
**A FORMAÇÃO DE TRIBUNAIS ESPECIAIS NO CONTEXTO DO PÓS-
GUERRA: UMA REFLEXÃO SOBRE O CONCEITO DE *CAMPO*
JURÍDICO PARA A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS**

***THE FORMATION OF SPECIAL COURTS IN THE POST-WAR
CONTEXT: A REFLECTION ABOUT THE LEGAL FIELD CONCEPT
FOR THE HUMAN RIGHTS WARRANTY***

FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA

Professor Adjunto IV da Universidade Federal da Paraíba. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-PPGCJ/UFPB. Ex-Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Educação, Culturas e Identidades-PPGECI-UFRPE/FUNDAJ. Possui Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialização em Direito Processual Civil pela mesma Universidade e Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Tem experiência na área de Direito. De forma primária, atua nas áreas de Direito Ambiental e Agrário, Direitos Reais e Urbanos, Direitos Humanos, Retórica Jurídica. De forma secundária, atua nas áreas de Teoria Geral do Processo, Teoria e Filosofia do Direito e História do Direito. Ex-professor do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal Rural de Pernambuco. Editor da Revista Prim@ Facie.

ALINE CASTILHO GOMES RIBEIRO

Pesquisadora membro do grupo de pesquisa da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE). Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), tendo sido contemplada por três anos consecutivos (2011, 2012 e 2013) para a realização de pesquisa incluída no projeto Linha de Montagem da Defesa Social sob Focos de Lentes da Fundação Joaquim Nabuco (Fundaj).

Neste projeto, desenvolveu pesquisa sobre o Corpo de Bombeiros Militar de Pernambuco e sua atuação enquanto a agente da defesa civil e da defesa social no âmbito da Secretaria de Defesa Social (SDS-PE) e como força auxiliar do programa estadual de segurança pública, o Pacto Pela Vida. Tem interesse na área de Sociologia com ênfase nos estudos sobre a construção social do risco, percepção de risco, saúde, segurança pública, desastres e cidades resilientes.

RESUMO

O objeto deste trabalho foi analisar, sob a ótica de Pierre Bourdieu, as relações de poder nos processos que envolvem a formação dos tribunais especiais após a Segunda Guerra Mundial, na perspectiva da dignidade da pessoa humana, e a partir da hipótese de que esses tribunais também burlaram direitos fundamentais, como o do contraditório e da ampla defesa. Foram utilizadas como instrumento de pesquisa, além da bibliografia, as películas de “O Leitor” e “Hannah Arendt” para, mediante os dados coletados, construir um diálogo entre o conceito de campo jurídico formulado por Pierre Bourdieu e a formação dos tribunais especiais. A importância dessa análise se dá em torno de como o tema abordado permanece latente na sociologia jurídica e como esta amplia a própria noção de Direito a fim de entendê-lo como um campo onde se desenvolvem relações de poder. Justifica-se esse enfoque pela necessidade de se entender a atividade jurisdicional dos tribunais especiais para crimes de guerra contra a humanidade na ótica de uma racionalidade pensada na perspectiva dos direitos humanos. Pode-se supor que, mesmo com uma pretensa universalização dos direitos humanos, esses tribunais são instrumentalizados para fins diversos que refletem relações assimétricas no plano internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais de exceção; Direito; Campo jurídico; Direitos humanos.

ABSTRACT

The object of this work was to analyze, from Pierre Bourdieu's point of view, the power relations in the processes that involve the formation of the special courts after the Second World War, from the perspective of the dignity of the human person, and from the hypothesis that these courts they also circumvented fundamental rights, such as that of the adversary and the broad defense. Through the data collected, the "Le Reader" and "Hannah Arendt" films were used as a research tool to construct a dialogue between the concept of the legal field formulated by Pierre Bourdieu and the formation of the special courts. The importance of this analysis is based on how the subject is latent in juridical sociology and how it extends the very notion of law in order to understand it as a field where power relations are developed. This approach is justified by the need to understand the jurisdictional activity of the special courts for war crimes against humanity in the light of a rationality thought in the perspective of human rights. It may be assumed that, even with a pretended universalization of human rights, these courts are instrumentalised for various purposes which reflect asymmetric relations at the international level.

KEYWORDS: Exception courts; Law; legal field; human rights.

INTROUÇÃO

O artigo foi desenvolvido a partir dos conteúdos trabalhados e de discussões realizadas na disciplina de Direitos Humanos, do Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal Rural de Pernambuco, durante o ano de 2014, tendo sido apresentado e publicado no VIII Encontro da Associação Nacional dos Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação-ANDHEP. O presente trabalho constitui uma versão revisada e atualizada deste artigo.

O estudo se apoia na coleta de dados qualitativos por meio de bibliografia e de conteúdo audiovisual com a finalidade de elaborar uma reflexão, a partir do conceito de "campo jurídico", trabalhado pelo filósofo francês Pierre Bourdieu (2014), aplicado à análise das relações de poder e dos processos que envolveram a

formação dos tribunais especiais para julgamentos de crimes de guerra após a Segunda Guerra Mundial. O conceito de campo constitui uma das bases do método de Bourdieu e, por este, tenta-se verificar o objeto da pesquisa à base do contexto social, econômico, político e histórico em que está inserido, dentro do quadro de correlação de forças, considerando que o mesmo não está apartado das demais relações em que ele está inserido e que compõe a essência mesma das propriedades do próprio objeto (BOURDIEU, 2002).

