seus direitos naturais. A lei não tem por objetivo, como no Direito Natural antigo, proteger a comunidade e a necessidade dos

seus membros; no entanto, ela deve buscar conciliar o interesse individual e o bem comum. A lei deve, pois, ser a expressão da vontade geral e o instrumento da igualdade de nascimento entre os indivíduos. Com isso, a fundamentação do poder político não deve se dar mais por uma tradição ou pela vontade divina incorporada num monarca, tão pouco por um ato arbitrário de um tirano, mas por uma decisão livre dos indivíduos, através da qual é possível estabelecer um acordo ou contrato que possa reger a coletividade.

O direito à propriedade, à liberdade e à resistência à opressão, de acordo com os dois primeiros artigos da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” francesa, marca, sobretudo, a dualidade da sociedade civil e do Estado, dos direitos do indivíduo e do poder político, resguardando tanto as iniciativas particulares quanto a representatividade do cidadão. São, pois, os fundamentos de uma dada concepção do Estado que tem poderes e funções limitadas - e como tal se opondo à monarquia absoluta de origem divina -, bem como de um governo que é exercido pela maioria que se faz representar (Bobbio, 1988: 7-8). Tem-se aqui, portanto, as bases da teoria de uma sociedade liberal-democrática.

Os dois artigos escondem, no entanto, uma outra dualidade, entre os preceitos de liberdade e igualdade. Todos os indivíduos são livres para adquirirem propriedade, mas nem todos desfrutam igualmente desse atributo, a propriedade privada. Isto é, trata-se de uma igualdade de direito, compatível com a liberdade máxima de cada um, e não de fato. Uma vez que a base do direito positivo é o direito natural de agir e possuir do indivíduo, está excluída qualquer preocupação com as necessidades dos membros da sociedade ou de seus direitos sociais. Os “problemas sociais” são de ordem privada e não pública. Eles só se constituiriam como eixo definidor da cidadania muitos anos depois, em meados do século XX (Marshall, 1950).

Ora, foi precisamente o abandono do valor da hierarquia como base das relações sociais que levou pouco a pouco a uma nítida distinção entre aquilo que era de domínio público e aquilo que é de ordem privada. Todos os atos e gestos elaborados pela sociedade do Antigo Regime – mesmo aqueles mais íntimos, como os relativos à afetividade – têm origem nas pressões da interdependência social e mundana das elites. A “racionalidade de corte”, como mostrou Norbert Elias, servia, em primeiro lugar, para calcular as relações humanas e as oportunidades de prestígio, consideradas como instrumentos de poder. A qualquer hora do dia a atitude de um cortesão podia decidir o seu êxito ou o seu fracasso (Elias, 2001).

A racionalidade burguesa, ao contrário, tem origem nas pressões das interdependências econômicas. Serve, antes de tudo, para calcular as hipóteses de poder baseadas no capital privado ou público. É inegável que a vida privada do burguês também estava sujeita a pressões sociais. Mas só indiretamente se moldava, por pressão da esfera das interdependências profissionais. A verdadeira coação exercia-se agora muito mais sobre a vida profissional, as suas formas e comportamentos, do que sobre a vida privada das pessoas. Era a vida profissional que era agora objeto de todos os cálculos, ponderações e apuramentos (Elias, 2001).

Paralelamente ao fortalecimento da burguesia enquanto classe social, a cidade vai ocupando um lugar central na nova sociedade. Como lembrou Habermas, não é apenas do ponto de vista econômico que a cidade representa para a sociedade burguesa o centro de suas atividades; a cidade, opondo-se à Corte no plano cultural e político, definiu antes de mais nada as premissas de uma esfera pública literária cujas instituições serão os cafés, os salões e as reuniões dos *habitués*. Em outras palavras, a cidade assume também as funções culturais e políticas antes ocupadas pela Corte (Habermas, 1993).

Por último, cabe salientar que a esfera pública é o terreno em que o Estado e a sociedade se opõem. Mas os burgueses são pessoas privadas, e enquanto tais não exercem nenhum poder. É através do uso do raciocínio que opõem ao poder estabelecido o princípio do controle. Ainda segundo Habermas, a ideia que o raciocínio público¹ faz de si mesmo é comandada pelas experiências de ordem privada, que têm como tela de fundo a subjetividade correlativa do público e da esfera de intimidade própria à família nuclear (*ibidem*).

Este solapamento do valor da hierarquia na vida pública é fundamental para o desenvolvimento da cultura jurídica moderna. Como dito, o jusnaturalismo ou Direito Natural desenvolve-se como uma reação à cultura jurídica anterior e à prática que lhe correspondia, marcada pelo despotismo dos tribunais, como afirmou Condorcet (Hespanha, 1997). O remédio seria o recurso aos princípios fixos do direito natural, a reforma da legislação pela edição de códigos e a centralização da edição do direito nas mãos do príncipe. Na França, a restrição do poder dos juízes foi levada a cabo no período revolucionário. Foram então tomadas várias medidas nesse sentido: introdução do júri nos julgamentos penais; obrigatoriedade de motivar a sentença; criação do Tribunal de Cassação para verificar a legalidade das decisões judiciais; instituição do

¹ Sobre o papel da opinião pública em Habermas ver Sérgio Costa (2002).

sistema do *référé législatif*, pelo qual os tribunais eram obrigados a enviar à Assembleia Legislativa as questões jurídicas de interpretação duvidosa (Hespanha, 1997: 165).

O período que vai do fim do século XVIII a meados do século XIX corresponde à instituição de uma nova ordem política e jurídica, correlata, no plano econômico, à nova ordem urbano-industrial burguesa, a que se convencionou chamar capitalismo liberal. O direito sai de sua fase revolucionária – na qual se erige contrário à autocracia dos soberanos, à arbitrariedade dos tribunais e à naturalização do sentimento da hierarquia e da desigualdade, baseado nos privilégios de nascimento – e entra em uma fase conservadora. Apesar de derivar do Direito Natural, o positivismo jurídico, como princípio, difere deste por considerar que todo direito emana do Estado e não de vontades individuais e do acordo entre elas. Esta “teoria estatista” do direito foi, como dito, o produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, que surgiram com a dissolução da sociedade medieval e a fragmentação do poder. O Estado moderno formou-se por meio da eliminação ou da absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores à sociedade nacional, mediante um processo que poderia ser chamado de monopolização da produção jurídica (Bobbio, 2008 [1993]).

A ideia de que a norma jurídica emana exclusivamente do Estado e que a lei é a fonte primeira, senão única, de todo direito, era fundamental para a nova ordem social que se queria. Uma expressão desse desejo de completude do ordenamento jurídico estatal foram as grandes codificações nacionais em vários países ocidentais (Hespanha, 1997: 171-173). “A cada grande codificação (da francesa de 1804 à germânica de 1900) desenvolveu-se entre os juristas e os juízes a tendência a se ater escrupulosamente aos códigos, naquela atitude dos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos que foi chamada de fetichismo da lei” (Bobbio, 2008 [1993]: 265)

A segunda metade do século XIX foi também o tempo em que se viu avançar o cientificismo, uma postura epistemológico que pretendia estender o modelo das ciências naturais às ciências humanas e sociais (Löwy, 1987). Uma vertente particular deste cientificismo e que teve grande número de adeptos na América Latina foi o positivismo de Auguste Comte ou comtismo. Sua preocupação central era com a estabilidade social, dentro de uma nova ordem industrial, contendo o progresso. E este era precisamente o sentido da palavra positivismo, inventada pelo pensador francês: um sistema de ideias que se opunha à ameaça das ideias metafísicas, isto é, “negativas”, “críticas”, “anárquicas”, “dissolventes” e “subversivas” da filosofia do Iluminismo e do

liberalismo mais radical. Opunha-se assim ao avanço das intenções democratizantes da Revolução Francesa (Leonidio, 2007).

No direito, esta perspectiva epistemológica ficou conhecida como naturalismo jurídico. Trata o direito como um fato social, desvalorizando seus desígnios normativos e procurando explicá-lo a partir da realidade social envolvente. Entre suas correntes principais, podemos destacar o positivismo sociológico e o institucionalismo: a ordem social e política não se fundava num acordo de vontades que melhor garantisse os direitos naturais e prévios dos indivíduos, mas nas condições e exigências objetivas da vida social concretizadas em instituições como a família, a paróquia, o município, a província, a nação, a humanidade. O Estado representava o cume da organização social. Foi o positivista francês Émile Durkheim o primeiro a elaborar uma crítica sistemática da pandetística. Do ponto de vista da teoria social, Durkheim considerava que a ordem social, política e jurídica não repousava nem no acordo das vontades individuais (como defendia o jus-racionalismo) nem na vontade disciplinadora do Estado (como queria o legalismo estatal), mas nas solidariedades sociais objetivas geradas pela especialização e pela divisão das funções sociais. Nesta linha seguiram juristas como Léon Duguit (1859-1928) e Marice Hauriou (1856-1929).

Foi grande a influência desta corrente no direito criminal oitocentista. Seu fundamento epistemológico está baseado na busca, por um lado, de identificar fatores criminológicos objetivos (as causas do crime) e, por outro, na tentativa de adequar-lhes terapêuticas corretivas. Paralelamente, o positivismo teve duas outras consequências fundamentais para a cultura jurídica, que em certo sentido se apresentava como uma postura antilegalista e anti-individualista. Primeiro, recusou a identificação entre direito e lei, chamando a atenção para um direito surgido das próprias instituições sociais, existente para além da vontade estadual expressa na lei. Depois, armou metodologicamente a crítica aos fundamentos ideológicos individualistas e contratualistas da pandetística. Em Portugal, esta corrente do pensamento jurídico influenciou autores como Jaime Gouveia, Manuel Rodrigues (1889-1946), Manuel Emídio Garcia (1838-1904), entre outros. Muitos deles influenciaram o Estado Novo salazarista (Hespanha, 1997: 202-213). Esta corrente também se constituiu em fervorosa moda no Brasil, entre os séculos XIX e XX, como veremos.

Apesar das nuances próprias ao pensamento e à cultura jurídica moderna, que se observa ao longo dos séculos XVIII e XIX, como visto, o que permanece no fundo, como valor fundante desta cultura e que está na base do moderno Estado Democrático de

Direito, é o sentimento de igualdade perante a lei e a capacidade do Estado de fazer valer os direitos fundamentais da pessoa, apesar de as leis do mercado estabelecerem a desigualdade no seio da sociedade.

2. Crises do liberalismo clássico e transformações no direito e na cultura jurídica moderna

Como dito anteriormente, durante o desenvolvimento e a consolidação do capitalismo, ao longo do século XIX, a cultura jurídica, assente no positivismo, tendeu a priorizar o direito privado, desvinculado de qualquer conteúdo social. A cidadania estava definida em termos de direitos individuais, civis e políticos. Como visto, esta cultura teve um efeito revolucionário, que foi libertar as relações sociais dos vínculos e das hierarquias do Antigo Regime (Santos, 2002). Ao fazê-lo, assegurou a reprodução de um mercado competitivo, capaz de se autorregular, através da garantia dessas liberdades individuais, ditas negativas, mas também fortaleceu o sentimento de igualdade perante a lei, fundamental ao desenvolvimento da democracia.

Em seu modelo liberal, o Estado existe para garantir a liberdade dos indivíduos contra qualquer forma de corporativismo ou inclusive contra o próprio Estado. E para garanti-la o Estado detém o monopólio tanto da violência quanto do poder jurídico. Em contrapartida, ele renuncia a intervir nos campos econômicos e sociais que são de caráter puramente privados. Contudo, a redução da capacidade autorreguladora da sociedade civil levaria a uma intervenção crescente do Estado na questão social e na economia, conformando um novo tipo de Estado, o Estado social² (Roth, 1995; Novais, 1987).

