

.....

Sala de Professores^{†, 1}

Entrevistado: Barry Friedman

Professor Jacob D. Fuchsberg de Direito e Professor Afiliado de Política. E-mail: barry.friedman@nyu.edu

Entrevistadores: Diego Werneck Arguelhes (Professor – FGV Direito Rio) e Jane Reis Gonçalves Pereira (Professor de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

.....

Diego Werneck Arguelhes (DWA): Gostaríamos de começar ouvindo um pouco mais sobre as escolhas que o trouxeram até aqui. Por que você escolheu se tornar professor de direito - e por que o direito constitucional, em particular?

Barry Friedman (BF): Nunca pensei em ser professor de direito. Fui morar no Alabama por causa de um relacionamento, depois de trabalhar como assessor (*clerk*) de um juiz federal, e não sabia o que fazer no Alabama. Consegui um emprego representando condenados à pena de morte. Mas, antes de começar, recebi um telefonema me dizendo que a Universidade do Alabama precisava de um professor de direito constitucional. Fui à entrevista e me ofereceram trinta mil dólares por ano para ensinar direito constitucional - o que, para mim, era mais dinheiro do que eu poderia imaginar. Aceitei o trabalho, dei aula por um ano e adorei. Saindo de lá, atuei um tempo na área privada e lecionei na Faculdade de Direito da Universidade Georgetown. Mas decidi que, em algum momento, iria mesmo para o mercado de ensino. Eu sempre quis ensinar direito constitucional, mas isso é muito difícil nos Estados Unidos, porque muitas pessoas querem fazer a mesma coisa. Então, comecei lecionando processo civil e jurisdição federal - "tribunais

¹ Essa entrevista foi transcrita e traduzida por Renan Medeiros de Oliveira, editada e revista pelos entrevistadores. O texto final, aprovado pelo Professor Barry Friedman na versão em inglês, mantém a natureza informal e oral de uma conversa.

federais", que é uma especialidade aqui nos Estados Unidos, porque temos dois sistemas judiciais separados - nos estados e no âmbito federal. Por fim, comecei a escrever e lecionar na área do direito constitucional. Hoje em dia, porém, eu não dou mais muitas aulas de direito constitucional. Ainda faço isso às vezes, mas não uma disciplina que eu goste de lecionar. A razão para isso é que direito constitucional é algo muito político. Não há *doctrine* suficiente², não há "direito" suficiente no direito constitucional. Então eu acabo lecionando sobretudo processo penal e comportamento judicial, e temas envolvendo policiamento (*policing*). Mas, às vezes, eu ainda dou aulas de direito constitucional.

DWA: É interessante você dizer que o direito constitucional parece muito político hoje em dia, considerando que você fez contribuições substanciais, em sua carreira, justamente na interseção entre a política e o direito constitucional, especialmente sobre comportamento judicial. Enquanto escrevia esses trabalhos, você de alguma forma sentia que o que você estava escrevendo poderia influenciar a maneira pela qual juízes e tribunais lidavam com as fronteiras entre o direito e a política?

BF: Essa é uma ótima pergunta. O trabalho que eu faço sobre policiamento eu sinto que vai ter um impacto, e já está tendo, um impacto no mundo. E isso é uma das coisas que faz eu ser apaixonado por esse projeto. O problema do controle judicial de constitucionalidade - que me interessou muito, como você sabe - me levou a muitas colaborações interdisciplinares que foram muito importantes para mim. Não sei se achei que normativamente afetaria o mundo. Eu tenho minhas convicções sobre o direito constitucional, assinei muitos memoriais de *amicus* em diversos casos. Mas, em termos do estudo do controle de constitucionalidade, não estou certo se alguma vez pensei que isso afetaria a forma como os casos vinham sendo decididos. Estava apenas tentando entender essa instituição e como ela funciona.

Jane Reis Gonçalves Pereira (JRGP): Você acha que o direito constitucional deveria ser mais "jurídico" e menos "político" do que é?

² [N.T]: Nos Estados Unidos, a expressão *doctrine* não designa doutrina no sentido estrito que utilizamos no Brasil, isto é, doutrina feita por doutrinadores. Naquele país, a expressão é utilizada para fazer referência à dogmática jurídica, que é mais ampla e envolve, por exemplo, o entendimento das cortes. Trata-se, assim, da construção dogmática do direito. Tendo isso em vista, optamos por deixar a expressão original nesta entrevista.

BF: Não acho que isso seja possível. Quer dizer, você pode mudar a maneira pela qual você escolhe seus juízes, certo? Você pode ter juízes profissionais, em oposição ao tipo de processo de indicação política que temos nos EUA; há lugares onde os juízes são mais profissionalizados, mas ainda assim há política. Então isso pode não ser possível. Mas, Jane, uma maneira pela qual o direito constitucional me frustra em termos de ensino é porque o direito constitucional americano usa alguns *standards* muito amplos. A “igual proteção das leis” e o “devido processo legal” deixam muito espaço para o juiz decidir. Em contraste, no processo penal, que gosto de ensinar, ou no direito processual na esfera federal, há muita *doctrine*³. E, mesmo que eu pense que a política ainda se infiltra nessas discussões técnicas, do ponto de vista do ensino há mais direito a ser ensinado - menos perguntas do tipo “Como você se sente sobre o aborto?”, “Quem é a favor?”, “Quem é contra?”.

DWA: Até que ponto essas percepções que você tem do direito constitucional são uma causa de sua parceria com cientistas políticos - e até que ponto elas foram um efeito? Ou terão sido as duas coisas?

