

22ª. AULA. Direito e decisão jurídica.

TEXTO:

GARAPON, Antoine, *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*, Lisboa, Instituto Piaget, 199, ps. 309 a 326.

CASO PRÁTICO: O CASO DO NATURISTA ARISTEU

Já cansado do ritmo de vida e trabalho num grande centro urbano, o naturista Aristeu resolve “abandonar a civilização” e retomar uma “forma de vida” em contato direto com a natureza. Nos arredores de uma área muito distante e isolada do território nacional, área de preservação ambiental, se estabelece ocupando copas de árvores, cultivando e coletando vegetais e frutos, além de exercer a caça. Após 30 anos morando na região, Aristeu havia se convertido num homem envelhecido e rústico, simples e isolado, privado de contato com outras pessoas, apresentando traços comportamentais pouco sociáveis.

Numa manhã de outono, dois engenheiros, que estavam pesquisando os potenciais minerais da região a serviço de uma grande indústria mineradora, armados de pistolas e facões de mato, entram no raio de aproximação da choupana de Aristeu, inclusive, maravilhados com o fato de que havia gente habitando aquela região. Caminham cautelosos, mas com a missão de estabelecer um contato amigável com quem quer que fosse, mas acabam sendo mortos de longe pelos tiros certos de Aristeu.

Após dias sem notícias dos dois engenheiros, a empresa aciona a polícia, que inicia a procura e as investigações. Após vários dias de buscas, os investigadores chegam à sepultura dos engenheiros, aos pés da choupana de Aristeu. Ele é preso, sem grande resistência, a matéria é amplamente coberta pelos jornais, e o caso se torna um dilema, por falta de testemunhas oculares do ocorrido. Como já não fala mais o idioma, a apuração se torna ainda mais difícil de ser conduzida, com pouca colaboração de Aristeu.

A partir da narrativa do caso concreto, atue no processo judicial:

1. Prepare a defesa de Aristeu, considerando que a “distância da civilização” joga a favor da tese de “legítima defesa” e da “inconsciência do delito”, e reconstrua a “verdade dos fatos”;
2. Prepare a acusação de Aristeu, e reconstrua a “verdade dos fatos”, considerando o “porte ilegal de arma” e a “preservação da noção de propriedade na mente do réu” como elementos suficientes para a condenação;
3. Ao interpretar as versões sobre a “verdade dos fatos” e, também, o “direito vigente”, construa a fundamentação da sentença judicial prolatada para o caso concreto, nos termos das exigências do novo CPC.

Imaginemos que o leitor assiste, pela primeira vez, a uma audiência. Sem dúvida que será muito mais tocado pelo espectáculo que se desenrola sob o seu olhar do que pela discussão jurídica. Isto porque, antes de ser uma faculdade moral, julgar é um acontecimento.

Segundo o autor, antes de existirem leis, juizes, palácios da justiça, lá existia um ritual. Esta obra dedica-se a desvendar a esse mesmo ritual, todas as facetas, demonstrando, por exemplo, como o espago de sala de audiências está arrumado para culpabilizar e humilhar o arguido, para o submeter à ordem judicial. Podeão os juizes passar sem todas estas encaenções para julgar bem? É a esta questão que se prende a reflexão de Antoine Garapon através da comparação dos sistemas judiciais francêses e anglo-saxões, de análise da intrusão dos meios de comunicação de massa no processo e do recurso a certas regras de etiqueta e ao silêncio.

Se a sociedade se aferra a uma tradição, o Estado, por outro lado, não se dá ao luxo de fazer a este ritual, mundo fora, a justiça do ritual. Bem, então, a que se vê e o que se ouve na experiência do acto de julgar bem, não existe seguramente, pelo menos, fazendo voluntariamente a experiência do mal, na comparação dos sistemas de organização da justiça, do sistema de distribuição de tarefas, do sistema de organização da distribuição da justiça, do sistema de organização da distribuição da justiça, do sistema de organização da distribuição da justiça.

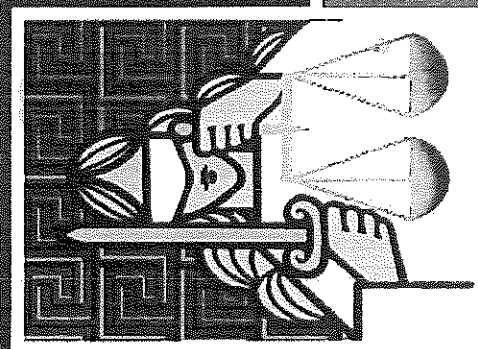
ANTOINE GARAPON, antigo juiz do Tribunal de Menores e membro do comité de redacção da revista *Esprit* e dirige o Instituto de Altos Estudos de Justiça, em França. É autor de varias obras, entre elas o Instituto Piaget (a publicação *O Guardador de Promessas e A Justiça e o Mal*).



ANTOINE
GARAPON

BEM JULGAR

ENSAIO SOBRE O RITUAL JUDICIÁRIO



segundo a expressão consagrada, pega na pena por uma última vez, visto que «se não tivesse tido esse "benefício"», escreve, «seria obrigado a comparecer. E se tivesse de comparecer, seria obrigado a responder. Este livro é a resposta que, de outro modo, teria sido forçado a dar. E tudo o que peço é que ma concedam: que me concedam agora aquilo que poderia então ter sido uma obrigação²⁶».

Se a justiça é a institucionalização da interpelação ética — como recorda a palavra «responsabilidade» —, Kafka interroga-a. Não como procurador ou filósofo, mas como poeta. A obra de Kafka é profética porque, partindo de uma experiência extremamente subjectiva, «o seu génio aborda de uma só vez, sem esforço nem ruído, o drama universal do pensamento; mas isso deve-se a uma graça, a da humildade, que, no fim de contas, deve ser olhada como o maior segredo da sua arte²⁷».

