

NA PRÁTICA, A TEORIA É OUTRA: REFLEXIVIDADE NO ENSINO JURÍDICO-PENAL E OS APORTES DE MARC GALANTER

Marco Aurélio Florêncio Filho*
Luiz Augusto Rutis Barreto**

RECEBIDO EM:	27.7.2023
APROVADO EM:	5.2.2024

- * Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Tem experiência na área de Direito Penal e Processo Penal, com ênfase em Direito Penal Econômico. *E-mail:* marco.florencio@mackenzie.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3979-6523>
- ** Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Tem experiência na área de Direito Penal e Processo Penal, com ênfase em Direito Penal Econômico. *E-mail:* luizrutis@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1996-9386>



• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

- **RESUMO:** Uma crítica formulada ao ensino jurídico brasileiro é a reprodução de um saber jurídico que ignora a realidade social, tornando o primeiro menos eficaz na construção de respostas para os problemas encontrados na sociedade. Quando se trata da questão criminal, os efeitos dessa dinâmica assumem uma intensidade maior pela intrínseca relação da matéria com o emprego de violência pelo Estado. A partir dos ensinamentos de Daniel Bonilla e Salo de Carvalho, a hipótese da pesquisa é de que o responsável pela alienação da educação jurídica é o formalismo. Na sequência, sugere-se a introdução do conceito de reflexividade de Pierre Bourdieu no ensino da ciência criminal com base nas ferramentas de interpretação da realidade de Marc Galanter como uma forma de mitigar o problema da pesquisa.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Ensino jurídico; Direito Penal; Direito Processual Penal; reflexividade.

IN PRACTICE, THERE IS ANOTHER THEORY: REFLEXIVITY REGARDING THE CRIMINAL LEGAL TEACHING AND MARC GALANTER'S INPUTS

- **ABSTRACT:** The critic towards the formalistic legal education denounces the reproduction of a knowledge that ignores social reality, something especially detrimental when it comes to the criminal sanction study, since its subject holds a close, relation to the State's employment of violence. From Daniel Bonilla and Salo de Carvalho's teachings, it is raised as hypothesis that formalism is the responsible for the legal teaching's alienation. Afterwards, as solution, it is suggested the introduction of Pierre Bourdieu's reflexivity concept at criminal legal teaching as a way to mitigate the research's problem, which would occur through Marc Galanter's reality interpretation tool.
- **KEYWORDS:** Legal education; Criminal Law; Procedural Criminal Law; reflexivity.



1. Introdução

Uma espécie de axioma une todos os estudiosos da questão criminal: a aplicação da lei penal envolve o emprego de violência pelo Estado. Nesse cenário, é particularmente danosa a reprodução do saber que justifica esse uso institucionalizado da força como algo descontextualizado da realidade social.

As linhas normativas que, na teoria, são ensinadas como neutras, na prática, revelam-se seletivamente preconceituosas. Esse transtorno dissociativo da realidade atrapalha a compreensão do futuro profissional jurídico acerca do comportamento das instituições com que terá de dialogar e desincentiva a construção de ferramentas capazes de alterar as dinâmicas empíricas de modo a reduzir a distância entre o mundo da vida e o mundo do direito.

A solução passa pela inserção de reflexividade no ensino jurídico, injetando no corpo discente a capacidade de questionar as concepções da experiência ordinária, trazendo um saudável desencantamento das instituições e profissões jurídicas que conduz a uma percepção da própria responsabilidade diante da natureza violenta da aplicação da lei penal. A exposição a seguir insere-se nesse esforço de incremento de reflexividade na forma como a questão criminal é ensinada.

Em um primeiro momento, será traçada uma exposição de diferentes concepções críticas ao ensino jurídico no Brasil presentes na doutrina especializada, unidas pela percepção de que o responsável pelos problemas apontados é o formalismo. Na sequência, a partir da revisão bibliográfica, propõe-se a inserção da reflexividade tal qual concebida por Pierre Bourdieu no ensino da questão criminal (com base no recorte feito por André Giamberardino das lições do sociólogo para essa seara) por meio da tipologia elaborada por Marc Galanter.

O objetivo desse artigo é indicar um caminho na superação do formalismo tomado como deletério na medida em que, ao limitar a percepção discente da realidade, reduz-se a capacidade do profissional jurídico de atuação na sociedade de forma efetiva.

2. Por que falta reflexividade ao ensino jurídico penal?

O ensino jurídico brasileiro é alvo de críticas doutrinárias constantes. Em uma das expressões mais assertivas desse movimento, afirma Mangabeira Unger:



• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

O problema do ensino jurídico brasileiro é um caso extremo. Como está, não presta. Não presta, nem para ensinar os estudantes a exercer o direito, em qualquer de suas vertentes profissionais, nem para formar pessoas que possam melhorar o nível da discussão dos nossos problemas, das nossas instituições e das nossas políticas públicas. Representa um desperdício, maciço e duradouro, de muitos dos nossos melhores talentos. E frustra os que, como alunos ou professores, participem nele: quanto mais sérios, mais frustrados (Unger, 2006, p. 2).

Tentando organizar o raciocínio proposto pelo professor de Harvard no trecho anterior, parece haver duas linhas de reprovação. A primeira é de natureza “técnica”, denunciando a incapacidade das Instituições de Ensino Superior (IES) em ensinar aos discentes as habilidades necessárias ao exercício competente da práxis. A segunda seria “social”: falta fomento à compreensão dos muitos problemas que afligem a sociedade brasileira e, principalmente, da responsabilidade dos futuros aplicadores do direito em abordá-los.