Em fins do século XIX e princípios do XX, as mudanças observadas no capitalismo, mormente a concentração do capital industrial, comercial e financeiro, bem como a proliferação de cartéis e monopólios, puseram fim ao mercado competitivo e autorregulável. A par disso, a separação clássica entre Estado e sociedade civil passa por transformações graduais, em dois sentidos principais. Primeiramente, houve uma crescente tendência de intervenção do Estado na economia, não apenas no sentido de controlar os mercados, como também de garantir os interesses empresariais em expansão, o que acabou por desenvolver um interesse autônomo do Estado na intervenção como meio de garantir a reprodução da enorme organização burocrática

² Conhecido também como Estado de Bem-Estar Social ou Estado-providência.

criada. Depois, houve uma tendência crescente também de reconhecimento político das externalidades sociais do desenvolvimento capitalista, resultante do crescimento do movimento operário e sua luta por direitos (Hobsbawm, 1987). Resultaram disto conquistas como segurança de emprego, salários mínimos, subsídios e indenizações aos trabalhadores, fundos de pensões, educação pública, saúde e habitação, entre outras (Santos, 2002: 136-137).

Tais transformações no Estado e em suas relações com a economia e a sociedade resultaram em mudanças significativas no campo do direito, daí resultando não só o surgimento de novos direitos, como o direito econômico e o direito social, como também alterações no próprio funcionamento do direito estatal. E a principal mudança está relacionada ao fato de que ao lado da utilização do direito pelo Estado, a juridicização crescente da vida social tornou possível o uso do direito em contextos não estatais e até contra o Estado. Mas, ao mesmo tempo, o direito tornou-se ainda mais estatal, na medida em que se entranhava nas realidades sociais que pretendia regular ou constituir, como a família, o trabalho, a educação, a saúde, entre outras (Santos, 2002: 138-140). Pode-se falar assim em uma nova ordem jurídico-constitucional em que a dimensão social é incorporada ao Estado Democrático de Direito (Novais, 1987).

Contudo, desde o início da década de setenta, o Estado-providência vem sofrendo um processo de deterioração gradativo e acelerado.³ Como mostra Boaventura de Sousa Santos, as duas promessas mais realistas da modernidade capitalista – a de uma distribuição mais justa dos benefícios sociais e a de um sistema político estável e relativamente democrático – mostraram-se falíveis em vários sentidos: aumento da desigualdade social e da pobreza em todo o mundo, terceiromundização de países do centro do capitalismo, minimização das políticas sociais do Estado, novas formas de autoritarismo e de degradação do Estado Democrático de Direito, entre outros (Santos, 2002: 142-143).

Este processo de deterioração do Estado parece estar ligado à expansão e hegemonização crescente do mercado em nível mundial, processo este conhecido como globalização neoliberal. Sob pressão do capital financeiro, bem como das grandes corporações mundiais e de seus organismos representativos, o Estado tem reduzido seu papel na economia e na sociedade, bem como sua responsabilidade na promoção do

³ Em função da intensidade das mudanças, Boaventura de Sousa Santos (2002) tem chamado a esta fase de “capitalismo desorganizado”, na medida em que as formas tradicionais de organização social estão a ser desmanteladas, sem no entanto se vislumbrar o que virá a substituí-las.

bem-estar social. O que se tem chamado cingicamente de “flexibilização do trabalho” é na verdade um eufemismo que oculta a realidade de precarização das relações salariais, “causa e efeito do declínio dos mecanismos corporativos (legislação laboral, justiça do trabalho, etc.) e das organizações que os mobilizavam, principalmente dos sindicatos” (Santos, 2002: 144). Paralelamente tem aumentado o subemprego e o desemprego estrutural, bem como o aumento do setor informal da economia em todo o mundo.

Esta crise do Estado-providência acabou por desenvolver uma série de debates a respeito da validade e eficácia das instituições do moderno Estado de direito na contemporaneidade. Do ponto de vista do tema que nos interessa aqui, o império da lei tem sido atacado, tanto em nome da irredutibilidade de cada caso e da liberdade de apreciação do juiz a isso ligada, como em nome das ideias de concertação e de negociação. Isto é, a instituição da justiça oficial, como a única instância de resolução de conflitos tem sido vigorosamente criticada. Segundo este ponto de vista, para além da normatização estatal, fervilham na sociedade mecanismos múltiplos de organização e de disciplina sociais (Hespanha, 1997). Neste sentido, um dos debates centrais da atualidade tem se dado em torno da juridicização do mundo social e político e suas consequências destrutivas das dinâmicas próprias das diferentes esferas sociais, em nome do pluralismo jurídico e político (Santos, 2002: 146-151). Nesta perspectiva, existem na sociedade múltiplos mecanismos de normação e de resolução de conflitos que é preciso considerar.

Tais discussões têm se acirrado em um quadro de crises que os tribunais parecem enfrentar em todo o mundo, ao mesmo tempo em que cresce o seu protagonismo. Nos países centrais, esse protagonismo é o sintoma de uma dupla crise de legitimidade do Estado: crise das instituições democráticas, na medida em que parece haver uma crescente perda de transparência da governação; mas também crise do Estado social, na medida em que ele se mostra incapaz de manter as altas expectativas dos cidadãos em relação à garantia de direitos, tais como segurança no trabalho, saúde, educação, proteção ao meio ambiente, entre outros, bem como proteção contra as violações por parte de poderosos agentes privados. A tradição liberal é de um judiciário fraco, reativo, cingido à aplicação da lei quando demandado pelos cidadãos (os EUA são a exceção e não a regra). Isto é, o crescimento do protagonismo do judiciário corresponde a um enfraquecimento do Estado, ao desaparecimento do Estado Providência (Santos, 2002: 151-152).

Nos países periféricos, o protagonismo tem a ver com a transição democrática, bem como com a própria construção de um Estado de direito (Santos, 2002: 156). Este ponto parece fundamental para a discussão sobre a cultura jurídica no Brasil, como veremos nas seções seguintes. Contudo, há que fazer duas observações fundamentais. Primeiro, os problemas enfrentados com a construção de um Estado de direito no Brasil têm raízes ancestrais e estão relacionados ao fundamento escravista de sua estruturação de classes. Depois, o primado do Estado de direito e a alta prioridade dada à reforma dos sistemas judiciais estão relacionados às necessidades econômicas do neoliberalismo, mormente a de uma justiça rápida, que facilite as transações econômicas e financeiras.

Segundo o ponto de vista destas críticas, a crise é ao mesmo tempo de eficácia e legitimidade. E para contorná-la é preciso reconhecer que os tribunais, apesar de se constituírem em um importante recurso público de justiça, não são o único (Gomes, 2011: 16). Existe uma série de meios alternativos de resolução de conflitos, conhecidos pela sigla ADR (Alternative Dispute Resolution), tais como os tribunais arbitrais, os serviços de mediação ou julgados de paz. Como bem acentua Conceição Gomes, não se trata nestes casos de pluralismo jurídico, mas de alternativas aos tribunais judiciais, surgidas como resposta à sua ineficácia (Gomes, 2011: 20).

A morosidade tem se constituído em um dos maiores responsáveis pela deslegitimação social dos tribunais, levando a novas tendências de informalização e desjudicialização dos litígios. Porém, se em certas áreas os ADR podem e devem se constituir numa alternativa efetiva aos tribunais judiciais, noutras podem se constituir um risco sério de vulnerabilização da parte mais fraca na contenda, como nos conflitos laborais, por exemplo. Isto acontece porque nestes casos se ignora o fato da desigualdade social entre as partes em litígio. Por isso, ao invés de um sentido progressista, os ADR podem assumir um sentido bastante reacionário (*ibidem*: 23).

A crise de legitimação dos poderes executivo e legislativo, relacionada em particular a este momento neoliberal da economia mundial (corrupção, precariedade do trabalho, aumento da criminalidade grave, da violência, etc.), tem levado os cidadãos a virarem-se cada vez mais para os tribunais como a última via para fazerem valer direitos constitucionais. “Além da litigação clássica entre particulares, é crescente a demanda dos tribunais contra o Estado” (*ibidem*: 26). Mas isso tem exposto os tribunais a um tipo de litigação para o qual não estava preparado. O que tem transformado as expectativas em percepções negativas.

Para José Manuel Pureza, a crise atual da justiça europeia, aquela dos países centrais do capitalismo, é a crise de uma visão que restringe a cidadania que cabe nos tribunais. Ela está relacionada ao predomínio, na cultura jurídica e política moderna, de uma visão liberal da cidadania, centrada nos direitos civis e políticos, como o direito de propriedade, o direito de iniciativa, o direito à livre disposição da vontade individual e os direitos à liberdade de pensamento e expressão, direitos que se voltam contra o Estado e contra todos. Mas ao mesmo tempo que esses direitos de cidadania têm como condição o acesso aos tribunais, há uma crescente neutralização política do poder judicial. Isto é, a garantia dada pelos tribunais à “cidadania negativa” era uma garantia que resultava da capacidade do poder político – leia-se: o Legislativo – de garantir a lei. Esta submissão à lei condenou os tribunais a um perfil de atuação divorciado da conflitualidade social então emergente (Pureza, 1999: 48).

As críticas a esta matriz cultural relativamente à cidadania tem valorizado dois aspectos principais do problema. Primeiramente, elas dizem respeito àquilo que os autores têm chamado de juridicização da questão social, que começa a aparecer na segunda metade do século XX. Os chamados direitos sociais, articulados em torno do valor da igualdade, passaram a exercer forte pressão sobre o Legislativo, mas ao mesmo tempo quebrou a neutralidade política dos tribunais. Por outro lado, houve uma “judicialização da prática e do discurso políticos”, na medida em que, em alguns países, passou-se a travar uma batalha judicial contra a corrupção. Isto acabou por conferir maior visibilidade aos tribunais.

Contudo, o que se observa é que, sobretudo nos países onde não se desenvolveu um Estado de Bem-Estar Social, como Portugal, os direitos sociais permaneceram fora do âmbito da intervenção judicial, “realçando uma visível discrepância entre um quadro jurídico-institucional avançado, semelhante ao dos países centrais, e práticas sociais ainda muito recuadas” (*ibidem*: 51). Este contexto torna necessária “uma nova cultura judiciária, mais democrática e mais sensível aos direitos humanos” (*ibidem*: 53), isto é, que potencialize a igualdade social.

José Manuel Pureza sustenta, todavia, sérias dúvidas em relação ao protagonismo dos tribunais no contexto das lutas sociais. Primeiramente, porque a canalização das lutas sociais para o campo da legalidade é um “evidente processo de redução”. Depois, porque a globalização do modelo do Estado de direito, centrado nos valores de liberdade, está impondo, em escala mundial, um enquadramento jurídico e institucional que dê garantias de previsibilidade, de proteção dos direitos de propriedade e de

iniciativa e dê segurança aos investimentos e aos movimentos financeiros e que exclua os novos desafios da cidadania e da democracia, isto é, um enquadramento jurídico que reforça a livre expansão dos mercados, ao mesmo em que se desmoronam as garantias sociais (*ibidem*: 54).

Em outras palavras, a crise do Judiciário tem a ver com a crise do próprio Estado e o avanço das políticas neoliberais, cujo ideal é uma neutralização política crescente do judiciário, como também do conjunto do Estado, que se desejaria definitivamente arredado de qualquer interferência na dinâmica “natural” da sociedade civil. Neste sentido, segundo os comentários de Pedro Bacelar à apresentação de José Manuel Pureza, “é bom que os problemas políticos não se reduzam a questões judiciais”, apesar de as lutas sociais poderem se utilizar, com certa vantagem, da litigiosidade judicial (*ibidem*: 55). Em outras palavras, embora o direito possa apresentar-se com um grande potencial emancipatório (Santos, 2002; Duarte, 2011), as lutas sociais e o problema da cidadania não se podem reduzir a um simples problema de ampliação do acesso aos tribunais.

No entanto, para uma aproximação fecunda dos movimentos sociais com os tribunais parece ser de fundamental importância uma mudança na cultura jurídica, na medida em que ela se aproxime mais da linguagem e dos valores da cidadania. Para Francisco Teixeira Mota, estes valores são tão mais distantes dos magistrados quanto mais os litígios galguem as instâncias superiores dos tribunais (Pureza, 1999: 59). Isto é, em Portugal, sempre que podem, os tribunais superiores esquecem-se dos direitos fundamentais.