Esta narrativa traz à memória uma outra transposição para a imagem do processo, desta vez feita pelo cinema, da autoria de um outro judeu de cultura germânica: *M le Mandit*, de Fritz Lang. Uma estranha simetria aproxima essas duas obras-primas: o filme termina com um processo algo particular, o que os vagabundos e os mendigos organizam para julgar F. Becker. Nada é esquecido: nem o advogado de defesa, nem a delimitação com cordas de um espaço consagrado, nem as figuras retóricas, nem, por fim, uma última justificação antes da condenação à morte. Entre as duas obras, passa-se do extremo subjectivo para o extremo objectivo do processo. Ao passo que no mundo de Kafka tudo é interior, em *M le Mandit* tudo se desenrola com um realismo desesperante que procura recuperar certas partes de uma função simbólica que deserta da modernidade. Nesse simulacro de justiça, nenhum símbolo é suficientemente forte para evitar um corpo a corpo entre o ladrão e o assassino, para suprimir a equivalência entre os seus crimes e a sua eliminação.

Provavelmente, esse sábio da coisa humana e burocrática que era Kafka não tinha dúvidas de que, num futuro muito próximo, a história da humanidade ia oferecer ao mundo aplicações sinistras daquilo com que sonhara — para o conjurar — no laboratório da sua imaginação.

²⁶ L. Althusser, *L'Avenir dure longtemps*, Paris, Stock/IMEC, 1992, p. 9.

²⁷ M. Robert, *op. cit.*, p. 158.

CAPÍTULO 14

O DRAMA DA JUSTIÇA

Consequiremos nós um dia libertar o processo da sua ganga imaginária, da sua violência simbólica e dos seus elementos arcaicos? Infelizmente, tudo parece indicar que não, como o confirmam Ésquilo, Freud, Kafka, Foucault ou Gauchet. Importa assim fazer um esforço no sentido de repensar a justiça não contra, mas com o ritual. A essa empresa decidimos dar o nome de demanda do «bem julgar», por oposição à busca directa de justiça. Uma — o acto de julgar — parte de uma autenticação do simbólico, enquanto que a outra — a virtude da justiça — se abstrai das condições específicas do julgamento. O que distingue essa demanda do bem julgar das abordagens clássicas da justiça é precisamente a consideração das contrariedades do julgamento situacional. Sendo o filósofo um teórico do real, o juiz, esse, é um «prático do ideal¹».

Um é confrontado com as contradições do mundo, o outro com o trágico da justiça.

A preocupação de bem julgar inspirar-se-á talvez mais na tragédia do que na filosofia. A tragédia nasce quando várias normas de igual dignidade se confrontam entre si até fazerem com que a morte seja preferida em desfavor de uma sujeição a uma ordem jurídica. As coisas agravam-se quando o respeito que é de-

¹ A expressão é da autoria do Juiz-Presidente Draï.

vindo à lei colide com o respeito que é devido às pessoas. «Surge claramente o trágico da acção», escreve P. Ricoeur, «desde o momento em que a norma continua a ser reconhecida como parte no debate, no conflito que a opõe à solicitude que pesa sobre a miséria humana. A sabedoria do julgamento consiste na elaboração de compromissos frágeis em que se trata menos de diminuir disputas entre o bem e o mal, entre o branco e o negro, do que entre o cinzento e o cinzento, ou, num caso altamente trágico, entre o mau e o pior².»

Bem julgar exige que se renuncie a uma justiça puramente racional, a um direito natural. As instituições democráticas são mais frágeis do que as outras porque são órfãs de uma qualquer transcendência. Bem julgar procede de um duplo distanciamento: em primeiro lugar, da violência, mas igualmente da injustiça potencial da resposta legal. O acto de julgar e o ritual têm em comum a procura da distância através da encenação, da representação, da simbolização. Julgar é reproduzir infinitamente esse trabalho de distanciamento iniciado pelo ritual, é desprender-se de um julgamento espontâneo para se tornar a si mesmo um terceiro.

O TRÁGICO DO JULGAMENTO

O prático da audiência não pode menosprezar o ambiente da mesma por se considerar «desligado da realidade social». «Um pouco de sociologia afasta-nos do direito, muita aproxima-nos», afirmava Gurvitch. A preocupação de bem julgar é continuamente importunada pela filosofia. É partilhada entre o voluntarismo do direito e o pessimismo das ciências humanas. Com efeito, uma análise fria do ritual mostrou que a presunção de inocência corria o grave risco de se transformar numa aposta sobre a culpabilidade e que a audiência, longe de reduzir as desigualdades sociais, as amplificava. Tudo se passa como se quanto mais veemente fosse a negação da função antropológica do processo, mais essa função fazia por estar presente.

2 P. Ricoeur, *Le Juste*, Paris, Seuil/Esprit, 1995, p. 220.

A AMBIVALENCIA CONSTITUTIVA DO PROCESSO

O pecado, que está na origem da história da culpabilidade ocidental, não desapareceu: o ritual exhibe traços do mesmo, conservando, de igual modo, a marca da origem litúrgica do poder ocidental. O processo contém em si, de maneira consubstancial, o mecanismo sacrificial, visível na redução de um problema geral a uma situação particular e na conversão da emoção colectiva numa expulsão individual. A justiça é uma composição infinita com o arcaico. Tal como a democracia, é uma domesticação perpétua da violência, da libido, do peso do económico — uma astúcia permanente para anular a lógica do bode expiatório. Essas são outras tantas forças que a democracia deve metabolizar, isto é, aperfeiçoar, utilizar e adequar aos seus próprios fins. A ideia de «fazer com» dá um novo sentido à primeira definição do rito, que é «fazer qualquer coisa com o poder». Para além da procura de um conluio com o sobrenatural, o quadro simbólico é assim uma composição feita com a natureza. Os determinismos sociais não nos permitem escolher, é necessário «fazer com», isto é, compor e transigir com eles em vez de os desprezar. A democracia jamais concluirá a negociação que Atena manteve com as Erínias, não para as neutralizar, mas para converter as suas forças, até então maléficas, na justa causa do bem comum. O ritual simboliza a violência do conflito no sentido dado pelos psicanalistas a essa palavra.

