

# Direito e Antropologia: por uma Aproximação Necessária

Camilo Plaisant Carneiro<sup>1</sup>  
Diogo Oliveira Muniz Caldas<sup>2</sup>

## Resumo

O trabalho que se apresenta tem o objetivo de descrever a necessidade de uma maior aproximação entre o Direito e a Antropologia e de que forma essa aproximação pode trazer benefícios para ambos os campos, notadamente para o campo do Direito através da introdução de métodos de investigação provenientes da Antropologia que são diferentes da modo de pesquisa usualmente utilizado no Direito, a pesquisa bibliográfica. A Antropologia, através do emprego da pesquisa de campo, da empiria, quando aplicada ao Direito busca desconstruir verdade até então tidas como absolutas, demonstrado de forma objetiva que determinados institutos jurídicos, importados de outros países, podem não ser exatamente similares aos seus 'originais', indicando clara dissociação entre o que se aplica em determinado local e o que se importa para aplicar no Brasil. Assim sendo o que se pretende é demonstrar de que forma pode haver uma maior aproximação entre esses dois campos e demonstrar de forma concreta alguns exemplos de que os institutos utilizados pelo Direito brasileiro, nem sempre correspondem a supostos institutos internacionais que a doutrina pátria insiste em rotular como similares, conforme será demonstrado de forma sucinta no presente trabalho.

**Palavras-chave:** Direito; antropologia; conhecimento; aproximação; benefícios.

## Abstract

This article aims to describe the need for a greater rapprochement between the jurisprudence and anthropology and how this approach can bring benefits for both fields, especially to the field of law by introducing research methods from Anthropology that are different from the search mode usually used in law the, bibliographical research. Anthropology, through the use of field research, empirical research, when applied to the law search deconstruct true until then regarded as absolute, objectively demonstrated that certain legal institutes, imported from other countries, may not be exactly similar to its 'original', showing clear dissociation between what applies in a specific location and what applies in Brazil. Thus the aim is to demonstrate how can there be a greater rapprochement between these two fields and to demonstrate concretely that the examples used by Brazilian Law institutes, not always correspond to alleged international institutes that the doctrine country insists on label as similar, as will be demonstrated in this paper succinctly.

**Keywords:** Law; anthropology; knowledge; approach; benefits.

<sup>1</sup> Advogado. Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Advogado. Professor do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos, Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Úrsula e do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

## Introdução

O presente trabalho surgiu em decorrência dos debates estabelecidos por ocasião da apresentação da disciplina 'o devido processo legal em sistemas de justiça criminal' lecionada pelo professor Marco Aurélio Ferreira Gonçalves, no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida.

Os debates se deram em função da demonstração, através de seminários, de como se apresentam os sistemas de justiça criminal ao redor do mundo, em especial os sistemas da *civil law* e da *common law*, oportunizando uma análise dos dois sistemas, além de um confronto entre eles, onde foi possível observar a origem de cada um, formas de aplicação e sua utilização hodiernamente, além da análise e estudo de outros temas correlatos aos sistemas de justiça criminal.

Antes, porém, de serem analisados os dois principais sistemas de justiça criminal, foi necessário realizar uma introdução, com viés antropológico, de alguns pontos até então desconhecidos por grande parte das pessoas, no que diz respeito a análise e comparação de institutos presentes no direito brasileiro e no direito estrangeiro.

Através dessa exposição preliminar, ou melhor, dessa imersão em questões antropológicas, foi possível verificar efetivamente como trabalha esse campo de estudo, quais são as formas através das quais busca efetivamente a produção do conhecimento, e de que forma essas perspectivas antropológicas contribuem para o desenvolvimento de alguns temas ínsitos ao Direito (ainda que seja a antropologia um campo externo ao jurídico).

O presente trabalho direciona seu foco justamente sobre esse aspecto: a relação (ainda que tímida) existente entre a antropologia e o Direito; de que maneira pode a antropologia contribuir com o Direito cada vez mais no desenvolvimento desse ramo tão discutido, mas sem muitas inovações dogmáticas, e as consequências já enfrentadas por essa relação que embora incipiente, já repercute no meio jurídico.