Recorreu-se a conteúdos audiovisuais que, mesmo como obras adaptadas ou roteiro de ficção, trazem essa temática e reproduzem o contexto da época de forma fidedigna. Foram selecionadas as películas de “O Leitor” (THE READER, 2008), obra de ficção ambientado no período pós-guerra, assistido e discutido em sala de aula, e “Hannah Arendt” (HANNAH, 2012), visto posteriormente, e que retrata a vida da filósofa alemã do título e a sua trajetória na escrita do relato sobre o julgamento de Adolf Eichmann, um dos agentes do nazismo.

As circunstâncias que envolvem a formação de tribunais especiais para julgamentos de crimes relacionados ao nazismo, após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939- 1945), ainda são temas de várias discussões e análises sobre os fundamentos que orientam o conceito de dignidade da pessoa humana. Em 1948, serviram de base para a criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, permanecendo como objeto de estudos na área da Sociologia ao estender o Direito como um campo de desenvolvimento de relações de poder. Por isso, o Direito não está isento da interpretação que o compreende para além de um sistema de normas e condutas das relações sociais sob a forma de decisões que pressupõem certa neutralidade.

Esse questionamento advém, antes de tudo, da observação do Direito como um instrumento que carrega consigo a dualidade entre o que, no jargão dos juristas, chama-se de “letra fria da lei”, ou seja, um conjunto de normas objetivas e, em certos aspectos, inflexíveis, que devem pautar a decisão de um juiz, em contraponto à jurisprudência, também entendida como “direito vivo”, e que incorpora uma série de fatores socioeconômicos para a compreensão da pluralidade de costumes e condutas de relações sociais presentes num determinado período histórico a fim de atender à sociedade como um todo e sem a distinção de grupos. Neste caso, deve-

se considerar a existência de duas “verdades”: a verdade historiográfica, que atesta a morte de milhares de judeus como vítimas do holocausto; e a “verdade sociológica” situada em torno da análise e questionamento do discurso político e jurídico produzido sobre certos fatos históricos.

Esta última abordagem tornou-se bastante polêmica no relato produzido pela filósofa alemã Hannah Arendt sobre o julgamento de Adolf Eichmann, um dos agentes do regime nazista responsabilizado pela organização e transporte de judeus aos campos de concentração, condenado à força, em 1961, na cidade de Jerusalém. Em seu relato, que foi transformado em livro com o título *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal* (ARENDR, 1999), Arendt usa a expressão “banalidade do mal” para elaborar uma análise sobre Eichmann como um indivíduo que obedecia a ordens sem questionar, ou seja, o tipo ideal do burocrata que, em busca de ascensão, não mediu as consequências de suas atitudes. Com isso, embora não tenha sido entendida dessa forma, a autora não pretendia afirmar a inocência do réu, mas sim, questionar a forma como o Estado o transformou num monstro diante da pressão pública e a projeção midiática sobre o episódio.

Pretende-se focar sobre o fato de que, sob o pretexto da defesa dos direitos humanos, esses tribunais também burlaram direitos fundamentais, como o do contraditório e da ampla defesa. A importância desse tipo de abordagem sociológica sobre o Direito permite uma reflexão crítica e impõe, sobre o ponto de vista hermenêutico, entender o direito do ponto de vista do contraditório e da defesa da dignidade da vida humana como prerrogativas fundamentais da justiça. Além do mais, assinala uma compreensão do campo jurídico a partir do papel do sociólogo na abordagem de determinados fatos em defesa dos direitos humanos. Isso, por entender que a garantia dos direitos humanos não deve ser repassada somente ao Estado ou a órgãos supranacionais (como no caso dos tribunais especiais e do Conselho de Segurança da ONU), à luz da lei e da doutrina, mas sim, à sociedade civil como instância capaz de consolidar e intervir nessa construção.

2 OS TRIBUNAIS ESPECIAIS E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A grande questão que envolve a formação dos tribunais especiais foi o clamor pela punição de agentes nazistas responsáveis pelo genocídio cometido contra os judeus em campos de concentração da Europa durante a guerra. Longe de questionar a legitimidade e a validade desses tribunais para punir os envolvidos, esta que foi uma das maiores barbáries ocorridas no século XX, é inegável que toda a projeção sobre os crimes somada à pressão exercida sobre o júri, ocasionou em influência sobre as condenações, o que tornam questionáveis, em certos momentos, os meios para que fosse feita a justiça na busca da “verdade” dos fatos.

Outro caso emblemático ocorrido antes da condenação de Eichmann foi o episódio que ficou conhecido como o Julgamento de Nuremberg, que aconteceu na cidade alemã de mesmo nome, entre os anos de 1945 e 1946, onde foram condenados os 24 principais dirigentes do nazismo durante a Segunda Guerra Mundial. Sobre esse julgamento, mas que também vale para o caso de Eichmann, fica evidente a “espetacularização” do processo em que as dificuldades para a defesa dos réus diante da hostilidade dirigida a eles pela imprensa, pelos promotores e pelo júri caracterizaram o que Pedro Paulo Filho (2014) descreve como “um Tribunal de vencedores e favor dos vencedores”, uma vez que “a Alemanha vencida na Segunda Guerra estava submetida aos aliados, que instituíram o Tribunal de Nuremberg para julgar os vencidos de guerra”.