O que parece mais grave, contudo, neste cenário de avanço agressivo das políticas neoliberais e de crises em vários sentidos, e que tem merecido pouca apreciação crítica por parte dos autores (Hespanha, 1997; Santos, 2002; Duarte, 2011) é o recuo do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, recuo da própria “cultura democrática” necessária a uma justiça mais democrática (Santos, 2007), precisamente naqueles países onde os direitos foram concebidos como idealmente iguais para todos, onde, embora se reconheça que as leis do mercado restabelecem a desigualdade social, as pessoas sentem-se iguais no plano jurídico e fazem valer esse seu sentimento. O ordenamento jurídico internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e Convenção Contra a Tortura e Outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou degradantes de 1984) se constituía numa garantia dos direitos civis e políticos, estendendo teoricamente a todos o direito à

vida, à liberdade e à segurança pessoal, e proibindo a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, ao mesmo tempo abrangendo, em sua elaboração, os direitos das minorias (Almeida, 2007).

Contudo, essa situação vem se alterando desde o segundo milênio, tendo como ato simbólico o 11 de setembro. Sob a consigna de “Guerra ao terrorismo”, os direitos de estrangeiros passaram a ser atacados a partir do *USA Patriot Act*, promulgado ainda no fim de 2001, nos EUA, seguido de legislação semelhante no Reino Unido e em outros países europeus: prisões arbitrárias, deportações, julgamentos sem as garantias legais devidas à defesa, e até tortura (*ibidem*: 4). Daí Norberto Bobbio dizer que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos humanos, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los (Bobbio, 2008).

3. Escravidão, patriarcado rural e mentalidades no Brasil

A sociedade brasileira estruturou-se a partir da grande exploração rural trabalhada por escravos, configurando-se como uma sociedade de raízes rurais. Na organização dessa grande propriedade tinha-se, no centro e congregando em si, como grupo social à parte, todos os privilégios, o chefe de uma extensa família, o senhor de escravos. Abaixo deste, segregados pelo padrão hierárquico, a mulher e os filhos; e por último os escravos, que, como definiu o padre André Antonil (1649-1716), eram “os pés e as mãos do senhor” (Antonil, 1982). Ampliando esse esquema familiar da organização social, vinham os agregados ou moradores de favor, isto é, os homens pobres e livres que não encontravam um lugar na economia colonial e vagavam pelos campos em busca de terra para plantar (Prado Jr., 1995: 286-289). O laço que unia socialmente os indivíduos nesse círculo familiar ampliado era de dependência pessoal, uma relação simples entre favorecido e benfeitor. É, portanto, o espírito de facção, de fidelidade, o principal fator de coesão social na sociedade colonial (Holanda, 1995: 79-85).

Como vimos, a esfera pública burguesa é a intermediação necessária entre a família e o Estado. No Brasil, nos domínios rurais, foi o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano canônico que prevaleceu como base e centro de toda a organização. Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar mantém-se imune a qualquer restrição ou abalo. O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. Neste tipo de organização, a entidade privada confundia-se com a pública e a família colonial fornecia a ideia mais

normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens (Holanda, 1995). Não predominou, portanto, nas formas de convívio, instituições e valores brasileiros, o princípio individualista da organização social.

Portanto, estava ausente uma cultura que tivesse o indivíduo como centro e polo irradiador das relações sociais. O indivíduo encontrava-se preso à comunidade doméstica, ao círculo familiar. O predomínio da ideia de família, de tipo patriarcal, criou obstáculos à formação de uma sociedade que pudesse encarnar a ficção moderna de homens nascendo livres e iguais. Como visto, a teoria igualitária liberal recorre às leis da troca mercantil e à “identidade natural” de interesses, a fim de assegurar a ordem e a satisfação geral. Na sociedade brasileira, centrada na unidade agroexportadora trabalhada por escravos, predominaram as vontades particulares que encontravam seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Daí a dificuldade de desenvolvimento, entre detentores de posições públicas, de uma mentalidade que compreendesse a distinção fundamental entre público e privado.

A ascensão dos centros urbanos no século XIX mobilizou uma variedade grande de ocupações tipicamente citadinas, como a atividade política, a burocracia, as profissões liberais. Mas tais ocupações couberam, principalmente, às elites rurais e sua clientela, que carregam para as cidades a mentalidade e o teor de vida que eram atributos de sua condição rural. Há assim uma completa invasão da cidade pelo campo, do urbano pelo rural, correlativo àquela invasão do público pelo privado de que falamos.

Em uma sociedade de tal forma instituída, com os papéis sociais muito bem marcados, de escassa mobilidade e onde a ascensão social em tudo dependia das relações de parentesco e amizade, não havia lugar para o desenvolvimento do modo de vida e do universo de valores burgueses. Assim, não se forma no meio urbano uma classe burguesa autônoma e capaz de se opor ao modo de vida predominante no campo. Ao contrário, vivendo na órbita do campo, a cidade busca imitá-lo, copiando seu modo de viver, suas instituições e absorvendo sua mentalidade. Todos são tragados pelo ideal de prestígio, de fidalguia, típico das elites rurais do país.

Por isso, Sérgio Buarque de Holanda nos fala em uma firme repulsa a todas as modalidades de racionalização e de despersonalização que resiste ao tempo. Na esfera econômica, o freguês ou cliente há de assumir de preferência a posição do amigo. Ora, como vimos, na esfera pública burguesa tendem a predominar virtudes como honorabilidade e exatidão, diversas da lealdade devida a superiores, amigos e afins. No Brasil a própria gestão política aparece como assunto de interesse privado. A escolha

dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias.

A independência política do país não chegou a mudar substancialmente o quadro da sociedade brasileira que se gestou durante o período colonial, pois esteve reduzida, sob a égide de um estado imperial extremamente centralizado, à unidade territorial. O “mito nacional”, construído de diferentes formas depois de 1822,⁴ não conseguiu ir além de um cimento artificial, externo, criado de cima para baixo, não constituindo fator de coesão da população. Permanecia uma forma de ver as pessoas da nação, uma mentalidade que nunca admitia que cada homem ou mulher é um indivíduo com direitos iguais aos outros. Assim a Independência não foi capaz de conformar um sentimento de solidariedade nacional que unisse todos os seus cidadãos, ao menos no respeito aos direitos humanos, acima das classes, da raça e sobretudo da fortuna. A nação estava dividida ao meio, sobre um abismo que separava senhores de escravos, cidadãos de não cidadãos, pobres de ricos, como de resto continua até os dias de hoje.

Além disso, a sobrevivência dos mandonismos locais com o coronelismo, e com ele o prolongamento no tempo e no espaço da corrupção, da venalidade, do nepotismo, das relações baseadas nas trocas de favores, mostra a força de uma maneira peculiar de ver a coisa pública que deita raízes nos dias de hoje, uma maneira que não distingue completamente público e privado, vendo as pessoas sempre de forma hierarquizada e sobrepondo à lei e ao interesse público as vantagens pessoais que se possam tirar em casos concretos.

Mas apesar do descompasso com a Europa moderna, o Brasil não ficou imune às ideias mais avançadas da época, que aqui se difundiram desde bem cedo. Contudo as correntes do pensamento moderno não surgiram no país, a partir de fins do século XVIII, de forma espontânea, como parte de seu desenvolvimento histórico.⁵ Chegaram através de uma elite de letrados, filhos de fazendeiros e sua clientela, que haviam estudado em Coimbra ou em Paris e tomado contato com o ideário burguês, em efervescência por toda a Europa. Assim sendo, encontraram uma mentalidade gestada por quatro séculos de colonização e com a qual deveriam se harmonizar. Que limites então este contexto

⁴ No período pós-independência sucedem-se gerações de intelectuais, ligados a diferentes movimentos artísticos e de ideias, tal como o romantismo, que se esforçam heroicamente para criar os parâmetros definidores da nação.

⁵ Este parece ser o núcleo central da argumentação de Roberto Schwarz sobre “as ideias fora do lugar”, exposta em seu livro *Ao vencedor as batatas* (1981), em que analisa as obras literárias de José de Alencar e Machado de Assis.

pôde representar para essa nova forma de pensar, de estar e de sentir que surge a partir da Independência política do país?

Como vimos, o Brasil da primeira metade do século XIX, com uma urbanização já relativamente desenvolvida, porém assentada em uma economia totalmente ainda voltada para a mesma produção agroexportadora e escravista, conservava praticamente intactos os hábitos tradicionais de viver e pensar (Almeida, 1999). A influência da mentalidade burguesa encontra resistências e gera adaptações em nome da mentalidade derivada das raízes rurais e coloniais. Assim, as ideias do Iluminismo, que forneciam o “conteúdo” ideológico da burguesia em luta contra o Antigo Regime na Europa, inspiraram grandemente as lutas anticoloniais no Brasil; porém, foram adotadas apenas parcialmente e com sentido um tanto diverso. O que houve no Brasil não foi exatamente a Ilustração. A vertente reformista e conciliadora que aqui chegou não cultivou necessariamente a ideia de cidadania e os princípios democráticos, mormente o princípio ou valor da igualdade formal dos indivíduos.

A “crise do sistema colonial” (Novais, 1993) coincidiu com a crise das formas absolutistas de governo em toda a Europa. As ideias do Iluminismo e do Direito Natural, doravante o centro da teoria política e do pensamento social, como visto, iriam fornecer os argumentos teóricos de que necessitavam as populações coloniais para justificarem sua rebeldia. Os interesses da Coroa eram identificados com os da Metrópole e, por isso, anticolonialismo era para eles também crítica ao poder indiscriminado dos reis, afirmação do princípio de soberania dos povos (Costa, 1987).

Como visto, com a Revolução Francesa a nova classe burguesa, refletindo as transformações econômicas por que passara a Europa e pretendendo-se dominante, precisava alijar do poder as antigas classes, abolindo os privilégios da nobreza e suas instituições representativas. Mas para isso precisava propor as suas ideias de forma ideal, ou seja, universal, como única racional possível. De tal forma que as ideias de igualdade e liberdade pudessem ser sentidas por todos como uma poderosa arma contra a nobreza e os valores de hierarquia, que excluía a possibilidade de mobilidade social das classes inferiores da população. No Brasil não havia uma classe que pudesse representar esses valores, importados da Europa. Os adeptos das ideias liberais pertenciam às categorias rurais e sua clientela.

As camadas senhoriais, empenhadas em conquistar e garantir a liberdade de comércio, bem como a autonomia administrativa e judiciária, não estavam dispostas a renunciar ao latifúndio ou à propriedade escrava. A ideia de revolução esbarrava sempre

no receio de uma revolta de escravos. Esta situação levou as elites rurais (racistas e escravocratas) a repelir as formas mais democráticas de governo e a temer qualquer mobilização de massa. A condição necessária da revolução para essas elites era a manutenção da ordem e a garantia de seus privilégios. Assim, a ideologia política brasileira ficou imune à preocupação com os direitos individuais e os princípios de igualdade e liberdade, mas, sobretudo, alimentou entre as camadas ilustradas uma verdadeira fobia à ideia de revolução.

Assim, a Carta constitucional de 1824 perfilou em linhas gerais o modelo liberal, incorporando seu receituário de direitos e de garantias. Mas, ao mesmo tempo, buscou conciliá-lo com a natureza patrimonial das instituições herdadas da administração colonial: restrição da participação política, instituição do Poder Moderador, com poderes para dissolver a própria Constituição, veto à magistratura do direito de inamovibilidade, entre outras mudanças conservadoras (Adorno, 1990). Porém, a maior contradição estava expressa no próprio fato de que ela se cala perante a existência da escravidão, apesar de dizer ser a Carta de “todos os brasileiros”, que formam uma “nação livre e independente”.

Como dito anteriormente, a exploração econômica se dava com base na relação entre senhores e escravos. Entre essas duas classes sociais, no entanto, gravitava todo um tipo de pessoas que não encontravam uma posição muito bem definida na sociedade; eram os homens pobres e livres, que tinham sua sorte definida graças à forma como se ligavam aos grandes senhores rurais. Sendo agregados ou moradores de favor, estabeleciam laços de dependência pessoal, que se confundiam com as relações de poder exercidas no âmbito da família extensa, tais como a relação de fidelidade entre padrinhos e afilhados ou entre coronéis e capangas. Assim, a repressão direta sobre as massas escravas era alternada com o mecanismo extraeconômico do favor, aplicado essencialmente a estes homens livres e pobres (Almeida, 2007).