## O Direito como Ciência?

Todos os acadêmicos do Direito são doutrinados, desde o seu primeiro contato com os bancos universitários, a entender que o Direito é uma ciência (seja ela humana ou social, não é esse o objeto da questão que se apresenta)<sup>3</sup>, e por isso deve ser entendido como tal, possuindo dogmas e paradigmas, que ao longo do curso vão se revelando para eles, como forma de fixar o entendimento em um determinado tema, muitas das vezes sem buscar a origem daquele assunto, ou em outros casos, com a certeza de que a origem que lhes é indicada representa uma

---

<sup>3</sup> Embora popularmente definida como uma ciência humana, posto ter como objeto de estudo as relações estabelecidas entre os seres humanos, a CAPES – COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR, classifica o Direito como integrante da grande área das ciências sociais aplicadas, ao lado da administração, economia, entre outros. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/avaliacao/sobre-as-areas-de-avaliacao>. Acesso em 14 jul. 2015.

verdade absoluta, sem que haja qualquer questionamento quanto aquilo que está sendo apresentado.

Isso ocorre com todos aqueles que já frequentaram a faculdade de Direito, mormente os que não se dedicam a aprofundar a pesquisa sobre determinado tema, ou se dedicar à vida acadêmica, o que enseja, necessariamente, na busca por variadas fontes de pesquisa, o que por sua vez, ainda que de forma não intencional, acaba desconstruindo determinadas verdades jurídicas, revelando novos significados para a origem de institutos até então tidos como algo cuja ‘uniforme’.

A essa forma de apresentação de conteúdo e estudo das disciplinas dá-se o nome de ‘ciência do Direito’. Ocorre que no atual momento acadêmico do país, alguns questionamentos começam a ser feitos no tocante a essa classificação; não parece ser essa a definição mais apropriada para o Direito, já que o entendimento do que vem a ser ciência parece não se encaixar as situações fáticas verificadas quando se trata da aplicação do Direito, de forma concreta, ao contrário do que se verifica quando a situação *sub examine* se refere as ciências físicas, por exemplo:

A água, por exemplo, aquecida sob a pressão de uma atmosfera entrará em ebulição a 100° C, aqui ou na Patagônia; um ácido misturado a uma base produzirá um sal mais água, seja onde for. O que se está tentando dizer é que a natureza opera segundo determinadas leis e normas que não se alteram ao sabor do acaso (...). É por isso que as ciências físicas detêm elevado grau de previsibilidade: encontrada esta ordem natural torna-se simples prever o que acontecerá sob tais e tais condições, dada a imutabilidade das leis que regem a natureza. Desta forma, essas ciências são exatas e permitem a previsão não devido ao método que empregam (baseado na quantificação), mas porque seu objeto de estudos é regular e repetitivo.<sup>4</sup>

Por mais que o experimentador mude as condições de análise, mude os locais de realização do experimento, ou ainda as substâncias empregadas, determinada operação física ou química, por exemplo, sempre que repetida, terá por consequência os mesmos resultados, em qualquer lugar do globo, como afirma Roberto da Matta, “*a matéria prima da ciência natural, portanto, é todo o conjunto de fatos que se repetem e tem uma constância verdadeiramente sistêmica.*”<sup>5</sup>

Não parecer ser essa a afirmação mais condizente quando se passa a analisar o Direito, enquanto caracterizado como ciência (humana ou social), porque no Direito uma simples mudança pode ser (e geralmente é) fator preponderante para alterar os resultados em determinado ‘experimento’ (que se dá usualmente nas relações interpessoais).

<sup>4</sup> DUARTE JR., João Francisco. A realidade científica. In: DUARTE JR., João Francisco. **O que é realidade**. São Paulo, Brasiliense, 1998. p. 95-96.

<sup>5</sup> DA MATTÁ, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981. p. 17.

As ciências sociais possuem objetos cujas análises tendem a se tornar mais complexas, impossibilitando que o estudo se dê da mesma forma através da qual ocorre com o objeto estudado pelas ciências naturais.

Enquanto nas ciências naturais, o cientista pode isolar um ambiente e realizar a mesma observação da mesma maneira inúmeras vezes, em relação as ciências sociais tal assertiva não se mostra a mais correta, já que ao observar uma determinada situação, um cientista social o fará em ‘cenas’ diferentes, com ‘atores’ diferentes e por consequência, os resultados também serão diferentes.

Fatores externos, como a cultura, influenciam diretamente nas consequências que um caso poderia ter, seja no Brasil, ou em um dos países do Oriente Médio (talvez o exemplo mais emblemático pode ser o das vestimentas utilizadas pelas mulheres desse e daquele país; ao se impor as mulheres de lá vestimentas utilizadas em locais públicos – praias – aqui no Brasil, tal fato pode ensejar na aplicação de sanção por parte do Poder Público, o que não é sequer cogitado na norma jurídica pátria).