Uma questão fundamental para se entender “Nuremberg” é a sua excepcionalidade. Um juízo criado *pos facto* para processar e julgar autoridades de um país vencido não pode ter sua legitimidade baseada na imparcialidade e equidade, o que, por si, compromete a finalidade do próprio procedimento judicial.

Para evitar situações assim os atos da função de prestação da justiça pelo Estado devem ser realizados por juízes instituídos pelo ordenamento e competentes segundo a lei, por regra geral (DINAMARCO, 2002, p. 203). A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos XXXVII e LIII, consagra a garantia da imparcialidade do Judiciário nesta exigência.

É o que se denomina de princípio do juiz natural. Um juízo formado após a ocorrência da lide, sem competência territorial definida na legislação não pode

assegurar a dignidade da pessoa humana e viola o juiz natural. Impor ao Judiciário que tenha, previamente à ocorrência da lide, competência territorial ou material estabelecida pelas leis processuais e de organização judiciária (NERY JÚNIOR, 2002, p. 72) significa coibir o julgamento de questões por órgãos constituídos após a ocorrência do fato ou direcionados a uma pessoa específica, como foi a natureza dos Tribunais de Nuremberg, de Tóquio e, contemporaneamente, do Tribunal para julgar crimes cometidos na ex-República da Jugoslávia.

O juiz natural significa, sob pena de nulidade do julgamento, que não haverá juiz ou tribunal de exceção; todos têm o direito de submeter-se a um julgamento por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; o juiz tem de ser imparcial, sendo assegurados impedimentos e garantias ao magistrado (NERY JÚNIOR, 2002, p. 66-67).

Por isso, questiona-se a atuação de magistrados em Tribunais de exceção. Especificamente, nos tribunais mencionados, a ação dos magistrados foi objetiva, dirigida e concreta. Atuou-se sobre um caso específico e com um fim específico e, obviamente, a ampla defesa, o contraditório, a atividade persecutória de provas pelos tribunais ficou prejudicada. Clara ofensa ao princípio do juiz natural.

Ao contrário, o topos da dignidade da pessoa humana, para tirar o juízo da sua excepcionalidade, indica que o juiz deve atuar difusa e abstratamente, ou seja, ele vai agir sobre qualquer caso, estipulado em lei, de forma geral. A regra é que todo aquele ato que cria juízo, abstrato e geral, antecedentemente ao fato, para julgar matéria específica prevista em lei, não ofende ao juiz natural. Em outras palavras, o juiz natural impõe que o processo e julgamento sejam feitos por juiz que já fosse competente ao momento em que praticado o ato a julgar (DINAMARCO, 2002, p. 203).

O princípio do juiz natural é composto pelo trinômio: julgamento por juiz/pré-existência do órgão judiciário/juiz competente (enumeração das causas que o juiz tem que julgar). Essas são as garantias do princípio do juiz natural: 1) direito a julgamento por juiz integrante do quadro da magistratura; 2) o órgão que for julgar a causa deve preexistir aos fatos com base nos quais a causa será proposta (veda-se a criação de tribunais de exceção. Ademais, se esta garantia não for obedecida, o julgamento será tido como inexistente); 3) a competência, esta significando a

indicação taxativa das causas que o juiz tem a atribuição de processar e julgar definido pela Constituição ou lei. Não é lícito impor a ninguém um juiz cuja competência não resulte do ordenamento em vigor, não podendo os órgãos do Poder Judiciário alterar as regras de competência estabelecidas na lei (DINAMARCO, 2002, p. 205-206).

Em resumo, o conteúdo do princípio do juiz natural: 1) existência de prévia constituição de órgãos para a prestação da justiça; 2) garantia de independência e imparcialidade dos juízes; 3) fixação da competência através de critérios objetivos; 4) observância do procedimento (NERY JÚNIOR, 2002, p. 73).

Seguem exemplos do reflexo do princípio do juiz natural na jurisprudência brasileira:

Civil. Recurso Especial. Incidente de falsidade. Competência. Compete ao juiz de primeira instância processar o incidente de falsidade, por haver a sentença na ação principal sido anulada pelo tribunal, sem ofensa ao art. 393 do Código de Processo Civil. (REsp 10.566/MG, Rel. Min. DIAS TRINDADE, j. 18/06/1991).

A competência deve prevalecer também por questões de ordem prática e processual, na medida em que a realização de perícia ou inspeção judicial no Juízo será facilitada, porquanto lá já se encontra o produto objeto da divergência entre as partes; o que, sem dúvida, contribui para a celeridade da prestação jurisdicional.[...] Negado provimento ao agravo interno. (AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 727.699/ES, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 07/12/2006).

Agravo regimental. Direito processual civil. Conforme precedentes desta Corte, em se tratando de ação cautelar de produção antecipada de provas, por questões de ordem prática e processual, pode ser reconhecida a competência do foro onde encontra-se o bem objeto da lide, facilitando, com isso, a realização de diligências, perícias e inspeção judicial, bem como possibilitando maior celeridade à prestação jurisdicional. AGRAVO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 1137193/GO, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 27/10/2009).

3. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região anulou de ofício a sentença sob o fundamento de que o Juiz Federal nomeou seu irmão para atuar na causa como perito judicial. 4. Os casos de impedimento e de suspeição do juiz estão previstos nos arts. 134 e 135 do CPC e são inteiramente aplicáveis ao perito, ex vi do art. 138, III, do mesmo diploma. 5. Por força do art. 245 do CPC, a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. 6. Na hipótese, merece reforma o aresto recorrido porque: a) inexistiu arguição da suspeição ou impedimento pelos expropriados em momento oportuno, operando-se a preclusão; b) o juiz que proferiu a sentença é

diverso daquele que nomeou o irmão como perito; e c) foi adotado o laudo do Incra para a fixação do valor da indenização, não havendo qualquer prejuízo para as partes. 7. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 876.942/MT, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 25/08/2009).

Também o princípio do juiz natural abrange a ideia de promotor natural. Pela regra do art. 129, inciso I da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública. O princípio do promotor natural garante ao acusado que este seja processado e julgado pelas autoridades competentes, previamente estabelecidas em lei. O acusado tem direito de ser julgado de forma imparcial; de receber a acusação de um acusador escolhido previamente ao fato ocorrido, e através dos meios legais. É vedada a instituição de um acusador de exceção, escolhido arbitrariamente, “por indicação” (NERY JÚNIOR, 2002, p. 93).

O princípio do promotor natural impede, por exemplo, que o Chefe do Ministério Público avoque processos, efetue livremente substituições, designações e delegações, fora dos casos taxativamente enumerados em lei. Também todos os cargos devem ser fixos, específicos, com atribuição e funções previamente determinadas em lei (NERY JÚNIOR, 2002, p. 96).

Está-se falando de uma garantia que significa não apenas o direito de o cidadão ser julgado por órgão independente do Estado, mas também o de receber a acusação independente de um órgão do Estado escolhido previamente segundo a CF e a lei (NERY JÚNIOR, 2002, p. 93-94). O princípio do promotor natural exige quatro requisitos básicos: 1) investidura no cargo de Promotor de Justiça; 2) existência de órgão de execução; 3) lotação por titularidade e inamovibilidade do Promotor de Justiça no órgão de execução, exceto as hipóteses legais; 4) definição em lei das atribuições do órgão.

Apesar de todas as garantias processuais dadas às partes, o princípio do juiz natural se insere na compreensão do Direito como campo jurídico, o que será tratado no próximo item.

3 O DIREITO E O CONCEITO DE CAMPO JURÍDICO COMO ESFERA DE DISPUTAS INTERNAS PARA A MANUTENÇÃO DO *STATUS QUO*

A compreensão do Direito além de um sistema de normas jurídicas constitui, sobre o que alguns juristas nomeiam como “ciência do direito”, um campo de poder o qual está organizado segundo regras próprias e relações presentes na definição do conceito de *campo jurídico*, elaborada pelo filósofo francês Pierre Bourdieu.

Este conceito apresenta o Direito como uma esfera de disputas internas para a manutenção de um *status quo* por parte de seus operadores, mas também, como uma dimensão isolada do restante da vida social a qual a maioria das pessoas é privada de participar.

Embora Bourdieu não tenha dedicado sua obra exclusivamente à área do Direito, em contraposição a outros estudiosos como o sociólogo do direito Niklas Luhmann (MADEIRA, 2007), sua contribuição é bastante significativa para a teoria social, principalmente no que diz respeito à violência simbólica exercida pelo Estado. O contraponto oferecido por Luhmann colabora para o enriquecimento desta discussão no contexto da realização dos tribunais de exceção porque oferece uma percepção ampla do sistema jurídico e sua relação com outras esferas sociais e que pode colaborar com a discussão que se pretende realizar no tópico em questão.

Bourdieu elabora sua teoria a partir de uma análise da vida social além da esfera objetiva para observar, também, os elementos simbólicos que definem o caráter das relações de poder e que estabelecem os espaços e diferenças entre os grupos sociais com base em relações de dominação. Sobre isso, a professora Maria da Graça Jacintho Setton (2008) explica que Bourdieu concebe a sociedade sob a ótica sistêmica e relacional como uma estrutura hierarquizada que envolve poder e privilégios determinados pelas relações materiais/econômicas (salário, renda), relações simbólicas (status) e/ou culturais (escolarização).

Porém, a distribuição desigual dos recursos e poderes, na obra de Bourdieu, recebem o prefixo *capital* por determinar, semelhante à lógica monetária, as relações dos que possuem ou não uma posição privilegiada na hierarquia social. Esses recursos são definidos como o *capital econômico* (a renda, a posse de bens e imóveis), o *capital cultural* (os saberes e conhecimentos reconhecidos socialmente

por meio de diplomas e títulos), o capital social (relações sociais que podem ser revertidas em valor de capital) e *capital simbólico* (vulgarmente, conhecido como prestígio ou honra).

Toda essa série de fatores, em maior ou menor volume e, dependendo da forma como esses *capitais* são incorporados e arrançados na trajetória social de cada um, irão definir um sistema de disposições de cultura que Bourdieu define como *habitus* (SETTON, 2008). De forma mais ampla, o *habitus* é entendido como a *classe incorporada* e compreende uma série de outros fatores além do capital econômico e que determinam a posição do indivíduo na sociedade. Dessa maneira, entende-se que o *habitus* é incorporado e exercido num *campo* específico, este, definido como:

[...] um sistema estruturado de forças objetivas, uma configuração relacional capaz de impor sua lógica a todos os agentes que nela penetram. Nenhuma ação pode ser diretamente relacionada à posição social dos atores, pois esta é sempre retraduzida em função das regras específicas do campo no interior do qual foi construída. Como um prisma, todo campo refrata as forças externas, em função de sua estrutura interna (MADEIRA, 2007, p.21).