O ritual é, ao mesmo tempo, uma protecção do julgamento contra a fragilidade e uma fragilização do julgamento. Sem símbolos não há justiça, pura e simplesmente porque nenhuma justiça pode prescindir de formas. O acto de julgar é inseparável de uma forma que o liberta e o limite ao mesmo tempo: é esse o paradoxo trágico da justiça, a sua ambivalência constitutiva. «Dizer que se quer o bem, querê-lo efectivamente e praticar o mal: é essa a irrisão trágica por excelência³», salienta J.-M. Domenach.

O PARADOXO DO RITUAL JUDICIÁRIO

Quando se destroem os limites no tempo, no espaço e no objecto que define o ritual, não é a liberdade que invade o terreno do

3 J.-M. Domenach, *Le Retour du tragique*, Paris, © Seuil, 1967, p. 41.

judiciário, bem pelo contrário. A lei e o controlo social estendem-se aos espaços privados, até aí protegidos. Tudo se passa como se o ritual impedisse tanto os cidadãos de estarem dentro da lei como a lei de se incutir nos cidadãos. Ao mesmo tempo que define essa delimitação do espaço público, não traça o ritual judiciário o espaço inviolável do sujeito de direito? A lei é uma referência comum e a sua alteridade nunca é tão bem evocada como quando o é através de símbolos capazes de marcar uma ruptura. Essa delimitação do privado e do público, do individual e do colectivo, sob a forma do profano e do sagrado, constitui um dos elementos mais importantes na vida colectiva, no qual as culturas manifestam a sua vitalidade. Nas sociedades em decomposição ou em transformação, as delimitações consagradas e as classificações desvanecem-se. Os limites sociais devem, necessariamente, ser aparentes. A justiça não deve só ser pública, deve também ser publicada. Faz parte da sua natureza expressar-se por meio de símbolos, como é o caso do uniforme, que evoca a lei com a sua presença é, reciprocamente, a liberdade com a sua ausência. Há uma virtude democrática no facto de tudo aquilo que diz respeito à autoridade do Estado estar marcado com o seu selo.

A necessária distância entre o direito e a realidade, entre os cidadãos entre si, entre os cidadãos e a justiça e entre o acusado e o seu juiz, deve ser assumida publicamente. A perfeição do direito está no reconhecimento da sua imperfeição. Qualquer vontade de ultrapassar essa ignorância fatal do direito, mesmo que motivada por intenções louváveis, está a enveredar pelo caminho que leva ao abandono do Estado de direito.

Esse apego à forma não deve ser encarado como uma fraqueza, mas, pelo contrário, como uma qualidade essencial do direito. Recordemos a célebre frase de Jhering: «Inimiga fígada do arbitrário, a forma é a irmã gêmea da liberdade. De facto, ela serve de contrapeso à atracção que a liberdade sente pela licença; conduz a liberdade por caminhos seguros onde não pode nem dispersar-se nem extraviar-se; fortifica-a por dentro e protege-a por fora [...]. Qualquer povo que tenha sabido praticar o verdadeiro culto da liberdade presentiu insistentemente o valor da forma e adivinhou que, nas suas formas, possuía não algo de puramente exterior, mas o Palácio da sua liberdade⁴».

4 R. von Jhering, *L'Esprit du droit romain*, tomo 3, p. 184.

A publicidade da justiça, ao mesmo tempo que é sentida como violência simbólica, surge como uma garantia para o acusado. Se a presença do rito é violenta, a sua ausência é-o ainda muito mais! É esse o paradoxo do ritual judiciário. Perante a tentativa de se verem livres dele para obter um contacto mais autêntico com o cidadão, o ritual regressa sob uma forma selvagem e incontrolada, no seio da qual germina a injustiça.

Esta reflexão acerca do ritual compreende um determinado número de paradoxos. Logo à partida, o paradoxo da publicidade, sem a qual não há justiça digna desse nome, mas que abre a porta a mecanismos arcaicos incontroláveis como a exaltação sacrificial. «Quanto mais numerosa é a multidão, mais ela é cega», diz Pin-dare. É essa a ambivalência irreductível da opinião pública, simultaneamente garantia e ameaça, condição de justiça e germe de injustiça, antídoto e veneno. Para a justiça, a publicidade é tão-só uma garantia processual, é quase um mal necessário. Publicidade e distância em relação aos olhos do público são duas forças antagónicas que se têm mutuamente em respeito. Se cada uma delas não sofresse a oposição da outra, conduziria a justiça ao seu desaparecimento.

Segue-se o paradoxo do rito, cuja denúncia em nome de uma maior autenticidade dá livre curso a uma reforma interior do indivíduo, exposta como ninguém por Michel Foucault.

Por último, temos o paradoxo da norma jurídica, cujos perigos puderam ser medidos, mais do que por qualquer outro, pelo nosso século. Enquanto o despotismo se definia como um poder que estava acima das leis, o totalitarismo faz da lei o seu mais temível instrumento. Finalmente, este drama de uma justiça que não consegue desfazer-se do rito, não será ele o elemento trágico de toda a democracia, isto é, de uma sociedade que nunca será totalmente semelhante à ideia que tem de si mesma?

