

O tempo no Direito

Resenha (Review) de *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada*, de Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos

Ronaldo Lobão

Antropólogo, professor adjunto da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense

Antoine Garapon é jurista e antropólogo, foi juiz da Infância na França e fundador do Institut des Hautes Études sur la Justice. Ioannis Papadopoulos, o segundo autor, é jurista na França e trabalhou vários anos nos Estados Unidos. Garapon tem uma importante produção bibliográfica e muitos de seus livros estão disponíveis em língua portuguesa. Entre eles, merecem destaque, *Bem Julgar* (2000); *A Justiça e o Mal* (2000), em colaboração com Denis Salas; *Punir em Democracia* (2002), em colaboração com Frédéric Gros e Thierry Pech; *Crimes que Não se Podem Punir nem Perdoar* (2004); e *Os Juízes na Mundialização* (2006), em colaboração com Jullie Allard). Todos publicados pelo Instituto Piaget. Pela Editora Revan, temos acesso ao livro *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas* (1999). Ainda sem tradução para o português, Garapon publicou nos últimos anos; *Les Nouvelles Sorcières de Salem: Leçons d'Outreau* (2006); *Les Vertus du Juge* (2007), em colaboração com Jullie Allard e Frédéric Gros; *Imaginer la Loi* (2008) em colaboração com Denis Salas; e, mais recentemente, *Peut-on Réparer l'Histoire?: Colonisation, Esclavage, Shoah* (2008).

Já Papadopoulos publicou *La peine de mort: Droit, Histoire, Anthropologie, Philosophie* (2000), em colaboração com Jacques-Henri Robert; *Plaider Coupable: La Pratique Américaine, le Texte Français* (2004), em colaboração com Yann Aguila; e *Pratiques Juridiques Interpretatives et Hermeneutique Litter* (2008).

Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada, trabalho conjunto dos dois autores publicado em junho de 2008 em português (Lumen Juris Editora, na Coleção Con-

flitos, Direitos e Culturas), traz dois prefácios. Um deles do juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos Stephen Breyer; o outro de Roberto Kant de Lima, professor titular em Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Breyer ressalta a análise comparativa do Direito em várias sociedades, através da qual se pode “aprender com as construções e as soluções jurídicas inventadas por seus colegas estrangeiros, pois o estudo de outros sistemas jurídicos ajuda a compreender melhor o [seu] próprio sistema” (p. xiii). Seja a perspectiva jurídica da *common law*, seja a da *civil law*, para Breyer os autores conseguem demonstrar que os contextos culturais próprios de cada sociedade informam seu direito e por ele são informados.

Kant de Lima destaca a sensibilidade antropológica de dois juristas franceses para fornecer elementos que permitam ao leitor identificar aspectos distintivos de cada cultura na produção de suas verdades judiciárias, “desde o *due process of law* adversário da tradição anglo-americana até os métodos inquisitoriais e acusatoriais presentes na tradição da *civil law*” (p. x).

E o que nos dizem os autores? Ao identificar o afastamento dos dois Ocidentes, um em cada lado do Oceano Atlântico, após o final da Guerra Fria, como uma fratura cultural interna (pp. 1-2), os autores definem seu objeto de estudo como destacado das possibilidades analíticas convencionais sobre a relação entre Direito e cultura. Não contrastam um Direito “ocidental” com modelos jurídicos exóticos, como o islâmico ou o sistema jurídico balinês. Não adotam uma perspectiva que busca opor culturas apenas para mostrar a superioridade de uma delas, ou de um concerto de direitos ou nações, sobre os demais. Garapon e Papadopoulos propõem um modelo de diálogo entre contrastes, como por exemplo os existentes entre a *civil law* e a *common law*, que mostre ser essa “fratura menos um perigo que uma inacreditável riqueza, uma fonte inesgotável de reflexão e a ocasião de uma perpétua interpelação recíproca” (p. 2).