Assim, o que Bourdieu definiu como *campo jurídico*, em sua obra intitulada *Para uma sociologia do campo jurídico*, corresponde simplesmente a mais um desses “territórios simbólicos” em que o poder é exercido por grupos dominantes sobre grupos de dominados:

Essas relações no campo jurídico são também relações de poder, e um dos fundamentos desse poder é a instituição do próprio campo. O campo jurídico institui em torno de si um monopólio, no tocante ao direito de acesso ao próprio campo, determinando que apenas os profissionais podem atuar nele. Estes produzem a necessidade de seus próprios serviços, como os únicos capazes de adotar postura correta perante a lei. Essa imposição de fronteiras àqueles que estão ou não preparados para “entrar no jogo” representa uma retirada de posse e de direitos do cidadão. Esse é obrigado a recorrer aos profissionais da área, que são os que sabem as regras escritas e não escritas. Essa constituição de uma competência propriamente jurídica e de um poder específico serve, também, para controlar o acesso ao campo, determinando os conflitos que merecem entrar nesse campo e a sua forma. A forma como os conflitos devem se conformar aos padrões do campo é um elemento fulcral, pois é justamente através da forma de discurso que se confere, em parte, a legitimação do campo jurídico. Desse modo, **a situação jurídica funciona, para as partes, como lugar neutro, que produz uma neutralização das posturas, onde**

o conflito se converte em diálogo de *experts* (CARLOMAGNO, 2011, p.246, **grifo nosso**).

Vê-se, então, numa tentativa de retomar a temática exposta no início do texto sobre a formação dos tribunais especiais no pós-guerra, como a noção de campo jurídico foi preponderante para que, naquelas circunstâncias, o Estado, representado pelas forças aliadas que saíram vitoriosas da Segunda Guerra, estabelecesse as “regras” para a condenação de réus acusados de crimes contra a humanidade, mas que, por outro lado, foram vitimados pela iniquidade das relações impostas sobre o sistema jurídico. Em outras palavras, Bourdieu descreveria esse quadro como uma demonstração do poder simbólico exercido pelo Estado por meio do “metacapital” caracterizado como a “força física legítima (com a polícia e o exército), o capital econômico (como regulador/interventor nos mercados), o capital da informação, e, essencial, o capital simbólico”, nesse caso, representado pelo uso da violência simbólica pelo campo jurídico (CARLOMAGNO, 2011, p. 247).

Porém, diferente de Bourdieu que entende o seu conceito de campo jurídico como resultado da reprodução social e das disputas de poder entre “dominantes” e “dominados”, Luhmann afirma a existência de um *sistema jurídico* à parte, embora não completamente isolado, da esfera da vida em sociedade. Assim, ele estabelece a ideia de três grandes esferas sociais distintas: os sistemas vivos, definidos como as operações vitais; os sistemas psíquicos, formado pelos indivíduos; e os sistemas sociais, que consistem basicamente nas comunicações. De acordo com Madeira (2007) somente é possível entender a interação entre estes sistemas psíquicos individuais e os sistemas sociais por meio um paradoxo. Luhmann explica que estes sistemas se autorreproduzem porque são fechados, mas que essa autoreprodução somente é possível porque existe uma abertura no meio. Sendo assim, “os seres vivos são sistemas abertos e fechados, mas não abertos ou fechados, mas são fechados porque são abertos ao meio” (2007, p.28). Em outras palavras, os sistemas sociais estão fechados, mas não completamente isolados uma vez que há uma interação por meio da comunicação sendo, este, o único elemento capaz de romper as barreiras da clausura individual do sistema.

Sendo assim, de acordo com Luhmann, estes sistemas comunicativos que se estabelecem são os responsáveis pela reprodução dos subsistemas como a

educação, a economia, a política e próprio direito. Assim, semelhante aos sistemas, o direito é uma esfera aberta e fechada com o preceito mínimo para o estabelecimento da ordem social. Desta forma, a sociedade não existiria como uma confluência de forças individuais, mas de comunicações para a manutenção de um consenso mínimo e indispensável para a própria realização da vida em sociedade:

Como Luhmann preocupa-se com o problema da ordem, toda a sua teoria trata da impossibilidade de existência de um consenso fático entre os indivíduos, como mecanismo de orientação social, como fundamento da sociedade. Portanto, cada sistema só poderá ter conhecimento daquele fator que fica sob seu código particular e sua seletividade. É dentro dessa ideia que se situa o sistema jurídico. Segundo Luhmann, o direito ao longo da evolução cultural, foi se autonomizando da moral a partir de um processo de diferenciação funcional, até chegar a constituir-se num sistema social autopoietico, composto de comunicações de expectativas normativas, cuja validade se remete de modo recursivo a outras expectativas normativas. (...) Em Luhmann, a partir de sua organização interna, o sistema jurídico acaba por estabilizar-se, pois todas as operações se reproduzem sem influência externa, a não ser pela assimilação seletiva de fatores do entorno, de acordo com os critérios do próprio sistema jurídico. Toda a avaliação do direito é realizada de modo recursivo, por seus próprios códigos jurídicos. O direito positivo reproduz-se de acordo com seus próprios critérios e códigos de preferência (MADEIRA, 2007, p.28-32).