ATESTAR E CONTESTAR OS DETERMINISMOS

Posto isto, nem a publicidade, nem as formas processuais, nem as próprias normas jurídicas são suficientes para nos proteger da injustiça. A preocupação de bem julgar é um complemento indis-

pensável desse arsenal democrático. Isto sob a condição de se considerar o juiz não mais como um agente passivo, mas como um actor inteligente no seu papel, como o detentor de uma consciência capaz de resistir aos determinismos de toda a ordem. Bem julgar exige que se tenha a exacta medida do conflito potencial entre as regras implícitas que regem o processo e a norma jurídica. Aquele que se arrisca a julgar deve dominar essas várias funções objectivas do processo *tomando-as em consideração!* A preocupação de bem julgar só surge depois de se terem eliminado as considerações jurídicas, económicas, sociais, psicológicas ou culturais. Emana da convergência de todos esses dados sob a mira do justo.

Mais do que negar esses determinismos, o melhor será tomar consciência deles e dar-lhes um nome. *Better the evil you know*, dizem os ingleses. Não é possível contestar as deformações de que padece o quadro ritual se elas não forem previamente atestadas. Deste modo, o acto de bem julgar decompõe-se em dois tempos. Opera um primeiro distanciamento em relação à indignação e à cólera públicas. O quadro ritual, como já vimos, absorve as emoções, mantém o poder político afastado e coloca as partes à mesma distância. Esse trabalho de representação é igualmente obra do direito e, de uma forma mais geral, de tudo aquilo que permite qualificar o conflito, formulá-lo e encená-lo de forma a expulsá-lo. Embora tratando-se de uma etapa indispensável, sem a qual não é possível haver justiça, deve, porém, ser completada por um segundo distanciamento. O esforço de julgar requer que se tenha em conta a deformação que faz com que o caso seja sujeito a uma formalização através do processo. Esta segunda fase é a do comentário jurídico ou da crítica política. Opera como uma instância de revisão do processo a respeito da virtude da justiça.

O acto de julgar nunca está inteiramente contido numa destas fases, mas antes num equilíbrio instável entre ambas. O justo tem de ser sempre construído num duplo movimento de indignação e instituição, de separação e reintegração, de ética da convicção e de ética da responsabilidade, de crítica do profeta e de soberania do rei. Privada de uma das suas bases, a justiça torna-se impotente para concluir a sua obra, ou por lhe faltarem braços ou por lhe faltar cabeça para o fazer.

Como enquadrar essa obrigação simbólica na busca do justo? A preocupação de bem julgar deve conciliar realismo antropológico

e exigência democrática. «Efetivamente», diz Bordinen, «não foi recusando arbitrariamente o peso físico que conseguimos vencer e conquistar o espaço [...]. O mesmo se pode dizer do peso do social. A liberdade não está na negação mágica do determinismo, mas sim na compreensão das leis do real».

Não haverá o risco de se passar de um extremo para o outro e de, feita a denúncia da opressão do rito, se sacralizar essa função simbólica da justiça? A função terceira torna-se uma identidade recôndita de um acto de julgar cuja legitimidade vacila quando desaparece a referência absoluta à lei. A antropologia voa em socorro de uma teoria do direito incapaz de pensar a justiça, que é mais vasta do que o acto de julgar. Depois de o discurso positivista a ter abandonado, resta o substrato antropológico da justiça. O imperativo ritual faz as vezes de justificação política: ratificámos rapidamente uma espécie de sacralidade que confina com a idolatria.

Mas como reatar relações com a interrogação ética? À maneira antiga, com base no idealismo e nas boas intenções? Como retomar a questão depois de sabermos aquilo que as ciências humanas nos ensinaram sobre o processo, isto é, a fragilidade do julgamento? Dupla fragilidade que se deve, por um lado, aos limites da razão jurídica — o positivismo que serviu indiferentemente quer a democracia quer a barbárie no século XX — e, por outro lado, à artificialidade da situação do juiz. O seu contacto com a realidade tem sempre o direito, o processo e o ritual da audiência como intermediários. Nunca conhece senão uma realidade convencional. Ao invés dos outros sistemas, a democracia não encobre essa fragilidade; pelo contrário, institucionaliza-a.

ARS JUDICANDI

O acto de julgar não pode ser reduzido a uma operação estritamente intelectual, já que mais não seja pelo facto de os julgamentos mais delicados envolverem pessoas. Julgar uma pessoa não passa

5 P. Bourdieu, J.-C. Chamboredon, J.-C. Passeron, *Le Métier de sociologue*, Paris, Mouton, 1973, p. 27.

6 Ver S. Rials, «Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme», *Le Débat*, 1991, pp. 163-182.

apenas por apreciar um acto, mas também por penetrar num encadeamento de eventos inextricáveis e imputar um deles a uma história em particular. Isso exige que se tome consciência de que aquele que julga partilha a condição daquele que é julgado. Será possível colocar-se fora da vida, abstrair-se da sua própria humanidade? Julgar é um distanciamento permanente, um trabalho iniciado pelo símbolo e concluído pelo discurso. Uma vez terminados os debates, o juiz não fica completamente livre desse trabalho de distanciamento. O rito não é apenas uma bola de ferro presa à perna do juiz, é também um meio de este último se emancipar de si mesmo. É disso testemunha a ritualização da deliberação, ou até a própria decisão.

FAZER-SE TERCEIRO POR SI MESMO

O processo é um universo de ficção e de pressão, de manipulações legítimas: o juiz deve, simultaneamente, resistir-lhes e saber sucumbir-lhes; é nisso que reside a dificuldade da sua tarefa. Um bom magistrado deve preparar os seus processos, mas a prudência incita-o a evitar decidir *tudo* no seu foro íntimo antes da audiência. Isso seria privar-se de um suspense necessário. A prudência ordena ao juiz que não se deixe seduzir pelos efeitos das mangas, mas a sua ética pede-lhe igualmente para se deixar convencer! A experiência profissional produz efeitos paradoxais: se, por um lado, endurece o juiz, por outro lado ensina-lhe igualmente a modestia em relação às suas certezas prematuramente adquiridas.