É essa a advertência feita por João Francisco Duarte Júnior, que se manifesta da seguinte forma quando faz referência ao fato de que o fator cultural influencia o ser humano e sua participação nas ditas ciências (em que esse passa a ser o objeto estudado e não o estudante):

Disso decorre a impossibilidade de as ciências humanas serem exatas e previsíveis. Há dimensões fundamentais no humano que não permitem quaisquer previsões ou quantificações. Não se pode aplicar ao estudo do homem os mesmos métodos utilizados nas ciências físico-naturais, e ainda mais porque, em tais ciências, o objeto de estudos é diferente do sujeito que investiga (o homem), enquanto nas humanas o próprio objeto é um outro sujeito.<sup>6</sup>

Talvez seja essa a grande problemática enfrentada pelos teóricos que ainda pretendem classificar o Direito como ciência, já que parece haver uma força cogente que os induz a buscar uma categorização para o Direito que necessariamente abarque o termo ‘ciência’, quando, a bem da verdade, o que se vislumbra é que o Direito, enquanto instrumento de regulação da vida social, parece se afastar cada vez mais do campo das ciências.

Oportuna a menção feita por Roberto da Matta, que afirma que “*a matéria das ciências sociais, assim, são eventos com determinações complicadas e que podem ocorrer em ambientes diferenciados tendo, por causa disso, a possibilidade de mudar seu significado de acordo com o ator.*”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> DUARTE JR., João Francisco. A realidade científica. In: DUARTE JR., João Francisco. **O que é realidade**. São Paulo, Brasiliense, 1998. p. 98.

<sup>7</sup> DA MATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981. p. 18-19.

É preciso que essa primeira advertência seja registrada. Deve haver uma indispensável diferenciação (ou distanciamento) entre o Direito lecionado nas faculdades e cursos de Pós-Graduação e a necessidade de classificá-lo como ciência, mormente porque, conforme demonstrado acima, ciência pressupõe a existência de dogmas, há um consenso sobre determinado assunto, o que não pode (ou não deveria) ser aplicado ao Direito, já que, conforme aduzido, as realidades onde se verificam os ‘experimentos’ são (em grande parte dos casos) diferentes, o que conduz a resultados também diferentes.

## A Antropologia e o Conhecimento Antropológico

Feita uma breve explanação acerca da categorização do Direito enquanto ramo de uma ‘ciência’, se faz necessário tecer algumas linhas sobre a antropologia, para que seja possível então traçar um paralelo (ou fazer uma contraposição) entre os dois ramos, mostrando como a antropologia pode contribuir (e já vem o fazendo) com o Direito.

A antropologia, assim como o Direito, também pode ser seccionada em áreas, conforme leciona Roberto Da Matta<sup>8</sup>, sendo que a cada uma dessas áreas, compete o estudo de uma determinada parte da sociedade, seja o homem, através da antropologia biológica ou mesmo a sociedade, através da antropologia social. Há que se ressaltar que deve ser deixada para trás a ideia de que antropólogos (mormente os arqueólogos, enquanto secção da antropologia), direcionam seus estudos única e exclusivamente para fósseis, e civilizações antigas, conforme advertência:

Quando alguém descobre que somos ‘antropólogos’ – e os amigos, observo, dizem isso pronunciando a palavra como se ela fosse uma fórmula, posto que o é, na maioria das vezes, desconhecida, supondo uma atividade misteriosa – a primeira pergunta é sempre dirigida ao nosso trabalho com ossos, crânios, túmulos e esqueletos fósseis. Outra indagação frequente pode igualmente surgir no conjunto de perguntas sobre as ‘raças formadoras do Brasil’, com todas aquelas indagações já conhecidas desde o tempo da escola primária, mas que misteriosamente persistem no nosso cenário ideológico, perguntas que dizem respeito a uma confirmação científica da ‘preguiça do índio’, ‘melancolia do negro’ e a ‘cupidez’ e estupidez do branco lusitano, degredado e degradado.<sup>9</sup>

A imagem que a sociedade brasileira como um todo tem do antropólogo é justamente essa, a de que a profissão é a de pessoas que vivem enterradas em buracos, escavando fósseis materiais de civilizações antigas, entre outras coisas. Este estereótipo formando, muito em razão de filmes de cultura em massa, acaba por deturpar a verdadeira importância do estudo antropológico.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> DA MATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981. p. 59

Antropologia surge com o objetivo de explicar as diferenças entre as sociedades e suas instituições, em especial, as que pertenciam aos povos exóticos, dominados pela Europa ao redor do mundo. Estudo era feito comparando relatos dos viajantes, posteriormente nos trabalhos de campo. Conhecimento de diversas sociedades possibilita um estranhamento da própria.