Dizer que o ensino jurídico “não presta”, não apenas porque não ensina a estrutura formal de forma competente, mas também porque lhe falta uma promoção da capacidade de discussão dos “nossos problemas”, implica a compreensão prévia de que a educação dos futuros aplicadores do direito não se encerra no mundo normativo. Essa concepção encontra respaldo em José Garcez Ghirardi (2020, p. 1166), que defende a existência de uma responsabilidade ética dos atores jurídicos em melhorar a vida coletiva por conta do privilégio no acesso ao ensino superior em uma realidade como a brasileira.

Tratando do ensino da questão criminal, Salo de Carvalho (2001, p. 10-13) fala em “uma inominável defasagem em termos pedagógicos e a profunda distância entre o saber jurídico e a realidade social”. Ela seria condicionada pela deficiência da dogmática jurídica em suprir o hiato entre o universo jurídico e as expectativas da sociedade, que culminaria em uma formação do jurista dissociada das demandas sociais contemporâneas.

Se há uma responsabilidade ética em melhorar a vida coletiva por parte dos juristas como defende Ghirardi (2020), eventual deficiência desses profissionais na compreensão da realidade é prejudicial. Afinal, como aprimorar o que não se compreende?

Superar o problema demanda entender sua causa. Em outras palavras, a partir do diagnóstico apresentado por Carvalho (2001) e Unger (2006), surge a questão: por que o ensino jurídico penal é deficitário? Por que tamanha distância entre a normatividade



e realidade social? A hipótese da pesquisa é que o fenômeno é resultado de uma concepção formalista do direito.

Daniel Bonilla (2013) organiza a cartografia do formalismo e seus reflexos na concepção do direito e em seu ensino e prática. O autor traça o caminho do pensamento que defende uma abordagem pretensamente avaliativa do direito que tomou de assalto a cultura jurídica latino-americana. Sobre o tema, pontua:

Assim, portanto, tanto um quanto o outro distanciam o direito da realidade social e querem convertê-la num universo de conceitos puros e racionais. Por causa de valores como a clareza, precisão e coerência, o direito deve se purificar de qualquer variável que o conecte com a contingência e a confusão que são comuns à vida social. [...] conhecer o direito é, por tanto, conhecer um conjunto abstrato de princípios, regras e conceitos (Bonilla, 2013, p. 227, tradução nossa)¹.

A confusão do direito com a lei, colocando, em posição secundária, as outras fontes do direito; a incomunicabilidade com outros saberes; o entendimento do ordenamento jurídico como completo, fechado e impassível de contradições; em extremos, a confusão de validade formal com justiça, são algumas das características formalistas indicadas por Bonilla (2013, p. 270-274).

De acordo com o professor da Universidade dos Andes, o formalismo só subsiste dentro de sua lógica interna, o menor dos olhares para fora é suficiente para fazer ruir todo o construto. Ele não se perpetua pela adesão orgulhosa de seus adeptos, mas pela convivência ou inconsciência de sua presença por grande parte dos envolvidos com o ensino e a prática do direito².

Bonilla (2013, p. 268) vai afirmar que o conceito de direito, o ensino jurídico e a prática profissional do direito são três concepções interligadas na teoria e na prática e

1 No original: “De ahí, entonces, que tanto uno como otro distancien al derecho de la realidad social y quieran convertirlo en un cielo de conceptos puros y racionales. En aras de valores como la claridad, precisión y coherencia, el derecho debe depurarse de cualquier variable que lo conecte con la contingencia y la confusión que son comunes en la vida social. Conocer el derecho es, por tanto, conocer un conjunto abstracto de principios, reglas y conceptos”.

2 Nesse sentido, sustenta Bonilla: “O formalismo reina na região não porque há uma defesa clara, precisa e persuasiva de seus postulados nas universidades, tribunais e grupos de advogados, mas sim porque se reproduz silenciosamente - quase inconscientemente - nas novas gerações de advogados e nas práticas profissionais cotidianas. Ao tornar explícitos seus postulados, assim como suas debilidades, é possível que seu questionamento resulte mais amplo e efetivo” (Bonilla, 2013, p. 300, tradução nossa). No original: “El formalismo reina en la región no porque haya una defensa clara, precisa y persuasiva de sus postulados en las universidades, tribunales o colegios de abogados, sino porque se reproduce silenciosamente - casi inconscientemente - en las nuevas generaciones de abogados y en las prácticas profesionales cotidianas. Al hacer explícitos sus postulados, así como sus debilidades, es posible que su cuestionamiento resulte más amplio y efectivo”.

• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

que mudanças em uma implica mudanças nas duas outras. Portanto, o ensino jurídico formalista reforça e reproduz uma concepção formalista de direito que resulta em uma prática formalista.

Quanto às características, a educação formalista resumir-se-ia à formação aos materiais produzidos pelo legislador, categorizando como irrelevantes os questionamentos sobre a legitimidade moral e política das normas e instituições jurídicas (Bonilla, 2013, p. 262-284). Chama a atenção o quanto o relato do professor mexicano lembra o diagnóstico traçado por Carvalho (2001).

Assim, entende-se que:

[...] a educação formalista é uma educação descontextualizada. [...] O que se suceder nas áreas da sociedade que colidam com os limites claros e precisos do ordenamento jurídico não tem nenhuma importância para os operadores jurídicos. [...] o formalismo oferece aos estudantes uma educação acrítica. As perguntas acerca da legitimidade e eficácia das normas jurídicas resultam irrelevantes. [...] É comum que os professores fujam ou desqualifiquem as perguntas dos estudantes sobre a justificação moral ou política de alguma norma ou as consequências efetivas que essa gera na sociedade (Bonilla, 2013, p. 284, tradução nossa)³.