Soa como um argumento tópico. A tópica está inserida na retórica e se organiza como uma forma de pensar mediante pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade. Como a tópica se insere na disputa entre posições contrárias, a tarefa sempre passa por encontrar um conjunto de *topoi* e ordenar uma série de questionamentos sobre a questão (VIEHWEG, 1979, p. 23-27). Pela tópica, fixam-se crenças e ideologias e que a tarefa do orador é adequar o seu discurso a essa ideologia previamente fixada e com o objetivo de realizar o consenso. O princípio do juiz natural, aplicado topicamente, permite a construção de valores e a disseminação da ideologia dominante na sociedade.

Na análise sobre teoria de Luhmann, o direito figura um sistema autônomo calcado sobre o consenso para o estabelecimento da ordem social. A aplicação desse pensamento sobre a análise da formação de tribunais especiais no contexto da Segunda Guerra Mundial pode ser entendida como coerente quando se observa, por exemplo, a necessidade de autorreferência do próprio sistema jurídico para

julgar os crimes cometidos durante o conflito o que, no entanto, não exclui as críticas sobre a forma como por quais componentes essa Corte foi estabelecida. Nesse sentido, de acordo com Madeira (2007), os pontos que aproximam a compreensão de Luhmann e Bourdieu consistem principalmente no fato de o direito poder exercer em contextos como esse, ainda que com explicações distintas, influência sobre a esfera política e vice versa:

Com relação às decisões judiciais, Luhmann estabelece que os casos não problemáticos são fundamentados na ponderação de interesses, enquanto nos mais complicados, essa fundamentação cede lugar à auto referencia do sistema, ou seja, a referencia dos casos já decididos. Cada decisão duvidosa antecipa o sentido para a produção de outras decisões, assim como, por outro lado, aproveita essa prática estabelecida através de reiteradas decisões (de gêneros parecidos). Nesse sentido, há estabilização de expectativas apenas por ocasião de um conflito atual ou iminente. O sistema jurídico deve aguardar o conflito para poder evoluir. Na grande maioria das regulações, o direito cria, em torno de um ponto de inflexão, conflitos para evitar conflitos, e os motivos não residem numa antecipação da espera da solução do conflito, senão na regulação do agir enquanto tal. Segundo Luhmann, o sistema jurídico calca na fundamentação das decisões a possibilidade de observação de tendências e a conseqüência de determinação do que será decidido. Além disso, o autor continua, nesse momento, sustentando a legitimidade do sistema jurídico – assim como faz Weber – no caráter de legalidade. Luhmann estabelece que o direito está baseado em um paradoxo, que é o fato de o direito positivo só ter validade na medida em que pode ser modificado através de uma decisão. No tocante às interferências no sistema jurídico, **assim como Bourdieu, Luhmann afirma que o sistema jurídico, autoreferente, autopoietico e fechado, acaba sendo conciliado com a política sob a forma do Estado de Direito. O direito é o instrumento de legitimação da política. O sistema político vale-se do direito a fim de justificar o seu poder** (2007, p.34, grifo nosso).

Com isso, pode-se detectar como que a maior divergência entre as ideias apresentadas de Bourdieu e Luhmann consistem no poder da ação individual. Por outro lado, os autores mantêm posições semelhantes com relação às dificuldades de acesso, numa perspectiva microssocial, das classes populares que, respectivamente, não detém o *habitus* e os meios linguísticos para o acesso às decisões no âmbito jurídico. O que se verifica, no entanto, é que para Luhmann, o formalismo e a codificação presentes são imprescindíveis ao sistema jurídico para que haja uma separação entre o direito e os aspectos morais ou políticos, enquanto que Bourdieu denuncia essas práticas justamente por serem entendidas por ele

como um tipo de violência simbólica que é legitimada e neutralizada no campo jurídico (MADEIRA, 2007).

No entanto, mais importante que pontuar os principais aspectos nas teorias dos dois autores, é verificar a sua relação com a estruturação do Estado, especificamente, na tentativa de universalizar decisões e ações como prerrogativa para se atingir um consenso. Pode-se concluir, pela análise do contexto da formação dos tribunais de exceção, que estes estão apoiados na tentativa de manutenção do *status quo* dos operadores. Numa perspectiva mais ampla da situação que se está discutindo, compreende as estratégias políticas dos países “vencedores” do conflito e violam os próprios princípios constitucionais processuais de garantia real do contraditório e da ampla defesa, a exemplo do princípio do juiz natural.