A antropologia foi apresentada como uma forma de estudo do homem enquanto participante ativo do cenário natural, sujeito que direciona mudanças e transformações na sociedade e que é o objeto de estudo de um dos campos da antropologia, a antropologia social (ou cultural ou etnóloga – que pode ser entendida como a forma de estudo dos fatos levantados pela etnografia).

Atendo-se mais especificamente a etnografia como forma de coleta de dados utilizada pela antropologia, essa pode ser entendida como o instrumento através do qual o antropólogo analisará a sociedade, os costumes, hábitos e tudo mais que diga respeito a um determinado grupo para que, posteriormente, possa confrontar tais dados com a sua realidade, ou seja, o antropólogo através da etnografia estuda uma determinada cultura, levanta informações referentes ao seu objeto de estudo e mais adiante as confronta com as suas próprias informações, isto é, informações advindas do seu próprio meio, uma vez que “*a tradição antropológica prima, como se viu, por incorporar aspectos de seu objeto de estudo a suas reflexões teóricas.*”<sup>10</sup>

Através de tais pesquisas (e também das comparações posteriores), o antropólogo realiza a etnografia e após, já de posse dos resultados, pode fazer uma comparação por contraste, que ocorre quando se confronta uma realidade (a experimentada ou estudada), com a sua própria.

É importante ressaltar, contudo que o objeto das etnografias não é exclusivamente a comparação por contraste. O objeto da etnografia é o estudo de um povo, de uma sociedade, de uma cultura, conforme mencionado acima, o que se pretende demonstrar é que através dessa etnografia o ‘caminho’ para realizar uma comparação por contraste pode ser facilitado, justamente pelo fato do pesquisador já conhecer a forma de comportamento da sociedade estudada.

Pode-se afirmar que a própria formação dos antropólogos possibilita maior interação desses com o meio, o que ocorre de forma diferente nos cursos jurídicos em funcionamento no Brasil, onde a integralidade das aulas é lecionada em salas de aula, sem um maior contato com a ‘realidade’, conforme adverte o professor Roberto Kant de Lima:

No curso de Direito a didática se resumia a aulas expositivas, dadas pelos professores de maneira bastante formal, sendo muito claro para todos os meus colegas que a *profissão* de advogado, sua técnica, deveria ser aprendida em estágios, à época informais, em escritórios de advocacia, obtidos mediante recomendações pessoais. (...) A graduação em Ciências Sociais diferia bastante disso, em aparência. Aqui os professores tinham

<sup>10</sup> LIMA, Roberto Kant de. **Por uma antropologia do Direito, no Brasil.** In: *ensaios de antropologia e de direito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 12.

uma relação muito mais informal com os alunos, reafirmada em sucessivos encontros em suas casas, bares e restaurantes, onde se complementavam os ensinamentos ministrados nas aulas da Faculdade. Até mesmo as aulas tinham aparência informal, realizando-se muitas vezes sob a forma de seminários ou de discussões em grupo.<sup>11</sup>

É cediço que o processo de formação profissional é o principal responsável pela forma de exercício (ou desempenho) das atividades daqueles egressos das faculdades, e a metodologia aplicada durante o desenvolvimento do curso de graduação é o que determinará a forma de trabalho daqueles profissionais. O que se verifica no Direito é justamente a repetição de conceitos e verdades em ambientes quase sempre idênticos, sem que haja qualquer inovação no processo de ensino-aprendizagem do aluno, processo esse bem diferente daquele utilizado nas ciências sociais, conforme relato acima.

## A Relação entre Direito e Antropologia

Considerando a notória diferenciação nos processos de formação dos bacharéis em Direito e dos egressos dos cursos de ciências sociais (conforme relato feito pelo professor Roberto Kant de Lima), e considerando também algumas peculiaridades inerentes a cada um destes campos, optou-se por indicar de que forma pode a antropologia (e o conhecimento antropológico, fundado no estudo etnocêntrico), contribuir para o aprimoramento dos institutos jurídicos utilizados no Direito.