A descontextualização do ensino jurídico formalista retratada por Bonilla é corroborada pelo trabalho de Florêncio Filho e Denardi (2018). Os autores defendem que a renovação da educação em direito no País depende da superação da ideia jurídica formal que induz a uma formação sem a capacidade de fazer críticas.

Mas os professores parecem concordar com as premissas de Bonilla na defesa de que há uma intercomunicabilidade entre a concepção de direito, o ensino e o exercício profissional no sentido de que o afastamento da realidade – fruto do formalismo – implica dissociação da dogmática do papel transformador que o direito pode ter (Florêncio Filho; Denardi, 2018, p. 114).

Nesse sentido, aplicando a categorização de Bonilla ao diagnóstico de Mangabeira Unger e Salo de Carvalho, o ensino jurídico-penal brasileiro é formalista. Eis que se

3 No original: “[...] la educación formalista es una educación descontextualizada. [...] Lo que suceda en las áreas de la sociedad que colindan con los límites claros y precisos del ordenamiento jurídico no tiene ninguna importancia para los operadores jurídicos. [...] el formalismo ofrece a los estudiantes una educación acrítica. Las preguntas por la legitimidad y eficacia de las normas jurídicas resultan irrelevantes. [...] Es común que los profesores evadan o descalifiquen las preguntas de los estudiantes sobre la justificación moral o política de alguna norma, o las consecuencias efectivas que ésta genera en la sociedad”.

fazem presentes diversos indicativos nesse sentido: a enciclopedização do saber, a gravitação em torno de produções do legislador e o exercício contínuo de abstração tautológica de conceitos, regras e princípios.

Em segundo lugar, por ser formalista, ele é descontextualizado. Essa é uma consequência inexorável. De forma geral, as ciências criminais são ensinadas sem o devido olhar crítico⁴ das arbitrariedades políticas, senso comum e preconceitos que permeiam as escolhas legislativas sobre que é tipificado como delito e aplicado como direito. Por conseguinte, o ensino jurídico-penal amolda-se ao formalismo irrefletido, inútil em suas representações oníricas da realidade e incapaz de produzir respostas capazes de construir um diálogo na busca da solução de nossas questões.

Ao afastar a realidade – e os muitos desafios que dela decorrem – do ensino, desencorajamos a formação consciente do conhecimento técnico atrelado à descrição crítica do mundo dos fatos e alimentamos a alienação e a perpetuação do senso comum criminológico – já tão impregnados na psiquê de diversos aplicadores da lei penal – na mente dos estudantes. Daí decorre a crescente perda de relevância da formação tradicional, bem como o distanciamento entre o saber jurídico e a realidade social.

A pergunta passa a ser, então, como combater os fundamentos do formalismo no ensino jurídico-penal? O incremento da noção de reflexividade tal como concebida por Bourdieu parece ser uma saída.

Defende o autor que há duas visões que dominam o debate em torno do direito: o formalismo e o instrumentalismo. Enquanto o primeiro defende uma autonomia absoluta entre forma jurídica e o mundo social, o segundo concebe o direito como um reflexo, um instrumento a serviço do grupo dominante (Bourdieu, 1987, p. 814). Entretanto, essa dualidade ignoraria o local que produz as práticas jurídicas: o campo jurídico.

Esse campo teria uma lógica específica determinada por dois fatores determinantes: relações de poder que ordenariam uma tensão competitiva entre os atores técnicos

4 Sempre que o adjetivo crítico(a) for utilizado, refere-se à perspectiva crítica descrita pelo professor Salo de Carvalho, que faz uso dos ensinamentos do professor Ferrajoli em: Ferrajoli, L. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998, p. 921: “Ao contrário, a perspectiva crítica refletiria sobre o modo de conceber o trabalho do jurista, colocando em questionamento dois dogmas positivistas: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e não valorativa do jurista na tutela do direito positivo vigente. Caberia ao jurista crítico, portanto, desde o locus constitucional, não apenas sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento vigente, auferindo-lhes a completude e a coerência que efetivamente não possuem, mas “[...] *esplicarne l’incoerenza e l’incompletezza mediante giudizi d’invalidità su quelle inferiori e correlativamente d’ineffettività su quelle superiori*” (Carvalho, 2001, p. 10).

• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

pela competência em dizer o que é o direito e uma lógica interna de funcionamento judicial que limita as ações possíveis (Bourdieu, 1987, p. 816).

O direito teria uma série de mecanismos para insular quem pode competir na luta de determinar o que diz a lei e dificultar a percepção de que o conteúdo prático do direito emerge como um produto da luta entre profissionais que possuem habilidades técnicas e influências sociais desiguais (Bourdieu, 1987, p. 827).

Para Bourdieu (1987, p. 816), ignorar essa dinâmica impediria uma compreensão da importância social do direito. A fim de não incorrer nesse equívoco, sugere o autor a noção de reflexividade (Bourdieu, 1989).

Reflexividade nada mais seria do que a consciência da dinâmica real de conflito entre os atores de determinando campo pelo monopólio do poder simbólico que opera por detrás da pretensão de cientificidade (Bourdieu, 1989, p. 35, 42 e 52).