Assim, não tendo, como na Europa, a função de ocultar a realidade de exploração do trabalhador que se via forçado a vender a sua força de trabalho à classe burguesa, as ideias liberais assumiram outro significado no Brasil. Primeiro, serviram de arma na luta contra o monopólio colonial, mas mantendo os privilégios de uma elite que as incorporara. Além disso, serviram como forma de obter prestígio e distinção social para as categorias mais elevadas e sua clientela, em meio a uma população de analfabetos e escravos. Era o fenômeno do bacharelismo (Schwarz, 1981).

Realizada a independência, o governo da nação ficava nas mãos de uma elite de fazendeiros e comerciantes, controlando o sistema eleitoral e os principais cargos da administração e da justiça - Câmara, Senado, Conselho de Estado e Ministérios -, buscando manter a ordem escravocrata e limitando as tendências democratizantes de uma minoria de liberais que insistiam em suas ideias. Buscou-se limitar também os anseios daqueles que pretendiam uma expansão das indústrias, através da ideia de que o Brasil era um país essencialmente agrícola. Ficaram excluídas do poder as camadas populares, devido, sobretudo, ao sistema restritivo das eleições indiretas, recrutando os votantes segundo critérios censitários (Adorno, 1990: 181-193). Além disso, graças aos valores de hierarquia predominantes, as diferentes camadas da população não se reconheciam como iguais em direito e nem como membros de uma mesma nação.

4. Direito e cultura jurídica numa formação patriarcal rural

Como visto, o Brasil independente adotou uma Constituição amplamente liberal, apesar dos fundamentos patrimoniais do poder e da presença avassaladora da escravidão. As ideias liberais – sobretudo no que se refere ao seu cerne individualista – não se constituíram propriamente em uma ideologia no país. Mas foram um importante apanágio das classes dominantes, sinal de distinção social e prestígio. É, pois, neste contexto que convém analisar a cultura jurídica brasileira. Pois, apesar de seu enunciado formal em tudo semelhante às modernas ideias burguesas, seu conteúdo correspondia às resistências e adaptações praticadas pelas elites letradas do país, em nome da mentalidade derivada das raízes rurais e escravistas (Almeida, 1999).

Para tornar mais didático este estudo sobre a cultura jurídica durante o processo de formação da nação, podemos dividi-lo em três momentos principais, um relativo à formação dos advogados e magistrados no Brasil, outro sobre os fundamentos deste ensino, ou seja, sobre as correntes principais do pensamento que dominaram os meios jurídicos brasileiros e, por fim, outro sobre as instituições que resultaram desta investida intelectual da elite letrada do país.

Até os anos 1930, os advogados e magistrados compunham o estamento mais prestigioso do país (Adorno, 1988; Almeida, 1999). As duas faculdades de Direito, criadas logo a seguir à Independência, primeiramente em Olinda – depois transferida para Recife – e em seguida em São Paulo, constituíram o principal lugar de formação das elites, quer política, quer literária do país. “Mais do que isso, o ensino aí ministrado consubstanciava o modelo de formação cultural para as elites” (Almeida, 1999: 19).

Desde a criação das primeiras faculdades de Direito até meados do século XIX, a ciência jurídica brasileira permaneceu caudatária da de Coimbra. Mas, apesar de não se constituírem em um centro independente na elaboração do conhecimento jurídico, as duas faculdades de Direito vieram rapidamente a ocupar no Brasil um lugar semelhante ao ocupado por Coimbra, no centro da vida nacional, constituindo um lugar privilegiado e central na formação das elites pensantes do país (Almeida, 1999: 25).

As duas faculdades promoveram formações diferenciadas da magistratura brasileira, estando uma, a de São Paulo, mais voltada para a formação das elites políticas e letradas e outra, a de Olinda/Recife, para a formação de juristas. Por isso, as correntes do pensamento que aí marcaram presença foram relativamente distintas. Falta um estudo mais detalhado sobre o perfil dos alunos que ingressavam nas duas faculdades, mas sabe-se que em geral eram oriundos das grandes famílias de proprietários rurais ou compunham-se de seus apaniguados e protegidos. Por via do nepotismo, do clientelismo, do apadrinhamento e de outros mecanismos de favorecimentos pessoais, os magistrados formados na faculdade de São Paulo conformaram a maioria daqueles que se apropriaram das oportunidades de acesso e promoção das carreiras diretivas dos órgãos do governo. Na maioria das vezes, os cargos do Judiciário (juízes e carreiras afins), do Executivo (delegados de polícia, presidentes e secretários de província, ministros e conselheiros de Estado) e do Legislativo (deputados e senadores) foram ocupados por esses bacharéis, que formaram, por isso, um verdadeiro mandarinato político no Império (Adorno, 1988: 78).

Mas quais eram as doutrinas ensinadas nestes cursos jurídicos no Brasil? Graças à poderosa influência da Filosofia escolástica, predominou um Direito Natural “essencialmente cristão”, mas que conseguiu reduzir consideravelmente o espaço do Direito Romano. Com as reformas pombalinas na segunda metade do século XVIII, tinha havido uma primeira tentativa de ajustamento à modernidade representada pelo racionalismo e pela ciência moderna. O Direito Natural que surgiu desses movimentos, bem como as formulações posteriores, do século XIX, conformaram essencialmente uma corrente à qual se deu o nome de “ecletismo”, pois, apesar de empirista e sensista, apesar de antiescolástica, nunca ousou colocar em causa a revelação cristã e pretendeu harmonizar Deus e a razão.

As ideias filosóficas do ecletismo penetraram fundo em amplos setores da elite nacional, sobretudo através dos meios jurídicos, e chegaram a transformar-se no suporte último da consciência conservadora (Paim, 1967; Mercadante, 2003). Tratava-se de

adaptar à tradição e fundir num só bloco as diversas doutrinas incorporadas à bagagem cultural brasileira, no período recente, sem maior aprofundamento. Havia que conciliar os anseios de modernidade com as peculiaridades da situação brasileira, isto é, o liberalismo com os institutos da tradição: Direito Natural concebido nos moldes escolásticos, Ordenações Filipinas, vínculos da Igreja com o Estado, etc. O que explica, sobretudo, o predomínio do ecletismo era sua tendência conciliatória entre o conservadorismo e o reformismo, acomodando ao país as ideias modernas vindas de fora.

A partir dos anos quarenta, uma nova corrente, também eclética e ainda mais espiritualista, iria tomar conta dos meios jurídicos brasileiros. Trata-se do krausismo, corrente inspirada no pensador Karl Krause. A grande questão da modernidade, a laicidade, permaneceu, no entanto, estranha a estas filiações. Um adepto das ideias de Karl Krause, ou de Victor Cousin, aceitava sem dificuldades que o Império tivesse uma religião oficial, no caso, a católica, apostólica romana.

Ainda durante o século XIX, começaram a se esboçar ideias e correntes que colocavam em causa o caráter abstrato e a-histórico do jusnaturalismo moderno. A partir de então se configura um “abandono” do Direito Natural e uma revalorização do Direito Romano. O liberalismo, marcado pelo viés eclético, seria substituído, sobretudo a partir dos anos sessenta e setenta do século XIX, pela maior “objetividade” das leis positivas, isto é, pelo positivismo jurídico. Este fato consubstancia o desprezo geral pelo Direito Natural entre brasileiros. O Direito Natural que havia sido usado, na primeira metade do século XIX, essencialmente para falar da naturalidade da propriedade, e nunca da igualdade entre os homens, foi abandonado como abstração perigosa, em troca de teorias “mais realistas”. Assim, ecletismo e krausismo significaram uma integração limitada e possível do universo bacharelesco às ideias modernas da burguesia revolucionária. A laicidade e o espírito revolucionário burguês enfatizador da igualdade enquanto valor viam-se completamente ofuscados. As reações às abstrações iluministas dos direitos naturais, consubstanciadas pelo Código Napoleônico e, depois, pelo positivismo, vieram a calhar para confirmar a propriedade agroexportadora baseada na escravidão e a família de tipo patriarcal (Almeida, 1999).

O desenvolvimento desta “ciência jurídica brasileira” coube, num primeiro momento, à chamada Escola de Recife. Inicialmente, a faculdade de Direito do norte do país fora estabelecida na cidade de Olinda e representou para os cursos jurídicos brasileiros a continuidade das velhas doutrinas portuguesas. Como lembrou Lilia

Schwarcz (1993), aí tudo vinha de Portugal: costumes, professores e até mesmo alunos, dispensados dos exames preparatórios em Coimbra. A sombra de Coimbra estendia-se também à estrutura do curso, idêntica à da faculdade portuguesa.

A mudança para Recife em 1854 e a adesão ao positivismo representaram uma tentativa, um esforço da intelectualidade brasileira de “atualização”⁶ das ideias jurídicas. A febre positivista que grassou em amplos setores da cultura nacional alimentou o desejo ardente de parte dos juristas brasileiros de construir uma ciência do direito autônoma, como parte do projeto de salvação nacional ostentado pelos positivistas em geral. “O Brasil depende exclusivamente de nós e está em nossas mãos. O futuro nos pertence”, dizia o paraninfo de 1900 da faculdade de Recife (Schwarcz, 1993: 149).

Como já mostrou amplamente a historiografia brasileira, trata-se de uma ciência racista, que teve seu rebento mais significativo na área da criminologia. Influenciada por autores como Lombroso e Ferri, que entendiam o crime a partir da análise do indivíduo, de seu tipo físico e da raça a que pertencia, teve profunda influência sobre o direito penal. Esses intelectuais temiam a “anarquia das raças” e para combatê-la defendiam um Código Penal baseado na realidade nacional do povo brasileiro, isto é, que fosse rigoroso com os pobres. Para esses teóricos, nas características físicas de um povo é que se conhecia e reconhecia a criminalidade. O tipo físico do criminoso era tão previsível que seria possível delimitá-lo de forma objetiva, através da assimetria cranial e facial. “Uma nação mestiça é uma nação invadida por criminosos”, dizia Laurindo Leão em artigo da *Revista do Recife*, em 1919 (*ibidem*: 167).

A ênfase incontestável no direito penal por parte dos juristas da faculdade de Recife, ainda que atenuada em São Paulo, denota as dificuldades da elite nacional em lidar com a realidade de transição de uma sociedade escravocrata para uma sociedade de homens livres, em fins do século XIX e início do XX. Seu temor era que os ex-escravos vagassem pela cidade, como uma sombra a ameaçar o patrimônio dos ricos. Tal explica as calorosas discussões, pouco depois, sobre a “lei da vagabundagem”.

Ora, é preciso, então, avaliar, por último, o sentido que adquiriram no Brasil estas modernas instituições de direito, público e privado. Paulo Mercadante chamou a atenção para a importante questão da dualidade do direito privado no Brasil, o convívio das Ordenações Filipinas, regras e definições do direito romano com a ideia de codificação, que também chega ao país, como mais uma moda vinda de fora. Assim, apesar de se

⁶ Este parece ser o sentido restrito da modernização das ideias jurídicas no Brasil com esta geração.

manterem em vigor as Ordenações no que se refere aos direitos civis, editam-se os códigos Penal e Comercial, aquele em tempo recorde. Não é de se estranhar esta dualidade, uma vez que juristas como Avelar Brotero, lente da escola paulista de Direito, autor de *Princípios de Direito Natural*, defensor dos enciclopedistas e um dos mais radicais defensores dos direitos individuais no Brasil, era ele próprio um dono de escravos (Mercadante, 2003: 225).

Ora, atacar as Ordenações Filipinas e o Direito Romano significava, no Brasil, atacar antes e acima de tudo a instituição escravista. Mais fácil, conveniente e seguro, no entanto, era conciliá-la, na medida do possível, com as modernas ideias jurídicas em voga. Daí as imensas dificuldades encontradas por nossos juristas para criar um Código Civil. Na Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas estava “manietado à lei escrita, à rotina dos tribunais, à estreiteza da velha jurisprudência”, isto é, à tradição das Ordenações. Com isso a escravidão foi formalmente excluída do projeto.

Teixeira de Freitas considerava que escravo era coisa e não pessoa⁷ e, portanto, não podia constar no Código Civil como detentor de direitos (embora constasse, como veremos, no Código Criminal como réu). Sendo uma propriedade, os escravos só figurariam no Código na parte referente aos bens. Mas era necessário, urgente até, criar um código criminal, bem como um comercial. Daí a existência, no Brasil, diferentemente do que acontecia na França, de dois códigos distintos, um comercial e outro civil (no Código francês não há qualquer distinção entre ordem comercial e civil). O direito comercial é o direito da pessoa, do comerciante, de acordo com o velho direito romano.