Importa ressaltar que a aproximação já é fato notório e se concretiza mais, a cada dia que passa, através dos trabalhos desenvolvidos no INCT-InEAC, Instituto de estudos comparados em administração institucional de conflitos, cujos objetos de trabalho (ou estudo) são primordialmente, as pesquisas empíricas feitas com base no fazer antropológico, que trabalhar com a relativização de verdades consagradas, em contraposição ao fazer jurídico, que por sua vez, reproduz tais verdades, sendo esse talvez o impedimento a um maior diálogo entre tais campos.<sup>12</sup>

O que se verifica (e é o principal desafio a ser superado) é justamente o método de trabalho desses dois campos. Enquanto a antropologia, através da etnografia busca estudar determinados institutos, buscar conhecer sua origem, suas formas de aplicação, suas variações, e após, contrasta esse instituto com sua realidade nacional, o Direito apenas repete as informações já constantes em determinado livro, doutrina, ou material parecido, que muitas das vezes sequer se debruça sobre a efetiva origem daquele instituto. Tal fato é consequência do modelo dogmático utilizado no Direito, onde as 'verdades' são incorporadas ao

<sup>11</sup> LIMA, Roberto Kant de. **A antropologia da academia: quando os índios somos nós**. Niterói, EDUFF, 3ª edição, 2011. p. 20-21.

<sup>12</sup> LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. **Anuário antropológico**, v. 39, 2014. p. 10.

discurso acadêmico, impossibilitando (ou inibindo) questionamentos por parte daqueles que estão iniciando sua vida acadêmica.

O que se pretende é demonstrar que a contribuição da Antropologia pode ser (e deveria ser) mais bem aproveitada, não só nos poucos programas de Pós-Graduação em Direito onde se verifica a presença de uma ou outra disciplina afeita a área, mas também a inclusão nas grades curriculares dos cursos de graduação de metodologias de trabalho focadas na empiria, no etnocentrismo, inerentes a Antropologia. Como bem asseverado, “e, justamente, devido à carência de pesquisas de caráter empírico na área do Direito é que entendemos que a contribuição da antropologia deve-se dar pela via metodológica da empiria e da comparação, e não de outro modo”<sup>13</sup>, já que, “(...) ler livros e manuais de Direito não é o suficiente para construir uma percepção adequada do campo jurídico e tampouco permite entender a lógica do nosso sistema judiciário.”<sup>14</sup>

Considerando essa especial forma de estudo capitaneada pelos antropólogos, busca-se aproximar a antropologia do direito, mormente por força das etnografias, sempre com o objetivo de tentar demonstrar o que representa efetivamente um instituto para o direito brasileiro e para o direito do qual decorre (ou que tem sua origem atribuída).

A aproximação já ocorre. Em alguns trabalhos é possível observar que em diversas oportunidades os pesquisadores se valeram dessa experiência antropológica para realizar o estudo de uma determinada sociedade (em particular sua relação com o objeto de estudo do trabalho), e posteriormente confrontassem os dados coletados com a realidade brasileira.

Pode-se citar como primeiro exemplo o caso do pesquisador Nivio Caixeta do Nascimento, cuja obra, denominada ‘entre as leis e o mundo: polícia e administração de conflitos numa perspectiva comparada’, resultado da sua tese de doutorado defendida junto ao programa de Pós-Graduação em antropologia social da Universidade de Brasília, o autor buscou comparar as instituições policiais do Distrito Federal e de Ottawa – Canadá, onde realizou seus estudos, através da forma de administração de conflitos dessas duas instituições.

Ao longo do seu trabalho o pesquisador relata como se ocorreu o trabalho de campo, a comparação e a etnografia, a seguir estuda as instituições de segurança pública do Distrito Federal, relatando inclusive fatos observados após a realização da chamada ‘ronda’ em conjunto com integrantes da polícia militar.

Prossegue em sua análise relatando ainda o comportamento e o ‘funcionamento’ das delegacias quando destina um capítulo do seu trabalho a explicitar o procedimento adotado quando da prisão de diferentes ‘meliantes’, em diferentes casos.

<sup>13</sup> LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário antropológico*, v. 39, 2014. p. 12.

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 14

Dando continuidade a pesquisa o autor passa a analisar a municipalidade de Ottawa, onde destina algumas linhas a explicar como se deu seu primeiro dia de efetiva pesquisa de campo em conjunto com a autoridade policial canadense. Para finalizar o trabalho passa então a narrar algumas ocorrências policiais acompanhadas por ele naquela municipalidade, demonstrando como é o procedimento no local.

Outros trabalho que também demonstra a importância da realização da pesquisa de campo e seu consequente aproveitamento para o campo do direito, é a obra do autor Luís Roberto Cardoso de Oliveira, direito legal e insulto moral, dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA<sup>15</sup>.