No lugar de discorrer de forma generalizada sobre o que o sociólogo tem a dizer, adequa-se melhor ao objetivo do artigo, compreender de que modo as ferramentas de Bourdieu podem servir à compreensão da questão criminal. Nesse sentido, André Giamberardino (2021) defende que o Sistema de Justiça Criminal é aquilo que Bourdieu denomina de “campo”: um espaço estruturado por posições (independentemente das características pessoais de seus ocupantes) e pelas constantes lutas e disputas dessas pelo capital específico do campo.

O senso comum de neutralidade e universalidade se revelaria, no mundo real da aplicação da lei penal, socialmente seletivo e racialmente discriminatório (Giamberardino, 2021, p. 185). Portanto, o direito precisa ser compreendido não apenas como um conjunto de normas, mas também como uma arena de práticas cuja coincidência com as categorias jurídicas tradicionais não é garantida.

Nesse campo do Sistema de Justiça Criminal, haveria uma tensão estruturante da prática entre o modelo do controle do crime e o do devido processo legal, cujo reconhecimento não implica dizer que tudo é válido, pois as duas são limitadas legal e constitucionalmente.

A proposta do professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR) é convidar o estudante a debater sobre a tensão que organiza e articula os sistemas criminais em suas instituições e carreiras. Esse debate faria com que houvesse um afastamento da reprodução do saber simbólico – da doxa (crença comum) – por meio da qual os profissionais naturalizam e racionalizam atos que produzem consequências humanas severas.

Na matéria penal, a introdução da reflexividade traduzir-se-ia em:



[...] capacidade de questionar as concepções do senso comum e da experiência ordinária, condição de possibilidade para o desencantamento das instituições e profissões ao mesmo tempo em que eleva a capacidade de percepção da própria responsabilidade pelos atos praticados em sua natureza violenta (Giamberardino, 2021, p. 181-182).

Para alcançar esse objetivo, o docente ressalta que as competências tradicionais ensinadas na formação prática-profissional seriam:

- a) a localização no tempo processual;
- b) o pensamento estratégico;
- c) o desenvolvimento de capacidade de expressão por meio de uma linguagem técnica.

A questão é que essas habilidades seriam insignificantes sem a compreensão reflexiva do mundo real (Giamberardino, 2021, p. 184), que poderia ser alcançada com o acréscimo de duas novas categorias:

- d) a percepção das interações sociais e disputas por posições nas profissões e instituições jurídicas bem como a relação empreendida dessa dinâmica com o público não profissional;
- e) a capacidade de visualização das estruturas que se produzem do ponto anterior como aparatos mentais daqueles que vão ocupar as posições principais.

A intenção com essa introdução é revelar a maneira pela qual o processo penal oculta sua violência a partir da inserção de um prisma pretensamente despolitizado e não histórico de percepção do mundo. Em sua visão, o papel tradicional do ensino tem sido o de legitimar e naturalizar a prática de violência física e simbólica por meio da Justiça Criminal, alterar esse cenário só seria possível com a inserção da reflexividade e o consequente deslocamento da ideia de crime como dado ontológico para a noção de produto de uma atividade interpretativa.

A leitura atenta do trabalho indica que, apesar de sua finalidade precípua ser uma reflexão sobre o ensino de prática jurídica penal, o raciocínio tem outras ramificações. Afinal, “garantir maior carga de reflexão crítica e sociológica” (Giamberardino, 2021, p. 205) é uma tarefa que passa pela educação experimental, mas que a ela não se limita.

• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

Portanto, é possível e necessário refletir sobre novas formas de se ensinar a teoria e a prática. Nessa reflexão, insere-se o artigo em comentário.

Percepção das interações sociais e disputas por posições no campo jurídico e capacidade de visualização das estruturas que se produzem enquanto aparatos mentais dos operadores do direito, são essas as competências que, de acordo com Giamberardini (2021), permitiriam ao discente compreender o mundo real de forma reflexiva. O objetivo dessa exposição é apresentar os ensinamentos de Marc Galanter (2018) como uma ferramenta pedagógica capaz de agregar ao ensino da dogmática jurídica-penal a capacitação reflexiva dos estudantes.

Importante notar que a pretensão dessa exposição não é tratar da reflexividade a partir da introdução - de todo necessária - de disciplinas propedêuticas como Sociologia Jurídica, Filosofia do Direito ou até Criminologia. A intenção é falar desse incremento a partir da reforma do ensino dogmático. Por quê? Porque, na linha da bibliografia observada, parte do problema é exatamente a separação do ensino da técnica jurídica das reflexões produzidas pela sociologia, pela economia, pela filosofia. Além disso, converge com as referências teóricas a colocação de que as questões relativas ao mundo real são questões pertinentes à abordagem do mundo normativo.

Assim, contextualizado o problema da pesquisa (a descontextualização do ensino jurídico), o potencial responsável (uma concepção formalista de direito) e uma potencial solução (incremento de reflexividade), cumpre observar a aderência do que construiu Galanter (2018) com as premissas teóricas dessa exposição para, depois, elucidar como poderia se dar na prática seu uso no ensino de Direito Penal.

3. A construção teórica de Marc Galanter: o sistema jurídico como um aparato de reprodução e aprofundamento de desigualdades

Para a compreensão do papel funcional-pedagógico que se pretende delegar às lições desse sociólogo do direito, é preciso primeiro explicar seu pensamento. Até para evitar anacronismos, em que pese estar tratando do sistema de justiça norte-americano, sua conclusão principal indica relevante aderência à realidade brasileira: a litigância produz desigualdade (Galanter, 2018, p. 43).