A prática da deliberação apela de novo ao rito. Este age como um protocolo interno no trabalho do colégio dos juízes. Estes últimos aplicam a si mesmos as mesmas regras que impõem aos outros. A deliberação reproduz em versão acelerada a estrutura da audiência ao abrigo do olhar do público. Mesmo a prudência necessita de um método. Expressões como «íntima convicção» ou «foro íntimo» traduzem bem a ideia de um tribunal íntimo (o foro, etimologicamente, é o tribunal).

Ficamos assim admirados com o ritualismo que rodeia as deliberações do Supremo Tribunal Administrativo ou do Tribunal de Cassação, e com o escrúpulo com que é respeitada uma ordem

inmutável na troca de opiniões. O juiz deve pôr-se no lugar do outro, sustentar a tese contrária à sua para a por à prova (no Tribunal de Cassação, nos processos mais importantes, o juiz conselheiro redige dois acórdãos, um anulando, outro confirmando). Esse mesmo método exige que, nas deliberações do tribunal correcional, se respeite escrupulosamente a ordem dos opinantes: começa-se pelo magistrado mais jovem, segue-se o primeiro assessor e termina-se com o presidente. No tribunal de menores, composto por um juiz de menores e dois assessores não profissionais, é fundamental que o juiz, que muitas vezes conhece bem o menor e o seu contexto social, não dê o seu parecer quanto à culpabilidade em primeiro lugar, de forma a que, se os dois assessores considerarem que os factos não estão estabelecidos, a decisão seja tomada. Existe então o risco de o juiz ficar em minoria. Não raras vezes, os assessores pressionam o juiz a emitir o seu parecer em primeiro lugar pelo facto de conhecer o processo, mas, ainda assim, o juiz deve recusar-se a fazê-lo. Uma regra como esta parece por vezes muito rígida quando estão em causa pessoas que se conhecem bastante bem e que deliberam numa mesma sala há anos, mas a justiça tem esse preço. Existem cada vez mais jurisdições com um só juiz, no seio das quais o juiz já não dispõe do recurso do controlo colegial. Quer isso dizer que abdicará de todo de recorrer ao rito?

O ESCRÚPULO DE BEM JULGAR

Aquele que julga nunca está completamente isento de juízos antecipados. Assim, paradoxalmente, é menos difícil para ele tomar uma decisão do que alterá-la! O julgamento judicial articula-se com base num juízo social prévio, na maior parte das vezes inconsciente? Essa é a razão pela qual o acto de bem julgar reclama, primeiro que tudo, não tanto uma progressão no sentido da decisão, mas antes uma regressão a esse juízo já existente, a esse pré-juízo, ou mesmo esse preconceito. A primeira exigência do acto de bem julgar consiste em formular esse juízo implícito que con-

7 Sobre este tema, ver Bennett e Feldman, *op. cit.*

corre com a operação consciente, para o substituir por uma deliberação. Tomada de consciência essa tanto mais difícil quanto remete o juiz para a sua própria finitude, senão mesmo para a sua impotência.

Por exemplo, conseguirá o juiz abstrair-se daquilo que se passou antes da audiência, da construção do objecto que fez do arguido um condenado potencial? Julgar é um processo. Mais do que uma aplicação de um sentido previsto numa norma, trata-se de uma co-construção do sentido. A decisão final não é senão o produto de uma miríade de pequenas decisões tomadas por actores bastante diversos. Onde a importância do interesse pelo procedimento cauteloso, pela instrução, pelo relatório pericial e pelas lógicas institucionais em curso que condicionam o momento solene e ritualizado do julgamento. Sem esse trabalho interior, o acto de julgar arrisca-se a ser apenas o joguete de lógicas institucionais na maioria das vezes dissimuladas.

A deliberação consigo mesmo assume a forma de uma reconstrução *in petto* do processo, com o juiz a fazer sucessivamente de procurador e advogado antes de voltar a ser juiz. É então que intervém a imaginação, que «convida a que nos ponhamos no lugar de qualquer outro, esteja ele perto ou longe⁸». O *como se* do juiz que regressa e avalia as várias soluções na sua mente é tão útil como a sua ciência jurídica, dado que lhe permite encontrar às apalpadelas a regra mais apropriada para aplicar num caso em particular. Além disso, na ideia de íntima convicção está presente a ideia de que o juiz se convence a si mesmo, tal como as duas partes o tentaram convencer anteriormente. O juiz que delibera isoladamente, o que acontece com cada vez mais frequência, deve saber dar tempo a si próprio quando tem de tomar uma decisão difícil: sair da sala de audiências — o que parece ser incongruente, visto estar sozinho —, já que mais não seja para se abstrair por instantes do olhar geral ou, inversamente, fazer sair do seu gabinete o arguido e os agentes da autoridade.

O ritualismo funciona como um protocolo que se impõe por si mesmo. Tratando-se de uma fase do julgamento por definição se-

8 P. Ricoeur, *Le Juste*, op. cit., p. 57.

creta, não pode ser sancionada. O rito faz as vezes da formalidade processual, da qual é o substrato antropológico, e fornece ao diálogo interior o seu cenário: ordena o espaço da discussão, estrutura-a, reserva o tempo de que ela necessita e impõe-lhe uma solução.