O que propõem? Antes de tudo uma possibilidade analítica, uma perspectiva de pesquisa e reflexão jurídicas que aponte novas formas de estar juntos na diferença e na singularidade, na distância ou na proximidade. Instigam-nos a pensar nas articulações do local com o global, no processo

judicial particular com o ideal universal de justiça. Demonstram que o estudo da *common law* sugere que ela é representativa de uma cultura jurídica que percebeu que “é preciso que haja mais democracia primitiva para se adaptar à globalização, mais perda de tempo para ganhá-lo, em seguida mais economia para ter o simbólico, mais direito para que haja mais política” (p. 277).

Para atingir seus objetivos, Garapon e Papadopoulos estruturaram seu livro a partir da explicitação de princípios e conceitos necessários para acompanhar seus argumentos e demonstrações. Ademais, sempre que possível, os conceitos são cotejados com fatos empíricos, contenciosos judiciais ocorridos nos dois sistemas jurídicos contrastados. Em poucos casos, princípios teóricos clássicos são acionados para iluminar imagens e conceitos utilizados, como a noção de fratura cultural, como a descrita por Weber na *Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, entre a Igreja Católica e a Reforma.

Alguns conceitos são centrais. O primeiro deles é o de cultura jurídica. Os dois termos, isoladamente já bastante complexos, tomados em conjunto representam um movimento em constante tensão entre estabilidade e mudança, entre a fidelidade e inovação. Um campo de tensões, que deve ser capaz de se deparar com o novo, desafiá-lo e, se for o caso, incorporá-lo de acordo com suas regras. Que regras devem orientar a cultura jurídica nesse desafio de enfrentar o novo? Aquelas que estão vinculadas ao modo particular de produção da verdade, respondem os autores. Tais regras pertencem a dois universos distintos que conformam uma cultura jurídica: o interno e o externo. A cultura jurídica interna “é constituída pelas atitudes, crenças, raciocínios, percepções, valores mais ou menos explícitos, comuns a um grupo de profissionais do direito” (p. 13). A externa corresponde a uma “vertente popular”, que representa as imagens que o povo tem sobre o direito e que, segundo os autores, se mostra em filmes, romances e outras dimensões culturais.

Se a cultura jurídica tem dentro de si algo que está consagradamente fora do que se conceitua como direito positivo, não será na exegese doutrinária ou na metafísica de uma filosofia jurídica que a encontraremos. Para Garapon e Papadopoulos o caminho é o restabelecimento das ligações do

jurídico com o político, pois o “Direito é aquilo que inscreve a ação política em uma continuidade histórica, fazendo com que se comunique com a energia dos fundamentos contida em um texto jurídico” (p. 18). Em forma sintética, uma cultura jurídica pode ser a resultante de processos de produção de verdades e de configurações políticas.

De posse desses conceitos, os autores passam a descrever a *common law*, destacando os contrastes entre esta a o sistema francês. São cotejados a *rule of law* e o Estado de Direito, a lei e o precedente, as fontes do direito – a norma ou a decisão judicial –, para afirmarem que na *common law*, o direito está voltado para um indivíduo pensado como “livre, autônomo, suscetível de escolher o que lhe melhor convém” (p. 46).

Desse lugar, Garapon e Papadopoulos propõem uma pergunta crucial: o acesso à justiça seria uma prerrogativa pública ou um bem alienável? O eixo condutor da busca por respostas é a *plea bargaining* (pp. 49-73). Fica evidente para o leitor que, em uma cultura jurídica na qual o processo começa pela leitura pública da acusação que o Estado faz ao acusado, como na França, a *plea bargaining*, ou a “negociação da declaração de culpa” (p. 50), pode ser uma ameaça para os inocentes e os menos favorecidos economicamente. Entretanto, uma análise econômica da justiça na *common law* pode sugerir que “os direitos são títulos (*entitlements*) dos quais cada um pode dispor livremente, vendendo-os ou trocando-os a fim de melhorar sua situação” (p. 57).