No texto mencionado o autor também através de uma análise comparativa opta por estudar a questão referente as diferenças existentes entre o que se denomina de igualdade formal e igualdade material, em três perspectivas diferentes, buscando comparar as formas através das quais são conceituadas e aplicadas essas diferentes concepções de igualdade, mostrando uma diferença entre o que Rui Barbosa concebeu como conceito de igualdade material e o que ela represente nas outras culturas estudadas (Canadá e EUA).

Outro trabalho que também merece menção, mas que surgiu como resultado de pesquisa realizada dentro do território nacional foi o trabalho da autora Bárbara Lupetti, intitulado: os rituais judiciários e o princípio da oralidade<sup>16</sup>; nesse trabalho a autora realizou junto ao poder judiciário pesquisas de campo, como forma de demonstrar efetivamente se o mencionado princípio (oralidade) é aplicado ou se trata-se tão somente de previsão legal cuja utilização não é observada.

A autora realizou entrevistas com diversos magistrados como forma de saber qual é o procedimento adotado por esses, quando da apresentação de casos concretos que demandam aplicação do direito em um determinado caso concreto.

Dentre os trabalhos citados, talvez o que mereça maior destaque, considerando a profundidade da pesquisa, bem como os resultados e repercussão obtidos, seja o do professor Marco Aurélio Ferreira Gonçalves, que se debruçou sobre o tema ‘o devido processo legal’, realizando um estudo desse instituto próprio do Direito para verificar efetivamente como se dá a utilização de instituto tido por muitos como o ‘responsável’ pela origem desse nacional, o *due process of law*, enquanto conceito idealizado no sistema jurídico da *Common law*. Conforme advertência feita pelo autor:

Assim, por força da doutrina jurídica nacional, o instituto *due process of law* originário da tradição anglo-saxônica e aplicado ao sistema de administração da justiça criminal dos Estados Unidos da América é interpretado pela dogmática jurídica brasileira, expressa neste trabalho através dos textos que

<sup>15</sup> CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Direito legal e insulto moral**. Dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro. Relume Dumará, 2002.

<sup>16</sup> LUPETTI, Barbara. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre, Sergio Fabris ed. 2008.

representam uma dialética consensual, sob a denominação de *devido processo legal*, ou, no âmbito processual criminal, sob a denominação de *devido processo penal*, como representações simbólicas da mesma tradição jurídica.<sup>17</sup>

Conforme já demonstrado ao longo do presente trabalho, o autor buscou realizar um estudo tendo por orientação as bases antropológicas ligadas a etnografia, realizando uma comparação não buscando as semelhanças entre os institutos, mas sim um contrastes, explicitando de forma clara e objetiva, ‘como é a aplicação em território estrangeiro’ e ‘como é a aplicação em território nacional’.

Em um primeiro momento, há de se imaginar que se o *due process of law* é tido (e defendido) por muitos como a origem do *devido processo legal*, por consequência lógica todas as demais ações correlatas a tais institutos (formas e momento da aplicação, utilização, entre outras), também deveria ser iguais. Não é o que se percebe.

Através da descrição pormenorizada de cada um dos institutos o autor Marco Aurélio Ferreira Gonçalves é capaz de confrontar de forma meticulosa diversas fases dos dois procedimentos (*due process of law* e *devido processo legal*), indicando as diferenças que indicam que uma coisa nada tem a ver com a outra. Tal consequência, de preocupante gravidade para a formação dos bacharéis em Direito no país, pode ser atribuída ao fato de que a produção científica e o método aplicado ao estudo comparativo do Direito no Brasil, tiveram suas informações processadas não por pesquisadores, cientistas sociais, mas por operadores do sistema jurídico (advogados, juizes, defensores, promotores)<sup>18</sup>, o que pode ter contribuído para uma distorção dos conceitos estudados, demonstrando uma confusão quando da pretensa vontade de importar institutos utilizados pelo direito estrangeiro e sua consequente incorporação ao direito pátrio.