Porém, é notável como o pensamento de Bourdieu se destaca como uma compreensão diferenciada, embora sem desconsiderar a contribuição de Luhmann, por se aprofundar sobre a questão dos jogos de poder existentes na própria gênese do Estado como um campo social no qual o direito figura uma peça indispensável para a sua manutenção. Para Bourdieu, o Estado se apresenta como um microcosmo, supostamente autônomo no interior de um mundo social expandido, mas onde se joga um jogo político legítimo e regido por regras particulares. No sentido de explicar a formulação de sua ideia, o filósofo francês recorre à análise feita por Karl Marx sobre os bastidores do poder político por meio da metáfora do teatro e da teatralização do suposto consenso que mascara a movimentação das pessoas que não aparecem, mas estão a manipular os cordéis das marionetes e são, de fato, as verdadeiras detentoras do poder. Sob a forma de uma parábola, Bourdieu utiliza a figura do deus romano Jano (ou Janus) representado por dois rostos opostos que olha para frente e para trás e figura alguém que tem controle sobre o começo e o fim, a entrada e a saída, ou seja, detentor do universal, para explicar a sua aplicação no estudo na cultura como um processo de formação de consensos como um processo de universalização e criação de monopólios em confronto com o particular:

[...] Retomar a gênese do Estado é retomar a gênese do campo onde a política se desenrola, se simboliza, se dramatiza em suas formas características. Entrar nesse jogo do político legítimo, com suas regras, é ter

acesso à fonte progressivamente acumulada do “universal”, à palavra universal, às posições universais a partir das quais é possível falar em nome de todos, do *universum*, da totalidade de um grupo. É possível falar em nome do bem público, do que é o bem público, e, ao mesmo tempo, apropriar-se dele. Esse é o princípio do “efeito Janus”: há pessoas que possuem acesso ao privilégio do universal, mas não é possível ter o universal sem ao mesmo tempo monopolizar o universal. Há um capital do universal. **O processo constitutivo dessa instância de gestão do universal é inseparável do processo de constituição de uma categoria de agentes que se apropriam desse universal.** (...) A criação de unidades de medida nacionais e estatais é um progresso em direção à universalização: o sistema métrico é um padrão universal que supõe consenso, do latim *consensus*, “concordância” ou “conformidade”. Esse processo de concentração, de unificação, de integração é acompanhado de um processo de desapropriação, porque todos os saberes e competências associados ao local passam a ser desqualificados (BOURDIEU, 2012, **grifo nosso**).

CONCLUSÃO

A exposição das ideias de Bourdieu sobre a monopolização do universal contribui para a compreensão da postura política dos países Aliados como uma estratégia de controle justificada pela necessidade da punição dos crimes gravíssimos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. Diante do fato ocorrido, era inquestionável a necessidade de revisão da barbárie cometida por todos os envolvidos, mas que, no entanto, tomou as feições de um jogo político que propriamente um instrumento de justiça.

No centro da questão ventilava-se a dignidade da pessoa humana como elemento de legitimação de direitos individuais, econômicos, políticos e sociais no sistema jurídico constitucional. Colocava-se a pessoa humana como valor fonte do direito, o que a posicionaria no sentido de sua expansão para todos os domínios da vida. Essa ideia deveria abranger uma esfera mínima para a sobrevivência da sociedade e passaria pela efetivação de direitos individuais e sociais.

Pelo menos este era o discurso dos juristas europeus e americanos. Robert Alexy (2002, p. 344-345), ao resumir a concepção do Tribunal Constitucional da Alemanha, acerca da dignidade da pessoa humana, afirma que a pessoa deve ser compreendida na sua vinculação à sociedade e a partir da sua aspiração “em se

determinar e se desenvolver num ambiente de liberdade”. Isto significa a introdução nos textos constitucionais de princípios dotados de juízos de valor.

A dignidade da pessoa humana seria um valor supremo que atrairia o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem e orientaria as normas constitucionais e o direito como um todo. O valor da dignidade humana dá sentido à interpretação normativa e unidade material à Constituição. Seria no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontraria o seu elo com os direitos humanos, estes como o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelo ordenamento jurídico nacional e internacional” (PEREZ LUÑO, 2002, p. 48). Esse reconhecimento envolve a proteção da dignidade da pessoa humana através de normas e princípios jurídicos válidos nos limites do território da competência jurisdicional de um Estado.

Peter Häberle (2003, p. 49), ao colocar os direitos fundamentais como base da democracia, afirma que eles “não garantem somente a liberdade do Estado, senão também a liberdade no Estado”. O contraditório e a ampla defesa seriam, nesta ótica, um direito fundamental, pois envolveria o direito de ação relativo à pretensão do indivíduo perante o Estado.

Aqui, a dignidade da pessoa humana, do ponto de vista da atividade de solução de litígios que ocorre no Judiciário, se desdobra no princípio do devido processo legal. Este princípio está consubstanciado no art. 5º, LIV da CF (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal). É princípio fundamental do processo, do qual todos os demais princípios derivam; espécie de meta princípio. Pode-se dizer que o devido processo legal é gênero do qual todos os demais princípios processuais são espécies (NERY JÚNIOR, 2002, p. 32). Vale ressaltar que o ordenamento norte-americano emprega, ao devido processo legal, sentido material, estendendo-o à defesa da vida, da liberdade e da propriedade privada.

De acordo com o devido processo legal, a parte deve ter acesso à justiça, exercendo o direito de ação e a ampla defesa. O processo deve ser regido por garantias mínimas de meios (ou seja, o direito à citação; direito a um julgamento

rápido e justo; direito a arrolar testemunhas; direito ao contraditório; direito a só ser processado de acordo com as leis vigentes à época do fato; direito à isonomia; proteção contra medidas ilegais de busca e apreensão; proteção contra provas ilícitas; direito à assistência judiciária e à justiça gratuita; direito a não produzir prova contra si próprio) (NERY JÚNIOR, 2002, p. 41-42) e resultados equilibrados (mediante julgamentos justos).