Assim, a existência da escravidão impunha a duplicidade do direito privado. Ela fez nascer primeiramente um Código Comercial remanescente duma legislação civil das Ordenações. O conhecimento do direito privado comparado teria conduzido Teixeira de Freitas a maior alienação e maior apego ao aspecto formal do problema jurídico. Em outras palavras, havia enormes dificuldades nos meios jurídicos brasileiros em relacionar o conteúdo escravista com a forma individualista da legislação moderna adotada no processo de construção do Estado pós-Independência. Só se revogariam as Ordenações com o fim da escravidão (*ibidem*: 238).

Como já mostrou fartamente a historiografia brasileira, a abolição da escravidão foi um processo longo, que se iniciou com a proibição do tráfico negreiro, na primeira

⁷Esta era a tradição do Direito Romano.

metade do século XIX. Como dito, o movimento pela codificação das nossas leis iniciou-se logo após proclamada a independência política do país. Mas apesar da rapidez com que se elaborou o Código Criminal (1831), o Código Civil (1916) já nasceu velho, 61 anos após a elaboração de seu primeiro projeto. E, assim como o Brasil foi o último país das Américas a ter sua escravidão extinta, foi um dos últimos a ter seu direito civil codificado (Grinberg, 2002).

Apesar das dificuldades oferecidas pela escravidão para definir quem era e quem não era cidadão e quem tinha e quem não tinha direitos, quem devia e quem não devia ser tratado humanamente, os juristas brasileiros da época estavam convencidos da importância do Código Civil para o país. Ele era um adorno civilizatório indispensável. Mais ainda porque o país acabara de se tornar uma República, uma nação onde se dizia, por toda a imprensa, haver passado o tempo dos barões e da escravidão. Mas, apesar da abolição da escravidão, as dificuldades continuaram. Tanto que Pontes de Miranda, o último dos grandes nomes da tradição jurídica da Escola de Recife, propôs um Código teórico, desvinculado da realidade do país. Esta evasão da realidade, em nome do apego à palavra lapidar, à frase sonora, como disse Sérgio Buarque de Holanda, também se evidencia na grande e estéril discussão pública, envolvendo Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua e Sílvio Romero, acerca dos erros gramaticais do projeto de Código proposto por Beviláqua (*ibidem*: 35-36).

Como dito, se, de acordo com o Direito Romano, o escravo era coisa e não pessoa detentora de direitos, criando com isso, aos “modernos” juristas brasileiros, um nó difícil de desatar quando o assunto era a elaboração de um Código Civil, o mesmo não se pode dizer quando o assunto é o Código Criminal, elaborado, com toda celeridade, apenas sete anos após a promulgação de nossa Carta Magna. Diferentemente da lei civil, na lei penal, o escravo responde pessoal e diretamente pelos delitos que cometa. Como réu, pode ir a julgamento e responder perante um tribunal. E, nestes casos, como se queixava Perdígão Malheiros em 1866, a lei era excessivamente rigorosa. Contra o escravo condenado subsistia a primeira e única decisão, sem lhe ser facultada a revisão do processo, “quando tal condenação pode ser injusta, como infelizmente se tem verificado em muitos casos”. Mas, quando o escravo era objeto do delito, tudo mudava. O crime cometido contra escravo era entendido como crime contra a propriedade de seu dono. Neste caso, o ofensor era condenado a indenizar o senhor da vítima. Assim, “nesta última parte, a questão é de propriedade, mas na outra é de personalidade” (Malheiros, 1866: 22).

De acordo com o Direito Romano, o senhor podia dispor do escravo como bem lhe aprouvesse, maltratá-lo e até matá-lo. Embora no Código Criminal o direito de vida e morte tenha sido abolido, na prática isso podia e era frequente ocorrer, como já mostrou vasta historiografia sobre o tema. Também de acordo com o Direito Romano e o costume no Brasil, os delitos praticados pelos escravos eram punidos de modo mais severo do que os dos homens livres, especialmente nos delitos contra os senhores. E, ainda segundo esse direito, o escravo estava sujeito a interrogatório sob tortura, quer fosse ele acusado de algum crime, quer fosse chamado como testemunha, quer acusasse ele, sobretudo o senhor, nos casos excepcionais em que o podia fazer. Com mais rigor ainda se procedia quando estava em jogo descobrir a verdade, e em punir de morte os escravos, quando se levantavam contra estes as mais leves suspeitas em casos de assassinato, morte, e até de suicídio de senhores. A moderna Constituição de 1824, como prova de sua liberalidade, aboliu açoites, torturas, marcas de ferro e outras penas cruéis... mas não para escravos. O escravo também podia ser condenado à pena de galés ou de morte (Malheiros, 1866: 46).

Levantamentos e insurreições de escravos eram em geral punidos com a morte. Houve várias rebeliões no Brasil, ao longo do período imperial, especialmente durante a Regência, em que a participação do escravo se fez presente. Como mostrou Perdigão Malheiros, predominou em todos esses casos a visão do “inimigo doméstico”,⁸ memória da Revolução do Haiti, que como uma sombra pairava sobre as cabeças das nossas elites rurais, e até mesmo das mais progressistas e humanitárias, em tese contrárias à escravidão, como o próprio Malheiros, para quem o escravo insurreto “é o vulcão que ameaça constantemente a sociedade, é a mina pronta a fazer a explosão à menor centelha” (*ibidem*: 89).

O período republicano que se inicia em 1889, um ano após a abolição da escravidão, vê nascer um “drama” para as elites nacionais, que se prolonga aos dias de hoje: como garantir o controle social sobre a massa de ex-escravos? Como inseri-los na nova ordem, em tese competitiva e igual para todos? O fantasma do “inimigo interno” da nação sempre pairou sobre a sociedade brasileira, fosse ele o escravo rebelado, os “fanáticos” de Antônio Conselheiro, os pobres das periferias, sempre envoltos pela

⁸ Durante a ditadura militar, entre 1964 e 1982, a sombra do “inimigo interno”, neste caso identificado com os opositores políticos do regime, deu origem à Lei de Segurança Nacional. O mesmo princípio, como será visto em outra seção deste texto, continuará em vigor em relação aos moradores de periferias pobres no país, identificados com o tráfico de drogas.

criminalidade urbana, os membros e partidos de esquerda ou, mais recentemente, os sem terra. Para debelá-los tudo se justificava.

Um sentimento desse drama, portanto, relaciona-se à pena de morte. Como visto, ela foi formalmente restrita a escravos rebeldes durante o Império. Na nova ordem republicana ela foi abolida formalmente, mas na prática continuou sempre a existir, sob a forma de execuções sumárias nas periferias pobres. Isto é, embora a sociedade se coloque majoritariamente contra a pena de morte, paira sobre ela o manto da indiferença que acoberta esses crimes, na maioria das vezes cometidos por agentes do próprio Estado, como veremos na seção seguinte. Neste sentido, a ideia de direito e justiça parece impregnada por uma cultura penitencial, mormente no que se refere àqueles que parecem estar “predestinados ao mal”. Em suma, predomina uma cultura jurídica violenta e cruel em relação à punição, quando o alvo são os pobres da nação (Neder, 2009: 82).

Por último, para entender a influência dessas heranças rurais e escravistas na formação de nossa cultura jurídica, é preciso abordar o problema da organização judiciária e policial até o fim da Primeira República no Brasil.⁹ No período colonial havia a acumulação de poderes administrativos, judiciais e de polícia nas mãos das mesmas autoridades. Somente a partir de 1871 far-se-ão esforços para uma melhor distribuição de funções, mas os reflexos desta confusão ainda se faziam sentir no período pós 1930, como testemunha Vitor Nunes Leal (1986: 181).

Este problema era correlato à descentralização dos aparelhos judiciários e policiais da época, rescaldo da cultura mandonista e personalista de origens coloniais e rurais. A poderosa influência dos senhores rurais ao nível dos municípios elegia juízes e vereadores, bem como os demais funcionários subordinados à Câmara, e por isso a justiça eletiva se constituía em um importante instrumento de dominação da política local. Daí a prepotência do senhoriato rural, uma prepotência que permanece imune às mudanças que se vão observar posteriormente, mormente após a substituição dos “juízes ordinários” pelos “juízes de fora”, de nomeação régia, permitindo à Coroa assenhorear-se de parte considerável do poder local (Leal, 1986: 187).

O processo de centralização do poder, que continuará ao longo da Primeira República, apesar de enfraquecer as bases do poder local, acabou por aumentar o poder de barganha política do senhoriato rural, uma vez que eles continuavam a controlar a

⁹ Seguiremos de perto aqui o trabalho de Vitor Nunes Leal (1986).

máquina eleitoral, ao nível dos municípios. Resultaram daí arranjos políticos clientelísticos, próprios da nossa “democracia participativa”, que envolviam poderosos senhores locais, oligarquias estaduais e poder central. Os cargos policiais e judiciários eram aqui uma importante moeda de troca. Assim, o resultado principal das mudanças foi o aumento da corrupção, sempre alimentada pelo ampliado esquema de trocas de favores entre as situações municipais, provinciais e federais. A par desta organização policial e judiciária deplorável e dominada pelo espírito de facção, conclui Vitor Nunes Leal em seu estudo sobre a máquina administrativa municipal no Império: “Como o problema não é de ordem puramente legal, ainda hoje é encontrada a figura do juiz politiquero, solícito com o poder, ambicioso de honrarias ou vantagens” (*ibidem*: 197).

A organização policial e judiciária da República não alterou substancialmente a estrutura herdada de nossas raízes coloniais, rurais e escravistas. A tendência federalista da Constituição de 1891 deixou as funções policiais a cargo dos Estados e cada um deles organizou livremente seu aparelhamento policial, nomeando chefes de polícia, delegados e subdelegados. Tal princípio de livre nomeação “permaneceu no governo discricionário de 1930, na Segunda República, no Estado Novo e ainda prevalece nos dias de hoje” (*ibidem*: 198). O resultado foi a sobrevivência de uma tradição imperial, de uma polícia partidária, utilizada como instrumento habitual de ação política. Porém, agora ela servia às situações estaduais e não mais aos caprichos do governo central. E conclui Vitor Nunes Leal: “Este é ainda o panorama dos nossos dias, embora se observe, aqui e ali, uma tendência à profissionalização da polícia e ao seu conseqüente afastamento das disputas partidárias” (*ibidem*: 198). Portanto, a organização policial durante a Primeira República foi um dos mais fortes sustentáculos do coronelismo e do clientelismo político.

Em relação ao aparelho judiciário, a República tinha duas justiças, uma federal e uma local, de competência dos Estados. A Constituição federal de 1891 conferiu garantias à magistratura que resultaram em maior profissionalização e autonomia. Contudo, elas só se referiam aos juízes federais. Alguns Estados da federação limitaram seriamente os direitos dos juízes. Aqueles que não se conformaram com a interpretação restritiva da norma constitucional pelos Estados recorreram ao Supremo Tribunal, e este, na maior parte das vezes, declarou aplicáveis aos magistrados estaduais as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, como implícitas no preceito que tornava obrigatórios para os Estados os princípios constitucionais da União. A reforma constitucional de 1926 perfilou esse princípio em

texto expresse, sancionando-o com a intervenção federal. Tais garantias, no entanto, não se aplicavam aos juízes temporários, que compunham uma numerosa categoria de magistrados. Estes continuavam à mercê das exigências e seduções dos governantes menos ciosos da independência e dignidade do poder judiciário (Leal, 1986: 203).