O acto de julgar aproxima-se assim do escrúpulo, definido por Ricoeur como «uma ritualização da vida moral ou uma moralização do rito. [...] A ritualização da ética é assim o corolário da sua heremonia: a consciência escrupulosa quer ser exacta na sua dependência aceite⁹». O escrúpulo é o novo nome do rito quando este se aplica a uma consciência preocupada com a alteridade em relação em si mesma. O esforço de bem julgar exige que o juiz se faça *terceiro em relação a si mesmo*. E que, para isso, tire proveito das mesmas instâncias que o constituíram terceiro em relação aos demais, a começar pelo rito. Mas trata-se, como se antevê, de uma tarefa impossível, de um desprendimento que nunca consegue ser total. Ao fazê-lo, o juiz experimenta a divisão que é própria de toda a ideia democrática: necessidade de um terceiro, impossibilidade de um terceiro. O juiz só atingirá o estatuto de terceiro graças a uma ascense pessoal, a uma ética.

A preocupação de bem julgar não contém em si nenhuma garantia suficiente. Deve ser combinada com garantias de outra natureza. O que distingue a preocupação de bem julgar de um ressurgimento laico do estado de graça é o facto de a primeira ser enunciada e de, por isso, se expor à crítica e se submeter ao controlo. O que separa a prudência dos parlamentos do Antigo Regime da sabedoria ponderada do juiz democrático é a obrigação de transparência. A prudência passa o testemunho a essa outra virtude sem a qual não consegue desenvolver-se numa democracia. Não advém a legitimidade do julgamento moderno do *dir a ver* dessa prudência que permite o seu controlo? O voto dissidente¹⁰, que não é praticado em França, é disso um bom exemplo. Estamos aqui no domínio da ética pura, num domínio da actividade do juiz abso-

9 P. Ricoeur, *Philosophie de la volonté*, tomo 2, *Finitude et culpabilité*, op. cit., tomo 1, p. 287.

10 Este procedimento, muito praticado em países da *Common Law*, permite que os juizes que se encontram em minoria expressem a sua opinião dissidente em anexo à sentença.

lutamente incontrolável pela lei. Bem julgar exige que se fundamente as sentenças com seriedade, não só para fornecer uma argumentação juridicamente sólida, como também para enunciar aquela que realmente guiou o juiz. É sempre possível encontrar uma construção «juridicamente viável» e que permita justificar uma decisão que, na realidade, foi tomada por outros motivos... Talvez seja mesmo prudente... pelo menos para o juiz, que terá a certeza de não arriscar a reforma da sentença no Tribunal da Relação ou de Cassação: mas será isso bem julgar?

O verdadeiro problema da ética dos juizes não é a sua necessidade — que é incontestável —, mas a sua visibilidade. Ela não constitui senão uma peça preciosa entre outras ordenações institucionais liberais, a conclusão de *checks and balances* sofisticados, o último contributo de uma engenharia política dessacralizada que combina as regras com as pessoas.

A CONDIÇÃO DE IMPARCIALIDADE

Julgar é, ao mesmo tempo, vontade e recusa, desejo de um terceiro e desconfiança em si mesmo. Bem julgar reclama de igual modo um acto e uma abstenção. Julgar é mostrar-se apto a abstrair-se de si mesmo, do mundo, da impressão da audiência. O ritual é uma condição essencial do acto de bem julgar, visto que, ao impor um limite, frustra os sentidos e confere um sentido. Para bem julgar, é preciso ouvir tudo, mas não ouvir nada ouvido por outro; ver tudo, mas não ver nada visto por outro. Como se uma espécie de morte interior e no mundo fizesse parte do acto de julgar. Sem essa ruptura indispensável, não há justiça. Ao alienar-se do mundo simbólico da audiência, o juiz liberta-se de si mesmo. É indispensável um automutilação dos outros sentidos para aguçar o do julgamento. A única maneira de o conseguir não é retirar-se do mundo, mas sim recuar um mundo neutralizado pela repetição e pela imobilidade do símbolo.

Hannah Arendt decompõe o acto de julgar em duas operações. A primeira é a imaginação: julgam-se objectos que já não estão presentes. Para se exercer, a imaginação deve ser privada da percepção sensível do objecto, uma vez que o objecto só se torna num objecto

para os sentidos interiores quando é cercado dos sentidos exteriores. Bem julgar reclama não ver, o que é extremamente delicado num universo saturado de visual como o nosso. «Quando se fecha os olhos, passa-se a ser espectador imparcial — não directamente afectado — do visível. O poeta cego. De igual modo, ao transformar aquilo que era capado pelos sentidos exteriores num objecto para os sentidos interiores, comprime-se e condensa-se a multiplicidade dos dados sensíveis, fica-se em condições de “ver” com os olhos do espírito, isto é, de ver tudo o que dá sentido às coisas particulares¹¹.» A condição para bem julgar é tornar os juizes cegos para com a realidade sensível: esse será, porventura, o significado profundo da venda. A etapa última do julgamento consiste, como recorda H. Arendt, em fechar os olhos. E por isso que o ritual obtura o olhar do juiz sobre o mundo. E se o ritual só se destinasse a isso: a divertir os sentidos do juiz? A desviar o seu olhar de uma realidade que *não deve ver*? Poderia ele ainda julgar, se tivesse assistido ao crime ou testemunhado as cenas conjugais? Ver-se-ia tentado mais a reagir do que a agir. Ao longo de toda a sua carreira, verá apenas uma realidade artificial e sempre igual: a da sala de audiências. A repetição do quadro acaba por ferir esse mesmo quadro de morte. Essa recusa a ver não é uma simples abstenção, antes um acto positivo que exige um trabalho interior dos homens que lhes permita abstrair-se das suas próprias visões e um trabalho simbólico do ritual para expulsar o mundo. A ausência do mundo torna-lhes o mundo mais íntimo, logo, mais disponível para o seu julgamento.