São esclarecedoras as palavras de Roberto Kant de Lima, que assim se manifesta:

Embora a maioria da literatura especializada procure estabelecer equivalências entre este nosso procedimento judicial e aquele da tradição angloamericana (FRANCO, 1956; MARGARINOS TORRES, 1939), tais semelhanças são extremamente superficiais. Para começar, o nosso julgamento não é uma opção do acusado, como o do trial by jury, que é aplicado apenas aos que se declararem inocentes. A seguir, porque aqui ele é a culminância de vários procedimentos em que o acusado foi progressiva e sistematicamente indiciado na polícia e sucessivamente denunciado e indiciado no processo judicial, decidindo-se, finalmente, “pronunciá-lo” e inscrever seu nome no “rol dos culpados”.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004. p. 7

<sup>18</sup> Ibid. p. 1

<sup>19</sup> LIMA, Roberto Kant de. **Polícia, justiça e sociedade no Brasil**: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. Revista de sociologia e política

Tal distinção é clara, a começar pela natureza dos institutos. Enquanto no sistema da *Common Law* o *due process of law* é instituído como direito garantido aquelas pessoas acusadas da prática de um crime (como forma de preservarem seu direito a vida – ou a liberdade – contra a vontade do Estado), no Brasil se verifica que o *devido processo legal* é uma obrigatoriedade, um dever que o Estado necessariamente cumpre de instaurar um processo penal todas as vezes que verificada a prática de uma determinada infração penal. Nesse primeiro momento o que se verifica é justamente a disponibilidade existente naquele sistema, onde o acusado é quem escolhe se quer ser julgado por aquele sistema, enquanto que no sistema jurídico brasileiro, o processo é uma obrigação do Estado, e não direito do acusado da prática de um crime.

Outro ponto que merece destaque, diante da flagrante diferenciação existente entre os sistemas de justiça criminal estrangeiro e brasileiro, diz respeito a presunção de inocência que por lá vigora de forma absoluta, enquanto que no Brasil a velha máxima de que ‘todos são inocentes até que se prove o contrário’, foi popularmente adaptada e usualmente é utilizada com o sentido de que ‘todos são culpados que se prove a inocência’.

Ademais, enquanto naquele sistema de justiça criminal há determinação por um julgamento rápido (*speedy trial*), sem que haja, contudo a fixação de prazo para traduzir o que seria esse julgamento; por sua vez no Brasil, após breve análise ao Código de Processo Penal, verifica-se que há, em clara tentativa de importar o *speedy trial*, a fixação de prazo para que sejam praticados atos pelas autoridades policial e judiciária, tais quais o prazo para conclusão do inquérito policial, prazo para o oferecimento da denúncia, entre outros que poderiam ser listados.

Outra diferença está ligada ao direito do acusado de se defender, já que no sistema estrangeiro o acusado dispõe do denominado *Day in court*, ou em livre tradução, o dia na corte, ocasião em que o acusado poderá ser ouvido, poderá expor suas razões, argumentos de defesa e efetivamente participar do processo, enquanto que no processo penal brasileiro, cabe ao acusado tão somente se manifestar sobre fatos pré-constituídos em fase anterior (inquérito policial – que sequer conta com a participação dele).

Por óbvio que as diferenças não se encerram por aí, indicando ao leitor do presente trabalhos as inúmeras obras citadas nesse como forma de possibilitar maior aprofundamento ao tem em questão, notadamente à obra do professor Marco Aurélio Ferreira Gonçalves, que, conforme aduzido alhures, debate de forma pormenorizada diversas diferenças existentes entre o sistema de política criminal dos EUA e do Brasil, pautando sua análise nas diferenças, e não semelhanças, conforme o mesmo faz questão de ressaltar:

---

nº 13: 23-38. Nov. 1999. p. 32. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a03n13.pdf>. Acesso em 15 jul. 2015.

Consequentemente, por não buscar na sua prática sistemática comparativa as ‘diferenças’, e sim as ‘semelhanças’, é que o sujeito pode incorrer em uma representação errônea, quando admite, fundamentado em determinadas categorias do discurso jurídico de nossa sociedade, que certos institutos, quando conflitados com sistemas antagônicos, representam a mesma simbologia e a mesma origem histórica.<sup>20</sup>

Assim, é de se reiterar que deve-se sempre buscar a realidade estrangeira para que, posteriormente, essa seja comparada com a realidade nacional, não considerando (ou buscando) as similaridades, mas sim realizando uma pesquisa por estranhamento, diferenciando uma da outra, seccionando formas de aplicação de uma e de outra, para que a análise, acima de tudo, seja imparcial, não busque o que é igual ou diferente, mas sim busque efetivamente o que é.

## Considerações finais

Como é sempre bom advertir o presente trabalho não tem o condão de esgotar o tema aqui tratado, pelo contrário, buscou-se tão somente incitar (ou sustentar) uma discussão que como se viu, já foi iniciada e precisa, necessariamente ser continuada nos programas de Pós-Graduação em Direito que já o fazem (e por que não, introduzida nos que ainda não o fazem, bem como nos programas de graduação).