O referido autor trabalha com um pressuposto estruturante que lembra uma reflexão trazida por Bourdieu (1987, p. 850): aqueles que ocupam posições inferiores no campo jurídico têm uma tendência a defender os interesses de uma clientela composta por classes sociais desprivilegiadas de modo que os profissionais do direito incrementam a inferioridade dos que representam. Esse cenário reduz as oportunidades das forças subversivas em modificar as relações de poder internas ao campo.

Para elucidar seu ponto (as razões pelas quais a litigância jurídica reproduz e aprofunda a desigualdade na sociedade), trabalha o autor com quatro conceitos estruturantes: a tipologia das partes; os serviços jurídicos; os aparatos institucionais e as regras. Na lógica de Galanter, em cada uma dessas etapas, a disparidade sofreria um incremento gradativo.

A tipologia das partes trabalha com a divisão dos atores sociais que litigam: os participantes eventuais do litígio judicial e os jogadores habituais desse aparato (Galanter, 2018, p. 46-47). Cada arquétipo é dotado de características intrínsecas que condicionam como vão atuar na defesa de seus interesses no campo jurídico, mas, condicionam quais são chances de fazerem valer suas pretensões.

O jogador habitual traz algumas vantagens exclusivas (Galanter, 2018, p. 48-51): detém o conhecimento prévio (já litigaram antes); tem acesso fácil a especialistas e baixo custo inicial; apresenta melhores oportunidades para desenvolver relações informais com os servidores públicos; possui uma reputação a zelar, sobressaindo perante o participante eventual em relação ao convencimento em uma negociação; joga com as probabilidades para maximizar o ganho relacionado a uma longa série de casos, mesmo quando isso envolve o risco de perda máxima em alguns deles; pode disputar regras e ganhos imediatos; e pode disputar regras da própria litigância.

O participante eventual não pode se arriscar tanto. A unicidade da demanda que o submete ao campo jurídico faz com que não tenha conhecimento prévio do funcionamento do sistema de justiça; além disso, seu acesso a especialistas é reduzido e oneroso, o desenvolvimento de relações informais é praticamente impossível pelo caráter sazonal de contato próximo. Dificilmente, estará disposto a perder pessoalmente em função de um ganho estratégico no futuro e a disputa das próprias regras de litigância demanda um grau de organização e sofisticação que simplesmente não lhe é disponível.

Pela *expertise* adquirida, jogadores habituais podem levar a julgamento casos mais prováveis de produzir resultados. Eles tendem a prever melhor quais regras serão

• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

aplicadas ao caso; eles podem compensar derrotas em ganhos. Também apresentam mais condições de investir para obter um resultado mais favorável.

Importante não fazer uma assunção automática de que jogadores habituais são os “que têm” e os participantes aqueles “que não têm”. Por exemplo, um governo que representa os pobres pode atuar na litigância como um jogador habitual e o rico acusado da prática de um crime se adequaria, inicialmente, ao menos, à figura de participante eventual (Galanter, 2018, p. 53-55).

Feita a tipologia das partes, surge o segundo conceito estruturante: os advogados. Adaptando as ideias do autor à realidade brasileira, parece-nos pertinente a colocação da noção de serviços jurídicos no lugar de “lawyers”, pois a forte atuação de instituições como a Defensoria Pública, o Ministério Público Federal, tornam a nomenclatura “advogados” reducionista das dinâmicas retratadas.

Aliás, um advogado é um jogador habitual por natureza e, quanto mais qualificado, mais apto a se utilizar das benesses de sua condição estrutural (Galanter, 2018, p. 72). Destaca-se também que a advocacia de participantes eventuais seria diferente da de jogadores habituais, enquanto a última seria marcada por melhores informações sobre serviços jurídicos, a última estaria situada em um escalão mais baixo.

O terceiro conceito estruturante é a noção de “aparatos institucionais”, instituições caracterizadas pela passividade – que precisam ser mobilizadas pelos litigantes – e sobrecarga. Esse panorama seria ideal para os serviços jurídicos de jogadores habituais, pois “constituem o cenário no qual as vantagens de posição estratégica e serviços jurídicos dos JHs podem operar por completo” (Galanter, 2018, p. 85).

A seguir, apresenta-se a concepção funcional das regras, de acordo com o autor:

[...] conforme as regras forem imparciais ou favorecerem “quem não tem”, os recursos limitados para sua implementação serão alocados, como argumentei, para atribuir maior efeito àquelas regras que protegem e promovem os interesses tangíveis dos grupos organizados e influentes (Galanter, 2018, p. 87-88).

Na lógica de Galanter, o tratamento diferenciado dos destinatários do sistema é resultado de fatores tendenciais que se somam ao longo do caminho que percorre a aplicação do direito, da eleição da norma à forma como ele vai ser interpretado pelos tribunais. Em cada etapa, a desigualdade vai se aprofundando.



Não se opera em uma lógica determinista, mas sim com uma concepção de tendências institucionais que, na maior parte dos casos, tende a se verificar.

Um exemplo pode explicitar o acerto da posição ora suscitada.

Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) revelou um número exponencialmente crescente de procedimentos relativos ao *habeas corpus*:

Instalado em 7 de abril de 1989, o STJ levou 19 anos para chegar ao HC de número 100.000. Para acumular os últimos 100 mil e completar meio milhão de *habeas corpus* impetrados, foram precisos apenas um ano e dez meses.

Segundo o ministro Rogerio Schietti Cruz, presidente da Terceira Seção (que reúne as duas turmas do STJ especializadas em direito penal), o aumento expressivo do número de *habeas corpus* é uma tendência difícil de ser revertida, e a marca de meio milhão de impetrações é significativa. Curiosamente, observou o ministro, “o HC 500 mil aborda o tipo de crime mais comum, o tráfico de drogas, e tem origem no tribunal que mais gera a impetração de HCs, que é o TJSP”⁵.