O contra-mundo fictício do ritual judiciário é o melhor meio de prevenir um olhar parcial sobre o mundo. Só ele permite fazer-se juiz. O julgamento só pode ter lugar com o todo reunido, depois de um segmento da realidade ser reconstituído de forma significativa e ser tido como digno de ser apreciado globalmente. «A vantagem do espectador», diz ainda H. Arendt, «está no facto de ele perceber a peça no seu conjunto, ao passo que cada um dos actores conhece tão-só o seu papel ou então — se tiver de julgar na perspectiva da acção — a parte que lhe diz respeito¹².» Daí resulta a necessidade

¹¹ *Ibid.*, p. 105.

¹² *Ibid.*, p. 105.

de a cerimónia do julgamento judicial recriar um mundo por intermédio do símbolo. Um espectador não pode ver senão uma parte do mundo: apenas um universo simbólico, como um lugar sagrado ou uma sala de audiências, permite que o todo se deixe captar.

Mas será a cobertura ritual da sala de audiências suficiente? Não haverá o risco de a realidade expulsa pelo ritual reentrar, ainda assim, por efracção... por intermédio da imagem? Um casal é presente ao Tribunal Criminal por maus tratos infligidos aos seus filhos. Uma cassette vídeo apreendida aquando do inquérito permite que o tribunal veja as sessões de abusos sexuais. Sob o choque do horror, o tribunal acrescenta à qualificação de reenvio as circunstâncias agravantes decorrentes de actos de barbárie. A imagem transforma o juiz em espectador, fá-lo oscilar entre o estatuto de terceiro e o de testemunha. Manter-se-á ele igualmente imparcial? O espectáculo do horror afecta e altera a sua capacidade de julgar.

A segunda operação do acto de julgar é a reflexão, isto é, o diálogo ético íntimo. O exercício consiste em dar a conhecer à consciência as diferentes soluções, considerá-las, ponderá-las e, finalmente, em dividir, isto é, separar e relacionar tudo de um modo diferente. A operação intelectual — a reflexão — é indissociável da outra mais material e menos visível, ou seja, retomando as próprias palavras de Hannah Arendt, da condição de imparcialidade, do estado de «satisfação desinteressada».

A irreidade da situação do julgamento é uma condição indispensável à justiça: é isso que nos ensina o ritual. Esta conclusão surge-se contra o senso comum, que pende mais para pensar que quanto mais imediata for a percepção, mais adequado será o julgamento. Essa relação entre as condições do julgamento a que demos o nome de bem julgar e o julgamento em si é a própria essência do processo justo. Não é possível dissociar o justo da sua encenação, o julgamento judicial das suas condições de possibilidade. Será talvez o sentido profundo da ideia de processo — tão estimada hoje em dia — que firma as suas raízes no símbolo. Ao mesmo tempo que se vê nela o futuro das nossas democracias, descobrimos que ela não é modernizável. Melhor, a modernidade não só não atenua o seu carácter simbólico, como ainda o reforça e purifica. Num universo político que tende a confundir as suas fronteiras com as do universo, os artesãos da justiça têm essa particularidade de não

poderem exercer a sua arte fora de um *atelier* cujos contornos essenciais acabaram por não variar grandemente desde há milénios e do qual tentámos aqui retratar a história e as peripécias: o recinto ritual do processo.

UMA ARTE POLÍTICA

Por conseguinte, julgar em democracia exige que se realize a experiência permanente da renúncia a uma justiça perfeita. Tarefa essa tanto mais difícil porquanto a justiça, mais do que qualquer outra virtude política, apela à perfeição. Nenhuma instituição está tão próxima da sua metáfora como a justiça. Consequentemente, o processo pode ser definido como um vai-e-vem perpétuo entre o seu sentido processual e o seu sentido metafórico, que o nutrem e deformam incessantemente. Quer se trate da Bíblia, da literatura ou do inconsciente, o ritual judiciário aparece no Ocidente como o elemento por excelência da justificação ética.

A RENÚNCIA A UMA JUSTIÇA NATURAL

A origem dessa projecção de ideal nas instituições deve tentar achar-se, provavelmente, no sentimento de justiça¹³. O sujeito, para dar um sentido aos seus sofrimentos actuais muitas vezes sentidos como imerecidos, conseguir arcar com as frustrações que a vida em sociedade lhe impõe e justificar o recalamento dos seus impulsos anti-sociais, é levado a acreditar num outro mundo em que as injustiças seriam redefinidas e os papéis invertidos, em que o rico mau seria atormentado pela miséria e o mendigo inundado de conforto. O berço desse imaginário deverá, talvez, ser procurado na figura judaico-cristã do Juízo Final. A sua origem é bastante remota: remonta ao julgamento dos mortos e à pesagem das almas no Egipto. Parece ser uma história típica do Ocidente. O *samsara* das religiões orientais é um mecanismo no qual nenhuma intervenção

13 M. Allendy, *La Justice intérieure*, Piranha, 1980.

exterior saberia como falsear o jogo. Na tradição budista ou indiana, «o indivíduo não terá nunca de prestar contas sobre o emprego dado às graças concedidas durante uma única passagem pela terra; de igual modo, não se conseguem conceber interesses; o simbolismo judiciário — balança, grande livro, juiz, advogado, procurador — não pode ser aplicado às concepções escatológicas¹⁴».

Se é verdade que as instituições da justiça foram buscar muitos dos seus elementos à tradição judaico-cristã, a metáfora do tribunal invadiu, em compensação, o nosso universo mental. Isso é comprovado pela literatura, nomeadamente pelo género autobiográfico, que demonstra que o ritual judiciário, com a sua interpretação de papéis e a sua muito particular distribuição do discurso entre a acusação, a defesa e as testemunhas, é nitidamente «uma estrutura fundamental do imaginário ocidental que entra em contenda com a falta e o castigo¹⁵». O tribunal imaginário permite que Santo Agostinho, Rousseau ou Genet se justifiquem ocupando sucessivamente o lugar de acusador e de acusado, de vítima e de culpado.