Conforme demonstrado o Direito, enquanto ciência social aplicada se vale de métodos de trabalho que buscam corroborar, certificar verdades que já vem sendo repetidas por anos, quiçá, décadas. Por outro lado, há o método de trabalho antropológico que, por sua vez, trabalha de forma integralmente oposta, relativizando verdades, buscando a razão e a formação de conceitos, institutos, para uma melhor compreensão e aplicação do objeto estudado.

Recentemente ambos os campos tem se encontrado de forma bastante fecunda, tendo como resultado diversos trabalhos que buscam analisar instrumentos aplicáveis ao Direito, buscando na sua origem a real razão de ser daquele determinado instituto e confrontando a realidade estudada com o vivenciado em território brasileiro. O que se verifica é que alguns institutos sequer se aproximam de outros que pretensamente seriam suas origens, notadamente o trabalho elaborado pelo professor Marco Aurélio Gonçalves que pretendeu confrontar o *devido processo legal* com o *due process of law*.

Em toda a obra ficam evidentes circunstâncias reveladoras de como a forma de se fazer pesquisa utilizada no Direito, amparada na busca por semelhanças, pode ser equivocada, induzindo os estudantes a uma falsa percepção de que é sempre possível ‘ligar’ um instituto pátrio a um outro estrangeiro, como se tal fato fosse, inclusive, uma regra a ser utilizada (e propagada) nos cursos de Direito. Não é.

---

<sup>20</sup> FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado.** Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004. p. 2-3.

O estudo do professor Marco Aurélio desconstruiu a falsa percepção de que ambos institutos mencionados acima era sinônimos, que ambos seriam aplicados da mesma forma, ou ainda, que um é a origem do outro. Pelo contrário. O que se verificou é que ao longo do trabalho são evidenciadas diversas diferenças entre ambos, o que leva o leitor a entender que uma coisa é totalmente diversa da outra.

Tal fato só foi possível pois o método de trabalho utilizado se afastou do método dogmático aplicado ao Direito; valeu-se então o autor de instrumentos obtidos através do estudo antropológico, o que demonstrou o grande valor que a antropologia tem para com o Direito.

É preciso, no entanto, que trabalhos como o analisado sejam apenas o ponto de partida para muitos outros, embora haja severa resistência da academia em de certa forma aceitar novos métodos de investigação, o que se constata é que os métodos antropológicos podem contribuir sobremaneira para o desenvolvimento do Direito de uma forma até então não experimentada (ou pouco experimentada).

De certo que não é possível, por outro lado, afirmar que todo e qualquer instituto jurídico passará pelo mesmo caminho de ‘desconstrução’ pelo qual passou o *devido processo legal*, após contraposição ao *due process of law*, mas é certo afirmar que, todos aqueles que passarem por esse ‘filtro antropológico’ sairão dele de forma mais esclarecida, mais clara e mais compreensível.

Afinal, a antropologia tem muito mais a oferecer do que a velha ideia dos escavadores de fósseis e crânios enterrados em conjunto com objetos pertencentes a civilizações antigas, se faz necessário, por ora, que o Direito confira a antropologia uma maior abertura (necessária) para que o caminho possa ser trilhado em conjunto, ou ao menos, com a contribuição dela.

## Referências bibliográficas

- BORDIEU, Pierre. Sistema de Ensino e Sistemas de Pensamento. In: **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1987.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Direito legal e insulto moral**. Dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro. Relume Dumará, 2002.
- DA MATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981.
- DUARTE JR., João Francisco. A realidade científica. In: DUARTE JR., João Francisco. **O que é realidade**. São Paulo, Brasiliense, 1998.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2004.
- GEERTZ, Clifford. O Saber Local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: **O saber local**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- KUHN, Thomas. **A função do dogma na investigação científica**. Curitiba. UFPR – SCHLA. 2012.
- LIMA, Roberto Kant de. Por uma antropologia do Direito, no Brasil. In: **ensaios de antropologia e de direito**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011.
- \_\_\_\_\_. **A antropologia da academia: quando os índios somos nós**. Niterói, EDUFF, 3ª edição, 2011.

\_\_\_\_\_. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. **Revista de sociologia e política nº 13: 23-38**. Nov. 1999. p. 32. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a03n13.pdf>.

\_\_\_\_\_. BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica?** Um desafio metodológico. Anuário antropológico, v. 39, 2014.

LUPETTI, Barbara. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**. Porto Alegre, Sergio Fabris ed. 2008.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. **O princípio do livre convencimento motivado do juiz**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2012.