Nesse ambiente de absoluta sobrecarga, há uma tendência à consolidação das posições anteriormente firmadas diante da “passividade”, traço distintivo do aparato institucional. Essa inclinação vai se comunicar na forma como serão tratados o participante eventual e o jogador habitual. Em se tratando de matéria penal, é até possível se falar em um participante eventual com alta capacidade financeira, capaz de contratar um advogado qualificado, esse um jogador habitual.

Esse advogado vai ter aquilo que Galanter (2018, p. 72) denomina de “mais continuidade, melhor arquivamento dos registros, mais trabalho antecipado e preventivo, mais experiência e prática especializada em áreas pertinentes e mais controle sobre a assessoria jurídica”. Em outras palavras, o profissional vai estar em melhores condições de lidar com o binômio passividade/sobrecarga do aparato institucional para fazer valer sua vantagem competitiva na busca pelo resultado favorável.

Diante da imensidão de *habeas corpus* no STJ, buscará utilizar-se não apenas da melhor técnica jurídica na elaboração da estratégia, mas também de contatos profissionais construídos ao longo de anos para encontrar caminhos na burocracia interna

5 STJ recebe o pedido de *habeas corpus* número 500.000. *Notícias STJ*, [on-line], 26 mar. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-03-26_06-50_STJ-recebe-o-pedido-de-habeas-corporus-numero-500000.aspx. Acesso em: 15 maio 2023.

• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

do tribunal, de modo a fazer com que sua pretensão seja ouvida para além das circunstâncias institucionais desfavoráveis.

Essa dinâmica faz com que o tratamento dispensado pelo aparato institucional não tenha relação tanto com a acuidade técnica-jurídica da pretensão do cidadão, mas sim com a sua posição estratégica dentro do litígio. Foi o caso, por exemplo, do julgamento do senador Flávio Bolsonaro, que impetrara um *habeas corpus* buscando o reconhecimento da nulidade da quebra de seus sigilos fiscal e bancário⁶.

Na ocasião, indicou Carvalho (2021) em resposta a uma entrevista em que o que chamava a atenção não era a (in)correção da decisão, mas a seletividade dispensada pelo Superior Tribunal de Justiça no tratamento da matéria:

Se a gente for analisar o histórico das decisões do STJ em casos similares - e estou falando sobretudo dos casos mais usuais que a corte julga, como furto, roubo, tráfico de drogas, o que chamamos criminalidade de rua - normalmente o STJ é mais condescendente com esse tipo de decisão, que a gente chama de adesiva, que é quando o juiz simplesmente remete o conteúdo de sua decisão a pedido do Ministério Público. É uma luta da academia, da doutrina do direito penal, de que uma decisão, pra quebrar um direito fundamental, tem que ser bem fundamentada. O juiz não pode simplesmente dizer 'tem razão o Ministério Público'. Ele tem que apresentar dados concretos que justifiquem que violar esses direitos fundamentais tem base sólida e indícios de delitos graves, e que só a partir daquela prova que se pode comprovar. Essa decisão de ontem, do ponto de vista da Constituição, do que se espera do ponto de vista judicial, está correta. A decisão do doutor Itabaiana aqui no Rio, própria forma, a própria estética de ser em cinco linhas, indica que não há uma fundamentação consistente. Na mensagem, posteriormente ele dá outra decisão, aí mais fundamentada, validando aquela decisão. Pra mim (a primeira) nem é uma decisão, é um despacho do doutor Itabaiana. É usual na jurisprudência do STJ considerar essa prova válida, embora, do ponto de vista constitucional, a doutrina entenda que não. O que chama a atenção, e pra mim é a grande reflexão de ontem, é que do ponto de vista constitucional, legal e doutrinário, a decisão está correta. Não se pode admitir a quebra de um direito fundamental sem justificativa, sem fundamentação judicial. O problema é que se pode notar uma certa seletividade na aplicação da Constituição, porque numa grande parte dos casos que chegam ao STJ essas decisões são admitidas (Carvalho, 2021).

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso em habeas corpus n. 125.461-RJ (2020/0078834-6)*. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 23 fev. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=122223552®istro_numero=202000788346&peticao_numero=202000294752&publicacao_data=20210308&formato=PDF. Acesso em: 8 out. 2023.



Galanter explica essa seletividade a partir da tipologia das partes, do papel dos serviços jurídicos e do funcionamento dos aparatos institucionais, dinâmicas que influenciam a forma como se dá a aplicação das regras.

Em tempo, o autor sustenta alguns caminhos para a reforma do sistema. No que importa ao recorte dessa reflexão, a proposição de uma reorganização das partes é a mais pertinente. A ideia é a reestruturação no sentido de organização “em grupos coesos com habilidade para atuar de modo coordenado, jogar com estratégias de longo prazo, se beneficiar de serviços jurídicos de primeira qualidade e assim por diante” (Galanter, 2018, p. 115).

A partir dessa reforma, haveria um espaço para a “advocacia de interesse público”, um conceito com um conteúdo semântico muito próprio à realidade norte-americana. Suficiente dizer que significa advogar em favor dos vulneráveis, daqueles marginalizados por questões econômicas, sociais, raciais, sexuais ou de gênero. Nesse sentido, pode ocorrer a advocacia penal, ambiental ou societária de interesse público.

Seu papel funcional na reforma seria no sentido de organizar a participação de estratos sociais do espaço de litigância como um jogador habitual, podendo também “ser pensada como uma combinação de organização comunitária, ação coletiva e estratégias de casos-teste, juntamente com incrementos nos serviços jurídicos” (Galanter, 2018, p. 119).

