

22ª. AULA. Direito, interpretação e textos jurídicos

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 naturalista 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.

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 me 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 subjetiva, «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: *Me Mamdit*, 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 *Me Mamdit* 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'Avvenir 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 pior?»

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 AMBIVALÊNCIA 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 Arena manteve com as Eritrínias, 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 limita 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 fidalga do arbitrário, a forma é a irmã gémea da liberdade. De facto, ela serve de contrapeso à atração 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 intuitivamente o valor da forma e adivinhou que, nas suas formas, pos-sua 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 serem 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 garantida e ameaça, condição de justiça e germe de injustiça, anódoto 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 antagonistas 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 *tornado-as em consideração!* A preocupação de bem julgar só surge depois de se terem eliminado as considerações jurídicas, económicas, sociais, psicológicas ou culturais. Emanam 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. «Efectivamente», diz Bordien, «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 sacrificar 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 sovo 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 juizes. 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 pôr 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 correccional, 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. Donde 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 heretonomia: 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 ascese 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 uma 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 captado 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 conjugas? 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 quando 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 a 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 irrealidade da situação do julgamento é uma condição indispensável à justiça: é isso que nos ensina o ritual. Esta conclusão insurge-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 *senjûrû* 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. Angustiadados 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 faltoso — 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 desataque, 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 deslocalizado 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 Erinias. 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.