Esse “mercado” no qual os direitos estão sendo negociados é o processo judiciário. E, na *common law*, os autores indicam duas perspectivas de análise: considerá-lo como singularidade, como momento; ou entendê-lo como um mecanismo em movimento: o *trial*. Este deve responder ao imediatismo das provas. Na *common law* o processo deve ser pensado como um evento que não deveria existir. O *trial*, portanto, pode ser visto como um evento não mediatizado pela ordem simbólica do Direito. Na cultura jurídica da *civil law*, o processo é central, regido por uma lógica de antecedentes, e pode ser visto como duração, ou um acontecimento, que é o evento mediatizado pela ordem simbólica do Direito.

Se há a prevalência das provas no sistema da *common law*, qual o regime de sua validação, verdade ou verossimi-

lhança? Mais uma vez Garapon e Papadopoulos retornam às grandes fraturas entre as duas culturas em análise: “A gestão de verdade pelo catolicismo e pelo protestantismo” (p. 101). As marcas do catolicismo na cultura jurídica francesa estão visíveis no sentido dado à lei, como um mecanismo pelo qual o particular se relaciona ao universal. Assim como o estatuto da prova, um recurso do Estado sobre a verdade, uma vez que o Estado é a “fonte única e última de verdade, à imagem da Igreja, da qual ele é o prolongamento simbólico” (p. 102).

Um regime jurídico cujo sistema de provas está baseado na verossimilhança, como a *common law*, permite que sejam identificados três padrões de prova. Em matéria penal, a prova deve estar estabelecida “para além de uma dúvida razoável” (p. 108), quantificada pelos autores em cerca de 80% de certeza. Em matéria cível, tem-se a “preponderância da prova”, com limite de corte de certeza em cerca de 50% para litígios de natureza adversarial, nos quais as partes estão em uma posição simétrica. Pode chegar a 65%, em casos nos quais está em jogo a liberdade individual do indivíduo, como nos de internação psiquiátrica.

A partir desses elementos básicos de análise das culturas jurídicas dos Estados Unidos e da França, Garapon e Papadopoulos discutem o papel do juiz (pp. 123-134). Apresentam o júri, mostrado como uma “micrografia da democracia participativa norte-americana” (p. 147) no capítulo seguinte. Apesar de certa universalidade sobre a dupla exigência de abertura e legibilidade por parte de um juiz, na *common law* esses aspectos são exacerbados, pois considera-se o juiz “como um terceiro se intercalando entre o Estado e os indivíduos, como um regulador imparcial e neutro dos problemas da sociedade” (p. 171), conforme pode-se ver no capítulo posterior.

O lugar do interesse público, do Estado e seus representantes, os promotores, juízes, e as questões decorrentes de uma perspectiva de classe como surgimento do contencioso de interesse público a partir dos anos 1970 abrem a discussão do capítulo seguinte. O papel da pena é discutido a partir da perspectiva de significar uma punição ou indicar o caminho da reabilitação. A análise desemboca no sistema de penas fixas desenvolvido a partir da década de 1980 nos Estados Unidos.

No penúltimo capítulo do livro, Garapon e Papadopou-los discorrem sobre a concorrência, a convergência ou o diálogo entre as culturas jurídicas dos Estados Unidos e da França, no contexto da globalização. O Direito na *civil law* apresenta aspectos positivos tais como maior grau de racionalidade, ser “menos tributário do passado, e mais facilmente sistematizável” (p. 247), ser mais econômico e potencialmente mais igualitário. Entretanto, a prevalência do mercado na globalização econômica da virada do último século tem feito com que a influência da *common law* seja “mais marcada no direito comercial, em particular nos contratos comerciais internacionais” (p. 251). A aposta da lógica do mercado, das regras da oferta e da procura, faz com que os autores defendam a incorporação na *common law* de aspectos da cultura jurídica francesa que demonstram maior “funcionalidade a posteriori” (p. 252).