Advocacia de interesse público não deve ser confundida com a Defensoria Pública. Entretanto, na realidade brasileira, o papel funcional que Galanter (2018) atribui potencialmente à primeira se aproxima da última. Afinal, diversos estudos apontam taxas extremamente exitosas de litigâncias promovidas na seara penal pelas Defensorias Públicas, com a construção de teses particularmente relevantes na jurisprudência⁷.

A utilidade das reflexões de Galanter (2018) para a abordagem que ora se propõe deriva-se de sua potencialidade de engendrar maior reflexividade no ensino

7 Segundo pesquisa feita pela *Revista Folha*, a Defensoria Pública obteve êxito em 48% dos recursos que impetrou no STJ, enquanto os advogados, em apenas 23%. Já no STF, a Defensoria Pública conseguiu decisão favorável em 5% e os advogados, em 3%. Informações disponíveis em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>. Acesso em: 19 maio 2023. A quantidade de decisões não é o único dado que chama a atenção quanto à atuação da Defensoria; é de destaque, também, a relevância dos assuntos tratados em suas demandas. Foi, por exemplo, a pedido da Defensoria Pública e do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos que, em decisão histórica, “a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de gestantes, lactantes e mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, em todo o território nacional”. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503414&ori=1>. Acesso em: 19 maio 2023.

• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

do direito penal, posto que descortina o funcionamento do sistema de justiça criminal que, de algo neutro ou imparcial, revela seu funcionamento seletivo. Com isso em mente, cumpre observar como essa lente de abordagem poderia ser introduzida, hoje, no ensino jurídico.

Pense-se nas disciplinas ligadas à dogmática jurídica da questão criminal (Direito Penal, Direito Processual Penal e Execução Penal). É natural que, ali, haja uma reflexão sobre as balizas colocadas pelos precedentes judiciais. A sugestão aqui é introduzir casos concretos que dialoguem com esses parâmetros técnicos à luz das perguntas de Galanter (2018).

O acusado de determinado processo é um participante eventual ou um jogador habitual? Na maior parte das vezes, trata-se de um participante eventual em situação de vulnerabilidade econômica.

Sendo esse o caso, os serviços jurídicos disponibilizados ao acusado fizeram com que a sua pretensão pudesse ser tratada com as vantagens competitivas de um jogador habitual? Se sim, por quê? Se não, o que faltou? Os aparatos judiciais funcionaram na lógica regular ou houve alguma excepcionalidade? As repercussões da decisão tiveram repercussões na jurisprudência local ou no comportamento das instituições?

A importância desses questionamentos não pode ser subestimada, uma vez que eles não apenas abordam o funcionamento do Sistema Penal, com uma saudável desconfiança, como também promovem um escrutínio sobre os acertos e desacertos no emprego da violência estatal.

A crítica inicial ao ensino jurídico está relacionada com a sua crescente descontextualização da realidade social que circunda a aplicação da lei penal fruto de uma concepção formalista do direito. Com esteio nos pensadores citados anteriormente, Giamberardino (2021, p. 205) vai defender que a salvação para a formação jurídica da irrelevância reside, ao menos em parte, no questionamento das pretensões de neutralidade e universalidade tanto da dogmática quanto da atuação dos profissionais que compõem o Sistema Penal.

O que se quer dizer é que a teoria de Galanter (2018) funciona como um bisturi que permite essa incisão no Sistema Penal, cuja pretensão simbólica se revela, na realidade, insustentável.

A introdução solitária de casos concretos poderia ser capturada pelo formalismo tradicional que tentaria justificar as distorções verificadas na lógica interna do campo.



Todavia, a apresentação de hipóteses reais associada aos questionamentos pautados no que diz Galanter torna inafastável o combate ao formalismo.

Eis que, graças aos aportes do sociólogo anglo-saxão, questiona-se as preconcepções do senso comum e da experiência ordinária, elevando a capacidade de percepção da própria responsabilidade do futuro jurista pelos atos praticados no campo que virá a compor (Giamberardino, 2021, p. 181-182). É disso que se trata quando se fala em reflexividade.

O sistema penal deixa de ser apreendido como um conjunto harmônico e coerente e passa a ser visto como uma teia complexa de atores, interações e dinâmicas autônomas, mas interdependentes. A compreensão do aparato normativo é agregada à observação das dinâmicas políticas, organizacionais e institucionais que estruturam o modo de agir no aparato judicial (Giamberardino, 2021, p. 188).

Voltando ao exemplo do senador Flávio Bolsonaro, no lugar de simplesmente apresentar seu caso como um exemplo da aplicação correta da técnica jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça no tratamento da quebra de sigilo fiscal (ensino jurídico formalista), a tipologia de Galanter (2018) revela na pessoa do parlamentar um jogador habitual que está em uma melhor condição de movimentar a dinâmica política do aparato judicial. Ele tem maior capacidade enquanto arquétipo de “parte” em superar o binômio passividade e sobrecarga para fazer sua pretensão ser ouvida de uma forma diferente das centenas que entram na jurisdição da Corte Superior diariamente.

Por outro lado, nem toda dinâmica revelada pela referida ferramenta é negativa.

Por exemplo, o reconhecimento do Superior Tribunal de Justiça de que o plantio e a produção de óleo de *cannabis sativa* (maconha) para fins medicinais é atípico indica a organização de um conjunto de litigantes que, solitariamente, seriam considerados participantes eventuais, mas que, juntos, organizaram suas pretensões como se jogadores habituais fossem. O julgamento⁸ permite leituras muito além do tecnicismo jurídico, caso se façam as perguntas certas.