Em tempos mais recentes, a justiça tornou-se no local para onde se dirigem as expectativas políticas defraudadas pelo Estado-Providência. A justiça é suposta tudo reparar, indemnizar todos os danos e prejuízos e consolar todas as vítimas. Angustiadíssimos com um futuro indominável e tomados pela vertigem em virtude da perda de controlo sobre o seu mundo, os nossos contemporâneos procuram numa justiça maternal uma consolação para a sua solidão, como se esse novo refúgio do ideal político escondesse um fundo abandonado do homem moderno.

Esse trabalho de renúncia não é unicamente colectivo, deve ser feito também pelo juiz. Para ele, a justiça assume as características de um fantasma justiceiro. Vê-se tentado a representar todos os papéis, a atenuar todas as carências e a fazer a vez do político falto — melhor, a aproveitar essa carência vivida para enriquecer o seu crédito. Não são poucos os exemplos, nestes últimos anos, de magistrados que abandonam o seu papel de terceiro anónimo para ocupar a frente do palco.

14 J. Varenne, *Le Jugement des morts*, Paris, Seuil, 1961, p. 226.

15 G. Mathieu-Castellani, *La Scène judiciaire de l'autobiographie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 225.

Sem esse ideal projectado nas insituições, não há desejo de justiça; mas sem renúncia a esse sonho, continua a não haver justiça. Porque bem julgar é uma arte política.

UM ARTIFÍCIO FRÁGIL

Longe de surgir como o símbolo de uma justiça natural, o ritual mostra, pelo contrário, que a instituição é uma *arte*, no sentido em que foram os homens que lhe deram forma. Na democracia, mais do que em qualquer outro sistema, tudo é convencional, logo, artificial. A democracia deve fabricar permanentemente aquilo que era provido pela tradição, a começar pela autoridade do terceiro. E, no entanto, não cessa de o considerar factício, logo, inútil. Revelar o artifício do processo é um risco, tal é o horror que o espírito democrático tem pelos símbolos. Para ele, estes são sinónimos de idolatria, de obscurantismo, de regressão política.

De facto, a democracia mantém uma relação ambígua com os seus símbolos: ao mesmo tempo, necessita e desconfia deles mais do que qualquer outro sistema. Ao fazê-lo, comete um contra-senso relativamente à significação que é preciso dar ao sagrado. Este não deve ser tido como um substantivo, mas sim como o meio de assinalar a preeminência do colectivo, de valorizar a coisa pública. A democracia reivindica um poder do qual abdica imediatamente a favor de regulações automáticas, como se essa função de julgar usurpada a Deus lhe pesasse e procurasse continuamente tentar escapar-lhe. Isso é comprovado pelo entusiasmo actual à volta da ideia liberal da não invisível do mercado que harmoniza qualquer transacção. Vimo-la ressurgir a propósito dos *media*. O mesmo acontece nas várias escatologias políticas modernas como o marxismo, onde a ciência livra do incómodo de ter de fazer política, onde o tribunal da história dispensa de ter de fazer história. Não é provavelmente por acaso que, quando se fala da lei do mercado, da lei biológica da vida e da morte ou ainda da lei de Édipo, estas são constantemente comparadas com a lei jurídica. Vêm-se nelas figuras pós-modernas, quando serão, porventura, formas pré-democráticas. Todas têm um inimigo comum: a deliberação política. Julgar é um acto contra-natura, um esforço que vai contra o pendor natural das

sociedades, um desprendimento incessante das leis da natureza. É por isso que a democracia está tão ameaçada de declínio simbólico¹⁶. O contrário do artifício democrático é o retorno ao estado natural.

Insidiosamente, o combate pela democracia mudou de campo. Durante anos, foi concebido como uma luta que tinha em vista a emancipação face às instituições. Mas o momento actual será talvez menos indicado para a emancipação do que para a preservação de uma cidade agonizante; menos indicado para a denúncia das mediações imperfeitas do que para a protecção de instituições frágeis como a justiça. Será preciso condenar o ritual judiciário, esse folclore, essa não-questão que os marxistas já haviam resolvido mesmo antes de a colocar? Não será mais imperioso reabilitá-lo de forma a poder reconciliar-se com o simbólico, ou seja, consigo mesmo?

CONCLUSÃO

CONSTRUIR A DEMOCRACIA

Qualificar o ritual judiciário de arcaico era, portanto, uma falsidade. Ao longo de todo este livro, ele surgiu-nos, pelo contrário, como o resultado de um esforço, infinito e frágil, de distanciamento face à violência. Foi através do espectáculo, escola da arte do desaque, de uma delimitação do espaço e de uma suspensão do tempo, de uma renúncia ao imediatismo, que assistimos à passagem da vitória arcaica para o direito. A encenação desse espectáculo laico livrou-nos do religioso.

Mas a democracia é a inimiga dos símbolos. Presentemente, procura incansavelmente libertar-se desse espectáculo para seguir o seu caminho rumo a uma abstracção crescente. O facto de os palácios da justiça estarem mudos, da própria justiça tentar ser menos formal e de os *media* terem deslocizado a justiça até este ponto, manifesta uma mesma disfunção simbólica. E se a democracia fizesse a escolha errada? O areópago, ao deixar a Ágora, põe em causa o antigo pacto que Atena celebrou com as Erínias. Será talvez por isso que se fazem ouvir de novo os seus sórdidos resmungos e que paira sobre nós a ameaça da velha mecânica sacrificial, que acreditávamos definitivamente banida do nosso horizonte. Corremos o risco de nos enganarmos no adversário: um combate pela justiça não passa por um combate contra qualquer rito, mas sim por uma luta por símbolos mais verdadeiros.

¹⁶ Sobre este tema, ver *Le Gardien des promesses*, op. cit., cap. VIII.