Por fim, foram muito variados os meios postos em prática pelos governos estaduais para submeterem a magistratura: o controle das promoções por merecimento, as transferências para melhores termos ou comarcas, a disponibilidade, a alteração de limites ou a supressão de circunscrições judiciárias, a retenção de vencimentos, etc. Tudo isto acentuava a precariedade dos juízes temporários e reduzia a independência dos vitalícios. Tudo isto sobrevive à Primeira República, pois além da justiça de paz, as Constituições de 1934, 1937 e 1946 continuaram a permitir a criação, pelos Estados, de juízes temporários, com a importante atribuição, entre outras, de substituir os vitalícios (*ibidem*: 205)

O júri também era muito importante no esquema coronelista de poder. Graças à influência que os poderosos locais exerciam sobre o júri, era comum, como de resto até hoje se observa, capangas de grandes senhores rurais saírem impunes de seus crimes. Em resumo, as mudanças ocorridas na transição do Império para a República na organização policial e judiciária do Brasil não chega a arranhar a cultura personalista que impregna nossa magistratura, como também a nossa sociedade, que interpreta de forma restritiva e seletiva a lei e a justiça:

E à medida que aumenta a eficácia do mecanismo judiciário e policial dos Estados, mais subordinada ao poder se torna essa magistratura oficiosa, reforçando o governismo dos chefes locais. Esse conformismo político, parte essencial do compromisso coronelista, traz como consequência, entre outras vantagens, a nomeação de delegados e subdelegados por indicação dos dirigentes dos municípios, ou com instruções para agir em aliança com eles, isto é, para ‘fazer justiça’ aos amigos e ‘aplicar a lei’ aos adversários (Leal, 1986: 216).

5. Sentidos da lei e da (in)justiça no Brasil contemporâneo

Olhando para a história brasileira em uma perspectiva de longa duração, vê-se agora uma persistente cultura ou tradição de desrespeito aos direitos individuais, que não se resume ao período da ditadura militar. A partir de 1982, com a abertura política, o Brasil voltou a conhecer o que eram eleições mais ou menos livres, liberdade de pensamento e expressão, entre outros. Com isso, passou a predominar na opinião pública em geral a

ideia de que o Brasil havia voltado a ser um Estado Democrático de Direito.¹⁰ O próprio termo “reabertura” dá a entender essa “retomada” da democracia no país, como se algum dia ele houvesse sido de fato democrático.

Em um trabalho recente sobre violência policial no Brasil e sua característica de estar voltada exclusivamente para os pobres, Angela Mendes de Almeida mostrou que a situação do país na área da segurança pública está relacionada, simultaneamente, a seu histórico de desrespeito aos direitos individuais e à nova conjuntura do capitalismo internacional, marcada pela consigna de “guerra ao terrorismo”, como dito anteriormente (Almeida, 2007). Nos anos 80, o aumento da urbanização no país não foi acompanhado pelo aprofundamento do processo de industrialização, devido às reformas neoliberais que se seguiram e à “flexibilização” do mercado de trabalho. Tudo isso significou um aumento da favelização, constituindo territórios onde o Estado só penetra sob a forma repressiva e penal. Aliado a isso, permanece um velho estilo de convivência social entre as classes, herdado da escravidão, que distingue as “classes confortáveis” das “classes torturáveis” (Arantes, 2007; Almeida, 2007).

Outro elemento, que se agrega aos dois anteriores, é a incorporação à realidade nacional da consigna internacional da “guerra ao terrorismo”. As Polícias Militares foram criadas por um decreto-lei de 1969. Elas estavam subordinadas inicialmente ao Estado Maior do Exército, mas em 1976 esta subordinação foi transferida aos governos estaduais, mantendo-se, todavia, como forças auxiliares e reserva do Exército, compondo o “aparelho repressivo do Estado”. Porém, apesar de recolherem-se aos quartéis no fim da “ditadura”, as Forças Armadas nunca abjuraram do conteúdo da famosa Lei de Segurança Nacional (criada em março de 1967), cujo objetivo era a guerra contra o “inimigo interno”. Acontece que os “inimigos internos” hoje não são mais os membros de partidos e grupos de esquerda, mas as populações periféricas pobres das cidades. Assim, a “violência institucional” tornou-se uma forma de controle social daquelas “classes perigosas”. Tudo se torna mais facilmente aceitável pelas chamadas classes A e B em função do velho estilo de convivência social anteriormente citado (*ibidem*: 7).

¹⁰ Em editorial do dia 17/02/2009, o jornal *Folha de S. Paulo*, um dos belos exemplares de nossa opinião obscurantista, que sempre esteve ao lado do regime militar, referiu-se à ditadura como “ditabranda”. A referência causou muita indignação, mormente nas vítimas do regime e seus familiares. Cabe chamar a atenção aqui para o sentido da expressão, na medida em que se pode relacioná-lo àquela cultura descrita por Vitor Nunes Leal, segundo a qual para os inimigos todo rigor é pouco (ou “brando”, conforme o gosto).

Como mostrou a autora, a maior parte das mortes cometidas por policiais apresenta-se como execuções sumárias, num país onde não há pena de morte. O direito de matar do policial brasileiro conforma, assim, uma espécie de “homicídio legalizado”. Paralelamente, forças policiais atuam ilegalmente, através de grupos de extermínio, para liquidar grupos de pessoas nos bairros periféricos. Em todos esses casos, apesar de todos saberem tratar-se de policiais, os culpados nunca são punidos. Além das execuções, existem as abordagens humilhantes, maus tratos, abuso e tortura. Alguns casos até chegam a ocupar as páginas dos principais jornais do país, como o “massacre do Carandiru”, onde 111 presos foram executados pelas forças policiais do Estado de São Paulo, ou o assassinato dos “meninos da Candelária”. Mas a indiferença é chocante. Tais pessoas parecem compor um “outro nacional”, sem direitos, sem alma, sem humanidade... tal como os escravos de tempos passados.

No entanto, as reações da opinião pública não são do mesmo tipo, como mostra a autora. No que se refere à “opinião pública obscurantista”, elas são as mais variadas, porém confluem todas para construir um espesso “manto de silêncio” sobre o assunto, bem como para que se continue a “considerar burocraticamente o Brasil como um Estado Democrático de Direito” (Almeida, 2007: 11). Em geral, os casos a que se refere esta opinião são de crimes contra o patrimônio das classes A e B cometidos por pessoas da massa de pobres urbanos. Nestes casos, quase sempre o sentimento de vingança se sobrepõe à lei (considerada “branda”). Ela atua também no outro extremo, defendendo os “direitos humanos” das classes A e B, quando elas aparecem envolvidas em crimes de corrupção envolvendo bilhões de reais subtraídos, em geral, aos cofres públicos. Quando, em operações espetaculares da Polícia Federal, estas pessoas são filmadas de algema, tal é apresentado como uma grave violação de direitos humanos. Nestes casos, a justiça é que deve predominar e não o rigor da lei ou o sentimento de vingança.

Está em discussão um projeto de lei que visa explicitar melhor quem pode ser visto portando algemas e quem não pode. Contudo, já existe em vigor uma legislação bastante clara sobre o assunto, o Decreto Lei de 1969, que criou o Código de Processo Penal Militar. Segundo o seu artigo 234, o uso de algemas justifica-se apenas quando há desobediência, resistência ou tentativa de fuga. No entanto, de modo algum o seu uso será permitido nos presos distinguidos no artigo 242: juízes, governadores, presidentes, ministros, secretários, deputados, senadores, padres e pastores, bem como qualquer pessoa portadora de diploma universitário (*ibidem*: 13).

Em suma, existem duas categorias de brasileiros, os que podem e os que não podem ser algemados, os torturáveis e os não torturáveis, os que não têm e os que têm direitos humanos, os que têm e os que não têm alma, senhores e escravos, ricos e pobres... Tais pessoas, em geral confundidas com bandidos, autores de “crimes hediondos”, de acordo com a nossa legislação,¹¹ “merecem castigos cruéis a serem aplicados sem dó nem piedade” (Almeida, 2007: 13). O mesmo não se pode dizer quando os crimes são cometidos pelas classes A e B. Em 2008, um grupo de jovens de classe média roubou e espancou uma empregada doméstica no Rio de Janeiro e depois cinicamente justificou o crime para a polícia dizendo tratar-se de uma “prostituta”. Entre eles estava um estudante de direito, de 20 anos. Alguns anos antes, em 1997, o índio Galdino Jesus dos Santos foi queimado vivo em um ponto de ônibus em Brasília e seus autores, entre eles um menor de idade, declararam tê-lo confundido com um mendigo.

Nestes e em outros casos que se repetem, tanto a Justiça quanto a opinião pública dispensam a seus autores um tratamento bastante “paternal”. No caso de Galdino, os jovens criminosos, pertencentes a famílias de grande poder aquisitivo e influência, contaram com regalias a que nenhum outro cidadão tinha direito. Apesar das críticas efetuadas pela promotora Maria José Miranda, que acompanhou o processo nos primeiros cinco anos, os quatro maiores detidos tinham direito a tomar banho quente e manter cortinas em suas celas, além de ficarem de posse da chave da própria cela. O menor envolvido no caso foi encaminhado para o centro de reabilitação juvenil do Distrito Federal, onde ficou preso apenas por três meses, apesar de ter sido condenado a um ano de reclusão. Os outros quatro foram condenados, em 2001, a catorze anos de prisão em regime integralmente fechado por homicídio doloso. Pela gravidade do crime não teriam direito a determinados benefícios, mas, já no ano seguinte, receberam autorização para exercer funções administrativas em órgãos públicos. Três dos cinco rapazes chegaram a ser flagrados pela imprensa local se dirigindo em carro próprio ao presídio sem passar por qualquer tipo de revista, após namorarem e ingerirem bebida alcoólica em um bar. Em agosto de 2004, foi concedido o livramento condicional aos quatro condenados.

Quanto à opinião pública progressista, existem várias. Nos partidos e correntes de esquerda, reina um “estrepitoso silêncio”. Entre os movimentos sociais há uma

¹¹ É bom lembrar aqui que há um esforço enorme de nossos legisladores para transformar a ocupação de terras em “crime hediondo”.

sensibilidade apenas um pouco maior. Mas seus integrantes temem, em geral, ser confundidos com “bandidos” e assim também aqui o silêncio é quase a regra. Quanto às entidades de direitos humanos não se pode dizer que haja silêncio. Mas a generalidade do tratamento é o tom principal nos casos. Assim, os agentes das arbitrariedades e violências, isto é, os policiais, nunca são apontados. Um sinal bastante visível disto está no fato de que o órgão máximo de direitos humanos do Brasil, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, subordinada diretamente à Presidência da República, não tem, entre seus temas básicos, as execuções sumárias praticadas por agentes do Estado (Almeida, 2007: 14-17).

Assim, como na instituição policial, na Justiça há todo um conjunto de profissionais com aguda sensibilidade para a violação de direitos individuais, tendendo a predominar uma mentalidade não apenas burocrática, como muitos autores têm apontado, mas também bastante conservadora, ao estilo da “opinião pública obscurantista” da qual nos fala Angela Mendes de Almeida.¹² Um bom exemplo disso é a “prisão processual”. De acordo com o artigo sete do Pacto de São José da Costa Rica, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo (Wacquant, 1999). Não existe no Brasil uma lei que limite o tempo máximo da prisão processual, como ocorre em outros países onde predomina um Estado Democrático de Direito. Também o tempo máximo do processo não é regulado por lei (fica a critério do juiz).

Em suma, assim como faz parte da cultura policial no Brasil primeiro atirar e depois perguntar, faz parte da cultura jurídica brasileira, quando suas vítimas são os pobres, primeiro prender as pessoas e só depois processá-las, sob pretexto da “garantia da ordem”. Dados de 2005 mostram que cerca de 30% dos presos estavam cumprindo penas processuais. Dados de 2008 revelavam que a Justiça brasileira mantinha presas, pelo menos, 134 mil pessoas que poderiam estar soltas, mais de 30% dos 422.373 presos do país. Uma matéria do jornal *O Estado de S. Paulo* de 2008 destaca alguns exemplos bastante ilustrativos:

¹² Trata-se aqui de uma hipótese de trabalho, que só poderá ser corroborada com pesquisas empíricas que devermos conduzir no Brasil, ao longo dos anos de 2012 e 2013. Tal cultura ou mentalidade pode ser observada nos meandros da trajetória dos processos jurídicos em que prevalece uma posição *a priori* tomada contra os pobres.

P.S. foi preso por fazer ligações ilegais de um canal de TV a cabo. Morreu enquanto aguardava julgamento em um centro de detenção provisória. R. B. foi flagrado em tentativa de furto em 18 de março e aguarda na prisão a sentença que não deve sair antes de setembro. M. S. ficou um mês na cadeia por furtar um pé de alface no valor de R\$ 0,79. Dois moradores de rua ficaram presos por seis meses após furtar duas alças de caixão em cemitério. Os casos se repetem na Defensoria Pública de São Paulo. (*O Estado de S. Paulo*, 05/07/2008).