Entretanto, esse discurso é desmascarado na formação de tribunais como o de Nuremberg, realizado entre 1945 e 1946, para o julgamento de dirigentes do regime nazista alemão, e expõe como os países “vencedores” foram responsáveis por estabelecer, dentre outras manobras, punições que, salvo os crimes de guerra, não haviam sido qualificados no sistema internacional antes da guerra, o que violaria fragrantemente a dignidade da pessoa humana.

Por isso, é notável como a postura adotada pelos “vencedores” diante dos “derrotados” advém de questões políticas anteriores ao próprio conflito e que foram deslocadas para o *campo jurídico*, aqui, no sentido dado por Bourdieu, num jogo de poder estabelecido sobre regras particulares:

O primeiro grande problema para a defesa foi à conciliação de sistemas jurídicos no Tribunal que eram bastante distintos, uma vez que a Corte era composta por cinco nações diferentes, contando a Alemanha, e para complicar ainda mais quase todas tinham seu sistema jurídico próprio. Norte-americanos e britânicos utilizavam o modelo anglo-saxão, enquanto que franceses e alemães o romano-germânico, e ainda havia o novel sistema jurídico dos soviéticos. Desta forma, optou-se por um misto dos dois primeiros, com uma certa prevalência do modelo anglo-saxão, já que era o modelo comum as duas potências idealizadoras da idéia do Tribunal (HORTA, 2006, p.6).

Não houve preocupação com o princípio do devido processo legal e muito menos em oferecer aos litigantes o direito ao processo justo, com oportunidades reais e equilibradas.

Sobre isso, para concluir, Henrique Clauzo Horta (2006) reitera:

Outros dois princípios fundamentais que foram feridos, quais sejam o da Legalidade ou Reserva Legal “*nullum crimen nulla poena sine lege* (não há crime nem há pena sem lei que preveja o fato)”, e o da Irretroatividade da Lei Penal, evidentemente prejudicaram os réus, já que três dos quatro encargos coletivos pelos quais foram julgados e punidos os acusados,

surgiram ali naquele Tribunal. Entretanto, foi justamente ao deixar de lado o respeito por tais princípios que foi possível criar a Corte Militar Internacional de Nuremberg. (...) Esses princípios considerados como bases em qualquer ordenamento jurídico para a garantia da ordem e da justiça, já estavam consagrados há alguns séculos, além do mais a infração cometida pelo Tribunal de Nuremberg ia de encontro ao próprio direito interno dos países que ali julgavam – exceção ao sistema jurídico soviético (2006, p.8).

Vale ressaltar que a análise feita sobre a formação dos tribunais especiais para os julgamentos dos crimes de guerra cometidos por agentes nazistas durante a Segunda Guerra Mundial não constitui um caso isolado.

Episódios recentes como a formação do Tribunal Penal Internacional da antiga Iugoslávia, em 1993, para o julgamento dos crimes e abusos cometidos durante o conflito na região dos Balcãs, e a realização do Tribunal Especial do Iraque que, em 2005, julgou e condenou o ex-chefe de Estado iraquiano Sadam Hussein, põem em questionamento o valor da dignidade da pessoa humana em desacordo com as normas jurídicas que asseguram o devido processo legal, o direito ao contraditório e o direito à ampla defesa dos réus. Constituem verdadeiros exemplos que mostram a contradição entre o discurso universalista anglo-europeu dos direitos humanos e o *modus operandi* da União Europeia e dos Estados Unidos nas relações internacionais e, de igual modo, no seu direito interno.

Tudo isto aponta para a necessidade de análises do ponto de vista jurídico e dos aspectos sociopolíticos entre os países envolvidos e que devem apontar para uma revisão deste sistema estabelecido de forma arbitrária e em desacordo com vários pactos firmados sobre a defesa dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARENDDT, Hannah. *Eichmman em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: [Companhia das Letras](#), 1999.

BOURDIEU, Pierre. As duas faces do Estado. *Revista Le Monde Diplomatique Brasil*. São Paulo, ano 5, n.54, out. 2012. Disponível em: <https://www.diplomatique.org.br/edicoes_anteriores.php?pagina=3>. Acesso em: 4 abr. 2014.

_____. Introdução a uma Sociologia Reflexiva. In: _____. **O poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 17-58.

CARLOMAGNO, Márcio Cunha. Constituindo realidades: sobre A força do direito de Pierre Bourdieu. **Revista de Sociologia da Faculdade de Letras da Universidade de Porto**, Vol. XXII, 2011, p.245-249.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v.1.

HÄRBELE, Peter. **La libertad fundamental en el Estado Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2003.

HORTA, Henrique Clauzo. Tribunal de Nuremberg: visão crítica a respeito da moral e da política envolvidas no julgamento. **Revista do III Encontro de Iniciação Científica e II Encontro de Extensão Universitária das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo**, v. 6, n.6.

MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v.33, n.1, p.19-39, jun. 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULO FILHO, Pedro. Grandes causas: O tribunal de Nuremberg. Os Advogados de Defesa Alemães. **Portal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/institucional/grandes-causas/o-tribunal-de-nuremberg>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. Uma introdução a Pierre Bourdieu. **Revista Cult**, São Paulo, ano 11, n.128, out. 2008. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/uma-introducao-a-pierre-bourdieu/>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.