O fato de todos os julgadores terem se manifestado em votos escritos bem como a verticalidade desses indica uma especial atenção por parte da Corte Superior ao tema.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.972.092-SP (2021/0369450-9)*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Brasília, DF, 14 jun. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=156823079®istro_numero=202103694509&peticao_numero=&publicacao_data=20220630&formato=PDF. Acesso em: 8 out. 2023.

• MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
• LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

Por que esse tratamento diferenciado? Será que apenas em razão da matéria arguida ou haveria uma forma de atuar das partes envolvidas que fez com que supere o andamento usual do aparato judicial?

Seja qual for a resposta a essas perguntas, o simples fato de terem sido formulados questionamentos, dentro da estrutura de aprendizagem da técnica jurídica, faz com que o discente não aceite a doxa de que o Sistema Penal é neutro e suas regras são aplicadas de forma universalmente igualitária.

4. Considerações finais

Após a apresentação de críticas formuladas ao ensino jurídico por Unger (2006) e Carvalho (2001) quanto ao distanciamento entre as linhas normativas e o mundo real, sugeriu-se que o responsável pelo fenômeno seria o formalismo. Ele defenderia um ensino jurídico sem espaço para reflexões relacionadas à realidade social na esteira do que Bonilla elucida.

O antídoto seria o incremento de reflexividade. Isso porque Bourdieu formula a ideia em um contexto de crítica à alienação dos profissionais do direito quanto às forças que condicionam a prática jurídica na sociedade. Considerando que o recorte da abordagem detém-se na questão criminal, abordou-se a análise de Giamberardino sobre os reflexos da concepção do sociólogo francês nesse campo específico.

Ao final, suscitou-se a construção teórica de Galanter como uma ferramenta pedagógica capaz de acrescer reflexividade ao ensino teórico da questão criminal, ao passo que desnuda o real funcionamento das instituições e atores que operam na aplicação da norma penal.

A pretensão aqui é a de abrir horizontes na construção de um ensino jurídico penal mais consciente do real funcionamento das instituições que integram o Sistema de Justiça Criminal. Por quê? Porque essa é a forma de ser mais efetivo na compreensão da realidade para, depois, buscar formas de modificá-la positivamente, conformando o comportamento das agências aos ditames normativos.

A descontextualização da realidade empírica na formação jurídica é negativa porque promove uma visão idílica de uma atuação estatal extremamente violenta. Pior, reforça uma espécie de impotência dos profissionais jurídicos diante da miséria humana tolerada e reproduzida pelas agências do Sistema Penal. A questão fundamental é que esse lugar de fraqueza é aparente.



No início da exposição, observou-se que a concepção do direito, o ensino jurídico e o profissional jurídico são campos em constante estado de intercomunicação. Alterações em um deles produzem reflexos nos demais.

Nesse sentido, objetiva-se que o incremento em reflexividade a partir do ensino jurídico repercute em uma concepção da questão criminal mais aberta ao diálogo com os saberes que informam a ciência jurídica de aspectos relacionados à facticidade. Mais, que esse acréscimo produza profissionais mais cômicos de sua responsabilidade funcional diante do aparato estatal.

REFERÊNCIAS

BONILLA, D. El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. In: RODRÍGUEZ, H. O. (ed.). *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, 2013. p. 259-302.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, P. The force of law: toward a sociology of the juridical field. *Hastings Law Journal*, California, v. 38, p. 805-853, 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRgno Recurso em habeas corpus n. 125.461-RJ (2020/0078834-6)*. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 23 fev. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=122223552®istro_numero=202000788346&peticao_numero=202000294752&publicacao_data=20210308&formato=PDF. Acesso em: 8 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.972.092-SP (2021/0369450-9)*. Relator: Ministro Rogerio Schietti. Brasília, DF, 14 jun. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=156823079®istro_numero=202103694509&peticao_numero=&publicacao_data=20220630&formato=PDF. Acesso em: 8 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ recebe o pedido de *habeas corpus* número 500.000. *Notícias STJ*, [on-line], 26 mar. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-03-26_06-50_STJ-recebe-o-pedido-de-habeas-corpus-numero-500000.aspx. Acesso em: 15 maio 2023.

CARVALHO, S. Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 69, p. 237-278, 2001.

DOLZAN, M. STJ tem decisões ambíguas sobre quebra de sigilo, diz professor. *Portal Terra* [on-line], 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/stj-tem-decisoes-ambiguas-sobre-quebra-de-sigilo-diz-professor,02fd57d549e80f15ed878b12b538eay5c2dy7w.html>. Acesso em: 15 maio 2023.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.



· MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
· LUIZ AUGUSTO RUTIS BARRETO

FLORÊNCIO FILHO, M. A. P.; DENARDI, E. G. A qualidade do ensino jurídico no Brasil: algumas transformações necessárias. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 106-118, 2018.

GALANTER, M. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. (Coleção Acadêmica Livre).

GHIRARDI, J. G. O desafio de institucionalizar inovações no ensino superior: a experiência da FGV Direito SP. *Revista e-Curriculum*, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 1160-1177, jul./set. 2020.

GIAMBERARDINO, A. R. Fundamentos para uma teoria das práticas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 176, ano 29, p. 181-210, 2021.

UNGER, R. M. Uma nova faculdade de direito no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, [on-line], v. 243, p. 113-131, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v243.2006.42553>. Acesso em: 25 dez. 2014.