A defensora pública Eleonora Nanni, da 10ª Vara Criminal de São Paulo, explica que a maioria dos pedidos de liberdade é negada, com justificativas verdadeiramente absurdas, como no caso dos moradores de rua em que se alegou falta de comprovante de residência. Falando a partir de sua experiência em casos similares, ela acrescenta: “O que percebemos é quanto maior a vulnerabilidade social do acusado, maior a chance de sua prisão provisória ser mantida” (*O Estado de S. Paulo*, 05/07/2008). O absurdo de casos como esses no Brasil não está relacionado apenas à existência de uma cultura formalista e burocrática. Tão pouco está relacionada ao baixo número de defensores públicos, como conclui a matéria do jornal, mas à existência de uma cultura que vê de forma desigual pobres e ricos. Existe até uma expressão popular que espelha essa cultura jurídica: “se está preso é porque alguma culpa tem no cartório”.

Mais recentemente, a Pastoral Carcerária Nacional publicou um relatório que torna ainda mais estarrecedora esta realidade do país. Segundo ele, a prisão provisória tem sido usada em São Paulo “como instrumento político de gestão populacional, voltado ao controle de uma camada específica da população”, sobretudo usuários de droga e moradores de rua. Segundo ainda o relatório, São Paulo é o Estado com maior quantidade de prisões provisórias do país. São ao todo 57,7 mil detentos aguardando julgamento, contra um total de 174 mil presos, ou seja, 33%, acima da média nacional. E, em muitos casos, o que é mais surpreendente, é o próprio Ministério Público a pedir a prisão temporária destas pessoas (ITTC/PCN, 2012).

O mesmo não se aplica, no entanto, ao extremo oposto da escala social, como dito. Em 2008, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas-corpus* ao banqueiro Daniel Dantas, sua irmã Verônica, e mais nove pessoas ligadas ao banco Opportunity. As prisões haviam sido decretadas, de forma preventiva, em função de investigações promovidas pela Polícia Federal e que apontavam para o envolvimento do grupo em crimes financeiros contra o Estado.¹³ Além de conceder liberdade aos envolvidos, o

¹³ É sempre bom lembrar que Daniel Dantas é membro de uma das mais tradicionais famílias baianas, cujo patriarca foi o Barão de Jeremoabo.

presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, instaurou inquérito administrativo contra o juiz Fausto de Sanctis, responsável pela decretação da prisão. Por seu lado, o ministro da Justiça Traso Genro pediu a abertura de sindicância para apurar se houve abusos de agentes da Polícia Federal durante a operação. A promotora de Justiça Federal Fabiana Costa conclui então que “as pessoas ficam presas não porque precisam, mas porque são pobres” (*O Estado de S. Paulo*, 10/07/2008).

Ao observarmos a evolução da mentalidade sobre processo penal da ditadura para cá, percebemos que a preocupação com crimes políticos cedeu então lugar a preocupação com a violência urbana e a segurança pública. Mas, como visto, em um caso como no outro a mentalidade é muito parecida, bem como suas práticas: torturas, maus tratos e execuções policiais, por um lado, arbitrariedades nas prisões, nos processos e nas sentenças, por outro (Bajer, 2002).

No entanto, paralelamente, no curso da redemocratização, generalizou-se a discussão sobre direitos humanos no país. O tom predominante destas discussões é a defesa dos direitos sociais e coletivos, em detrimento dos direitos e das garantias individuais.¹⁴ Uma pesquisa realizada pela Comissão de Justiça e Paz de São Paulo em 1993 mostrou que os entrevistados reconheciam mais facilmente como direitos os direitos sociais (direitos a bens coletivos) e trabalhistas do que os direitos civis e políticos (direito a um julgamento imparcial, por exemplo) (Lopes, 2004: 88-91). Esta mudança de tom, a par do desejo sempre presente de modernização das elites nacionais, reflete as dificuldades da cultura jurídica brasileira em lidar com o grave problema existente no Brasil, problema que vem de longe, da violação de direitos individuais. Reflete também as dificuldades em universalizar os direitos e reconhecer que não são apenas os próximos, amigos e parentes que são dignos de um tratamento respeitoso e humanitário. São vários os casos, como o da penitenciária de Carandiru, como dito. Os números revelados anteriormente sobre o perfil dos presos, com predomínio dos crimes contra propriedade, nos mostram com clareza o sentido da impunidade, isto é, quem vai e quem não vai para a cadeia, para quem a lei é branda e para quem é “excessivamente” dura. Ou, se quiséssemos aplicar o dito da Velha República, a quem se faz justiça e a quem se aplica a lei.

¹⁴ Nossa intelectualidade, sempre temerosa de uma radicalização social por parte dos pobres, teve dificuldades em continuar a relacionar a defesa dos direitos humanos com os direitos individuais, uma vez que a violação destes direitos, fora daquele contexto, já não lhes representava um perigo direto.

Este desrespeito aos direitos individuais também se reflete na cultura jurídica da população em geral. Uma pesquisa do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) de 2003, realizada a pedido da Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, revelou que na cidade apenas 26% dos entrevistados rejeitavam totalmente as violações graves dos direitos humanos. A tortura, por exemplo, era apoiada por 66% das pessoas no Recife, 63% em São Paulo e 54% no Rio. Tende a predominar neste caso o sentimento de que o Estado (pela polícia e pelos tribunais) deve ser meu vingador, deve fazer aquilo que eu pessoalmente não consigo fazer (Lopes, 2004: 103). Isto é, tende a predominar, nestes casos, o sentimento de vingança pessoal, em detrimento da lei e da justiça.

Outra pesquisa do IBOPE de 1993 revelou que 51% da população acha que cumprir a lei não traz nenhuma “vantagem pessoal”. Portanto, a desconfiança da população em relação à justiça, revelada por várias pesquisas desde o início dos anos 1990, tem menos relação com as crises de “eficiência e identidade” do Judiciário, tal como se tem enfatizado (Faria, 1996; Sadeck, 2000; Carbonari, 2010), do que com aquela cultura personalista da qual se tem falado neste trabalho e que deita raízes profundas em nosso passado colonial e escravocrata. O problema no Brasil, diferentemente da Europa, não é apenas o de encontrar alternativas ao direito oficial, a fim de desafogar a Justiça ou de torná-la mais efetiva. Esses meios têm sido usados, pelos pobres ou pelos ricos. Desde o período colonial, a vingança pessoal, a violência ou o “acordo entre amigos” têm sido recursos válidos, fosse nos conflitos entre camponeses pobres, entre coronéis e oligarquias, entre latifundiários e sem terras, entre traficantes e policiais... O problema é a forma desigual como esses recursos de poder são mobilizados. Quando se instituiu a Justiça no país, no século XIX, ela se tornou igualmente um recurso pessoal, casuístico, que se usava de acordo com a situação social do indivíduo, uma justiça parcial e corrupta, como se buscou mostrar na seção anterior.

Assim, apesar da importância dos problemas relativos à morosidade, à ineficácia e à falta de proximidade com os pobres da Justiça brasileira, existe um problema mais grave, relacionado à cultura predominante entre magistrados e que tem a ver com a forma como são vistos pobres e ricos no país, isto é, quem tem e quem não tem direitos, quem deve e quem não deve ser tratado humanamente, quem deve e quem não deve ser torturado, quem deve e quem não deve portar algemas, quem deve e quem não deve ir para a cadeia ou para quem a lei é branda e para quem não é... E isto, obviamente, reflete-se também na morosidade, na ineficácia e na falta de proximidade de que se tem

falado. Um exemplo gritante é o da prisão processual anteriormente citada. Várias pesquisas têm mostrado as diferenças abissais entre o tempo de espera na prisão entre ricos e pobres, para não falar na forma de tratamento aí recebido.¹⁵ Sendo assim, os avanços, tais como a desburocratização, com a criação dos juizados especiais em 1985, bem como o crescimento do Ministério Público, não chegam a alterar substancialmente o aspecto atrasado e conservador de nossa justiça.

Ora, outro aspecto desta crise do Judiciário de qual se tem falado, mas que não tem sido o foco de atenção das pesquisas e tampouco das propostas de reforma, e que está relacionada àquela cultura personalista, é a impunidade. O Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por não dar cumprimento à sua própria legislação, por falhar na aplicação da lei. Os foragidos da justiça chegam a centenas de milhares. Falava-se, em 2002, em 204 mil em todo o país (Lopes, 2004: 94-97). Isto sem considerar aqueles casos que não vão sequer a julgamento, por ser “desconhecida” autoria do crime, como a maioria dos crimes cometidos por policiais, conforme visto. Falta no Brasil um acompanhamento mais criterioso destes casos de impunidade, a fim de saber quantos são, qual o seu perfil social, etc.¹⁶

Assim, é enganoso o excesso de formalismo e de individualismo de nossa Justiça, como se tem falado (Faria, 1996). Ele existe, mas seu sentido é outro. A formação normativista de nossa magistratura tem certamente estabelecido a distância entre a Justiça e a população, mas não pela aplicação abstrata da lei. O primado da lei é apenas a forma pomposa de uma Justiça ainda bastante informal no tratamento das pessoas que compõem a nação. As críticas à neutralidade e à imparcialidade da Justiça podem assumir um aspecto progressista para os países do centro do capitalismo, mas não para o Brasil, onde as garantias formais, o império da lei, a isenção política e social nunca foram uma realidade. Desde o Brasil colonial, o Judiciário brasileiro se estruturou como um sistema de procedimentos escritos, impessoais e altamente burocratizados. No entanto, o que nele até hoje parece prevalecer é mais o apego ao processo e ao rito do que a preocupação com as especificidades dos casos *sub judice* (Faria, 1996: 30). Mais que isso, há uma força centrífuga em nossa organização social, onde a lei geral nunca chega para suplantar as leis particulares.

¹⁵ Apenas para ficar num exemplo, se a mulher de um “preso comum” (a expressão aqui diz quase tudo) vai visitá-lo na cadeia, deverá passar antes por uma vistoria de suas partes íntimas, ao passo que a mulher do banqueiro Daniel Dantas não.

¹⁶ Este seria um trabalho interessante para um Observatório da Impunidade, que infelizmente ainda não existe no país. Os casos de violência policial são monitorados pelo Observatório das Violências Policiais do Estado de São Paulo (OVP-SP).

Este parece ser também o sentido do formalismo de nossa cultura jurídica. Ora, vimos com Sérgio Buarque de Holanda que o exercício da inteligência, ostentado por nossos maiores talentos literários, em uma sociedade de coloração aristocrática e personalista, não significou necessariamente amor ao pensamento especulativo, instrumento de conhecimento e ação, mas decoro, distinção social, que se traduz em “amor à frase sonora, ao verbo espontâneo e abundante, à erudição ostentosa, à expressão rara” (Holanda, 1995: 75). É que, como assinala o autor, a personalidade individual, um dos traços mais marcantes de nossa cultura, dificilmente suporta ser comandada por um sistema exigente e disciplinador. Daí o sucesso no Brasil de doutrinas como o ecletismo conciliador, cujo estilo de pensar sobrevive à moda entre brasileiros da filosofia de Vitor Cousin, ou mesmo do positivismo: a roupagem vistosa, as palavras bonitas, a frase lapidar, os argumentos sedutores ou pensamentos inflexíveis quase sempre se impõem com força à imaginação de nossos intelectuais. A confiança no poder milagroso das ideias quase sempre se traduz num “segredo horror” à nossa realidade. Os advogados foram por muito tempo a nossa “aristocracia do talento ou do espírito”, ocupando o lugar vago, deixado pela decadente aristocracia rural, na medida em que avança a urbanização no século XX.

Se os tempos são outros e o prestígio do bacharel é apenas uma reminiscência do passado, o modo de pensar deixou suas marcas profundas, como um ranço conservador entre nossos magistrados. Uma pesquisa realizada nos anos 1990 por um grupo de pesquisadores do Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ) revelou aspectos interessantes desta formação de nossa magistratura. Revelou, por exemplo, as posições dos magistrados frente ao Estado e ao Direito. Em relação ao papel do Estado na regulação da vida econômica e social, a posição dos magistrados mostrou-se bastante ambígua. Contudo, esta recusa do padrão estatista não significou uma adesão doutrinária ao mercado. Segundo dados levantados pela pesquisa, 15,4% dos juízes situam-se em uma faixa de opinião definitivamente contrária ao intervencionismo estatal em matéria econômica e redistributiva e 46,4% em uma faixa tendencialmente desfavorável (Vianna, 1997: 241-245).