Nas conclusões de *Julgar nos Estados Unidos e na França* os autores apresentam ao leitor um quadro comparativo (p. 267) entre as duas culturas jurídicas, que permite ao leitor resgatar o volume de informações apresentados ao longo do livro. Reproduzo-o, por seu grande valor ilustrativo:

Civil Law	Common Law
Direito que vem de cima	Direito que impulsiona de baixo
Centralização	Descentralização
Verticalização	Horizontalização
Unidade da verdade	Concorrência de relatos
Integração	Divisão
Desconfiança nas partes	Confiança nos atores
Passividade das partes	Autonomia e ação dos atores
Direitos substanciais	Normas processuais
Direitos pré-existentes às relações	Pré-existência das relações sociais
Comando pelo Direito	Regularidade social
Poder incondicionado	Poder condicionado
[Poder da] instituição	Autonomia da sociedade

Algumas imagens importantes sobre as duas culturas jurídicas expressam o pensamento dos autores. Assim, o “Direito da *civil law* é concebido como um arquivo gravado

em disco rígido, ao passo que a *common law* não tem outra pretensão senão propor um *path*, um caminho para chegar a uma solução” (p. 268). Esse caminho não busca a “verdade”, mas proporciona o “esvaziamento dos problemas morais substanciais por meio de suas normas processuais” (idem). A verdade será aquela que for reconhecível e aceitável pela comunidade de juristas. Nesse sentido, as práticas jurídicas da *common law* são reflexivas e o “direito é uma prática interpretativa que se desdobra por si mesma em torno da argumentação dos que praticam” (p. 269-270).

A imagem utilizada por Garapon e Papadopoulos ao compararem o processo judicial norte-americano com uma tragédia grega destaca a função catártica da violência das cortes da *common law*. Energias perigosas são recicladas pela Justiça, nos momentos em que precisa o direito, “de continuar a escrever o longo romance americano, o romance de ‘estar juntos’ e dessa nação construída sobre um texto” (p. 273).

É a partir da imagem do tempo como o grande médico das aporias do direito, que as fraturas entre culturas jurídicas ocidentais se evidenciam. Na *common law* o tempo no direito é formado por narrativas individuais que “constroem o tempo da nação, um tempo tão imemorial e tão inoxidável quanto a própria *common law*” (p. 274). Já o tempo da cultura jurídica da França é descrito pelos autores como um tempo que está preso ao passado, ao seu momento fundador, no caso, a Revolução Francesa.

É nessa temporalidade distinta que podemos inferir as grandes distinções dessas tradições jurídicas. Se na *civil law* francesa o tempo se apresenta preso ao passado e a verdade jurídica é ditada pela lógica dos antecedentes, a mudança é indesejada. Nessa cultura jurídica o direito e o juiz estão comprometidos com o mito fundador e com a promessa de um futuro sem males e nesse sentido o futuro deve ser igual ao passado, quando tudo começou.

Na *common law*, ao contrário, o tempo no direito não tem sentido nem direção. Ele realiza a cada processo o acordo acerca do que é melhor para o futuro, perseguindo uma lógica de conseqüentes, que tem seu desenvolvimento alcançado de forma incremental. É, em uma análise sociológica mais ampla, um tempo que se coaduna com o tempo da globalização econômica, da condição pós-moderna. Um tempo

comprimido e desterritorializado, no qual o que vale é o aqui e o agora. O que vem iluminar a frase final do livro, já citada, em que Garapon e Papadopoulos afirmam que é preciso “mais ênfase no local para atingir o universal; que é preciso que haja mais democracia primitiva para se adaptar à globalização, mais perda de tempo para ganhá-lo em seguida, mais economia para ter o simbólico, mais Direito para que haja mais política” (p. 277).