Para entender melhor esta ambiguidade, a pesquisa buscou saber se os magistrados brasileiros continuavam a se orientar pelo cânon kelseniano – segundo o qual o juiz é um simples funcionário das leis – e pelo positivismo jurídico ou se, ao contrário, eles defendiam um maior protagonismo frente ao processo de mudança social. Os dados mostraram então que 30,5% dos juízes se aproximam de uma perspectiva

oposta à noção de neutralidade do Judiciário, contra 22,9% que acham que o Judiciário é um poder neutro (Vianna, 1997: 258). Os magistrados situados em uma posição intermediária, ainda que não subscrevam uma atitude acentuadamente intervencionista, não consideram, em sua quase totalidade, que a intervenção do Judiciário é neutra diante dos processos sociais. Os autores da pesquisa construíram, então, três categorias descritivas da atitude do juiz em face do Poder Judiciário: neutralidade, 23%; intervenção baixa, 46,4%; intervenção alta, 30,6%. Isto é, o cânon kelseniano é ainda dominante entre os magistrados, apesar de uma tendência em contrário (*ibidem*: 262).

Esta ambiguidade é em si bastante reveladora. Mas deve-se ressaltar, todavia, que pesquisas quantitativas desta natureza devem ser complementadas com dados de natureza qualitativa. O que é preciso avaliar, portanto, é como a magistratura lida com a lei em casos similares, usando-a tendencialmente contra os pobres e a favor dos ricos. Isto nos permitiria uma visão mais clara da cultura predominante no país, tendente à violação de direitos individuais, como se tem dito. É preciso avaliar então qual o sentido do protagonismo dos juízes na sociedade brasileira, em função da (in)efetividade da lei e da cultura personalista predominante, cujas raízes remontam, como vimos ao nosso passado colonial e escravocrata. É o sentimento da desigualdade perante a lei, portanto, que parece estar no cerne de uma cultura jurídica conservadora no Brasil. E qualquer mudança verdadeiramente democrática deverá enfrentar este problema, pois, como acentuou Guillermo O'Donnell, “formais ou não, essas são igualdades, e têm amplas potencialidades de levar a uma maior equalização” (O'Donnell, 2000: 340).

Considerações finais

As raízes rurais e escravistas da formação social brasileira deixaram marcas profundas na sociedade. Tentou-se mostrar isso em outra pesquisa, em relação ao comportamento violento do brasileiro, sobretudo no que se refere à violência de classe (Leonidio, 2010). Tais raízes representaram um duplo obstáculo à ficção liberal e democrática de indivíduos nascendo livres e iguais. Primeiramente, o esquema familiar da organização social promoveu o predomínio do espírito de facção e da troca ampliada de favores, fortalecendo a tradição mandonista e clientelista do poder. O isolamento das famílias de senhores rurais todo-poderosos fazia de seus domínios verdadeiras autarquias. E seu poder era tão absorvente que perseguia os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico, estendendo-se sobre as cidades e fazendo-se norma de comportamento. Assim, as cidades não se formam como núcleos autônomos, com uma dinâmica própria e um

estilo de vida que se oponha ao campo. Uma mentalidade aristocrática, sempre em busca de prestígio e distinção social, será o traço distintivo das classes cidadinas no Brasil desde os tempos coloniais. Reforçou esse traço essencialmente personalístico de nossa cultura, o predomínio do trabalho escravo, que estende sua sombra sobre toda a sociedade brasileira.

A organização da justiça, como das demais instituições “modernas” pós-1822, não poderia deixar de sentir a influência poderosa e absorvente desse familismo de nossa cultura. Primeiro, cabe ressaltar as dificuldades em adaptar-se ao sentido impessoal das normas jurídicas modernas, isto é, a tradição de predomínio das vontades particulares em detrimento de normas gerais e abstratas. Depois, como um desdobramento da realidade avassaladora da escravidão, o sentimento ou mentalidade que nunca admitia que cada homem ou mulher é um indivíduo com direitos iguais aos outros. Em outras palavras, apesar do enunciado formal em tudo similar à moderna cultura jurídica dos países centrais, a justiça brasileira permaneceu imune ao sentimento de igualdade entre cidadãos, para além da cor, raça ou fortuna. Esse sentimento fica muito bem expresso em uma máxima dos tempos do coronelismo, segundo a qual aos amigos se faz justiça e aos inimigos se aplica o rigor da lei.

O sentido enviesado de nossa modernidade ou a relação específica das instituições e ideias modernas com nossa realidade nacional teve como um de seus desdobramentos importantes o desenvolvimento de um espírito ou estilo conciliador que resiste ao tempo. Havia que conciliar os anseios de modernidade das elites brasileiras com as peculiaridades da situação nacional. Um exemplo interessante está no processo de codificação das leis. Por esta época, este era um sinal inequívoco de modernidade, ao qual aderiram nossas elites sem pestanejar. A ênfase posta no Direito Penal no início da formação de nossas instituições jurídicas e sua característica de ser excessivamente rigoroso com os pobres representam o limite possível da consciência conservadora nacional. O mesmo se pode dizer das prisões, depósito de pessoas sem direito. Como contraponto ao predomínio desta cultura penitencial – violenta e cruel – vimos as dificuldades que encontraram nossos juristas para instituir um direito civil no país.

Outro traço característico da organização jurídica moderna no Brasil, como visto, foi a tradição de uma magistratura controlada pelos poderes locais, sempre alimentada por um ampliado esquema de troca de favores e espírito de facção. Vem de longe, portanto, a tradição de nossos juízes interpretarem de forma restritiva e seletiva a lei e a

justiça, quase sempre em favor de interesses pessoais e posições políticas o mais das vezes escusas. Daí também a nossa tradição de senhores rurais prepotentes e arrogantes.

Assim, como dito na introdução deste trabalho e mostrado ao longo de seu desenvolvimento, permanece como parte de nossa bagagem cultural uma tradição jurídica de desrespeito aos direitos individuais e uma forma desigual de ver as pessoas da nação, apesar de predominar o senso comum de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Porém, faz parte dessa mesma cultura, como visto, o relaxamento das leis quando suas vítimas são os ricos. Daí que seja tão importante estudar o tratamento diferenciado ou contrário aos pobres usado por nossa magistratura coço estudar a impunidade que predomina em certos crimes cometidos pelas chamadas classes A e B.

Em suma, permanece a tradição de uma justiça e de uma cultura jurídica que distingue dois tipos de brasileiros: os que podem e os que não podem ser algemados, os torturáveis e os não torturáveis, os que vão e os que não vão para a cadeia, os que podem e os que não podem ser executados, os que têm e os que não têm direitos humanos... aos que se aplica o rigor da lei e aos que se faz justiça ou se dispensa um tratamento paternal. Portanto, parece haver sérias dificuldades da magistratura brasileira em lidar com o problema da violação de direitos humanos, bem como em universalizar os direitos e reconhecer que não são apenas os próximos, amigos e parentes que são dignos de um tratamento respeitoso. Como dito, no Brasil, o primado da lei é apenas a forma pomposa de uma justiça ainda bastante informal no tratamento das pessoas.

Referências bibliográficas

- Adorno, Sérgio (1988), *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Adorno, Sérgio (1990), “Nos limites do direito, nas armadilhas da tradição”, in Osvaldo Coggiola (org.), *A Revolução Francesa e seu impacto na América Latina*. São Paulo: Edusp, 181-191.
- Almeida, Angela Mendes de (1995), “A natureza e seus múltiplos usos”, *Estudos – Sociedade e Agricultura*, 4, 113-125.
- Almeida, Angela Mendes de (1999), *Família e modernidade: o pensamento jurídico brasileiro no século XIX*. São Paulo: Porto Calendário.

- Almeida, Angela Mendes de (2007), “Estado autoritário e violência institucional”, Meeting of the Latin American Studies Association, Montreal, Canada, September, 5-8.
- Anderson, Perry (1990), *Passagens da Antiguidade ao feudalismo*. São Paulo: Brasiliense.
- Antonil, André João (1982), *Cultura e opulência do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia.
- Arantes, Rogério Bastos (2007), “Judiciário: entre a justiça e a política”, in, Lúcia Avelar; Antônio Octávio Cintra (orgs.), *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Unesp. 81-115.
- Bajer, Paula (2002), *Processo penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Bobbio, Norberto (1988), *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense.
- Bobbio, Norberto (2008), *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes [ed. original: 1993].
- Carbonari, Paulo César (2010), *Relatório Reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais.
- Costa, Emília Viotti da (1987), *Da Monarquia à República*. São Paulo: Brasiliense.
- Costa, Sérgio (2002), *As cores de Ercília*. Belo Horizonte: UFMG.
- Duarte, Madalena (2011), *Movimentos na justiça*. Coimbra: Almedina.
- Dumont, Louis (1993), *O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco.
- Elias, Norbert (2001), *A sociedade de Corte*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Faria, José Eduardo (1996), *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal.
- Gomes, Conceição (2011), *Os atrasos da justiça*. Lisboa: FFMS.
- Grinberg, Keila (2002), *Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Habermas, Jürgen (1993), *L’Espace public – Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Paris: Payot.
- Hespanha, António Manuel (1997), *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa-América.
- Hobsbawm, Eric J. (1987), *El mundo del trabajo*. Barcelona: Grijalbo.
- Holanda, Sérgio Buarque de (1995), *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.
- ITTC/PCN (2012), *Tecer Justiça: presas e presos provisórios da cidade de São Paulo*. São Paulo: ITTC.

- Leal, Vitor Nunes (1986), *Coronelismo, enxada e voto*. Rio de Janeiro: Alfa-Omega.
- Leonidio, Adalmir (2007), “Utopias sociais e cientificistas no Brasil no final do século XIX”, *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, 14, 921 - 935.
- Leonidio, Adalmir (2010), *Raízes da violência rural no Brasil*. Pontal do Paranapanema, 1990-2008. Tese de Livre Docência. Piracicaba/SP: USP.
- Lopes, José Reinaldo de Lima (2004), “Direitos humanos e modernização do pensamento jurídico brasileiro”, in Elisa P. Reis (org.), *Retratos do Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 85-107.
- Löwy, Michel (1987), *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. São Paulo: Busca Vida.
- Malheiros, Agostinho Marques Perdigão (1866), *A escravidão no Brasil*. Rio de Janeiro: Typ. Hermes.
- Marshall, T. H. (1950), *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Mercadante, Paulo (2003), *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks.
- Neder, Gizlene (2009), “Sentimentos e idéias jurídicas no Brasil: pena de morte e degredo em dois tempos”, in Clarissa Nunes Maia (org.), *História das prisões no Brasil, volume 1*. Rio de Janeiro: Rocco, 103-122.
- Novais, Fernando A. (1993), *Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial*. São Paulo: Brasiliense.
- Novais, Jorge Reis (1987), *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- O’Donnel, Guillermo (2000), “Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial”, in Juan E. Méndez; Guillermo O’Donnel; Paulo Sérgio Pinheiro (orgs.), *Democracia, violência e injustiça. O não-Estado de Direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 181-204.
- Paim, Antônio (1967), *História das ideias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo.
- Prado Jr., Caio (1995), *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense.
- Pureza, José Manuel (1999), “Justiça e cidadania: para uma justiça mais democrática”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 54, 47-54.
- Roth, André-Noël (1995), “El derecho em crisis: fin del Estado moderno?”, *Oñati Proceedings*, 20, 187-200.
- Sadeck, Maria Tereza (org.) (2000), *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré.

- Santos, Boaventura de Sousa (2002), “Direito e democracia: a reforma global da justiça”, in José Manuel Pureza e António Casimiro Ferreira (orgs.), *A teia global. Movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, 125-174.
- Santos, Boaventura de Sousa (2007), *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez.
- Schwarcz, Lilia Moritz (1993), *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Schwarz, Roberto (1981), *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades.
- Vianna, Luiz Werneck Vianna (org.) (1997), *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan.
- Wacquant, Loïc (1999), *As prisões da miséria*. São Paulo: Zahar.