BF: Foi uma causa. Os muitos artigos que escrevi antes de escrever meu livro "*The Will of the People*" eram de história, a disciplina na qual eu vinha trabalhando há muitos anos. Eu escrevi sobre métodos históricos também. E, depois dos artigos, mas antes de escrever o livro, comecei a estudar ciência política. Os primeiros cientistas políticos em que eu realmente prestei atenção foram pessoas como Mark Graber, Keith Whittington, Howard Gillman - os institucionalistas históricos - cujo trabalho é muito histórico. Mas aí comecei a acompanhar mais os cientistas sociais empíricos - Lee Epstein, Jeff Segal, Tom Clark, Andrew Martin, Sarah Benesh, todo esse pessoal. Nos Estados Unidos, os professores de direito com frequência juntam vários de seus artigos para fazer um livro. Meus amigos não conseguiam entender por que eu estava demorando tanto para fazer isso - porque eu não simplesmente pegava meus artigos e os juntava em um livro. Mas, em vez de costurar os artigos dessa forma, decidi aprender ciência política. "*The Will of the People*" foi informado por toda aquela leitura de ciência política. Escrevi o artigo "*The Politics of Judicial Review*" ["A Política do Controle de Constitucionalidade"], comecei a participar de conferências, comecei a fazer alguns trabalhos empíricos. Eu acho que é uma ótima maneira de aprender outras disciplinas. Uma maneira de fazer isso é decidir "quero ser um cientista político" ou "quero ser um historiador" e, então, sair aprendendo os respectivos

³ [N.T.]: Vide nota de rodapé nº 2.

métodos. Mas, muitas vezes, a melhor maneira de aprender métodos novos é ter uma pergunta que você deseja responder e, em seguida, tentar encontrar qualquer ferramenta que você puder para responder a essa pergunta. Estou prestes a escrever sobre nossas ideias sobre segurança pública e, pela primeira vez na vida, estou começando a ler bastante filosofia. Você vai lá e procura por qualquer ferramenta que exista para enfrentar sua questão.

DWA: Você escreveu um livro de conselhos para futuros estudantes de direito. Em sua opinião, a quais questões você diria que qualquer futuro advogado ou jurista deveria prestar atenção?

BF: Acho que é realmente importante que advogados sejam tecnicamente bons, mesmo que, como vocês dois sabem, muito do seu interesse profissional esteja nas fronteiras entre política e direito. Acho que, mesmo assim, é realmente importante você ser um bom advogado. Eu uso chapéus diferentes. Se estou atuando como um especialista, estou muito consciente do fato de que é meu trabalho conhecer o direito, e, se estou agindo mais de uma perspectiva ativista, então percebo que estou defendendo uma posição. Mas, em qualquer caso, acho que é importante tentar usar os métodos de um advogado, e passo muito tempo tentando persuadir cientistas políticos, por exemplo, de que é muito importante que todos nós tentemos ser também bons advogados.

DWA: Nessas conversas com cientistas políticos, quão bem-sucedido e persuasivo você acha que conseguiu ser até aqui?

BF: Acho que depende do cientista político. Escrevi um pequeno texto chamado "Taking law seriously" ["Levando o Direito a Sério"] - é um dos meus textos mais frequentemente citados. Acho que influenciou muitos cientistas políticos. O artigo pedia que eles levassem a ideia de direito a sério. Os cientistas sociais, muitas vezes, perguntam como você pode falsear a influência do direito, e eu sempre dou risada e digo: eu também não posso falsear a influência do amor, mas ele parece ter um grande impacto no mundo. Penso o mesmo sobre o direito a *doctrine*. Acho que a maneira como você faz perguntas e a maneira como você as analisa afetam as respostas que surgem. E, assim, espero ter ajudado a mostrar a uma geração de cientistas políticos que o direito e as instituições jurídicas realmente importam, e que vale a pena estudá-los dessa perspectiva.

JRGP: Às vezes, você representa algumas causas, como o torneio de *Artes Marciais Mistas* (MMA [na sigla em inglês]), em Nova York. Você pode nos contar mais sobre isso? (e onde o MMA estaria localizado nos limites entre política e direito?)

BF: MMA é apenas “força com elegância”, então não se encaixa em nenhum dos dois. Fui contratado para representar o *Ultimate Fighting Championship* (UFC), que lutava para legalizar o torneio de MMA aqui em Nova York. Eles tentaram, por muitos anos, a legalização pela via da legislatura estadual. Ajuizamos uma ação argumentando, entre outras coisas, que a performance de artes marciais mistas era algo protegido pela primeira emenda. Embora não tenhamos vencido o caso, estou convencido de que deveríamos ter vencido, e estou fascinado até hoje com esse argumento da primeira emenda. Uma das minhas ex-alunas, que ajudou no caso, agora é professora em Chicago, Genevieve Lakier; ela escreveu um artigo sobre liberdade de expressão e esportes. Como advogado e constitucionalista, gostaria que tivéssemos conseguido discutir essa questão na Suprema Corte. Acho que essa seria uma conversa absolutamente fascinante. Afinal, estamos falando de *artes marciais mistas*. Foi um ótimo caso, e foi uma ótima equipe para se trabalhar. Nós nos divertimos muito. E então, eventualmente, a legislatura de Nova York se rendeu e legalizou o MMA.

DWA: Gostaríamos de falar um pouco mais sobre essa transição para o *Policing Project*. Em "*Unwarranted*" [Sem Mandado / Sem Garantia], seu livro mais recente, você se concentra em questões que envolvem a atuação policial, mas, mesmo assim, esse ainda é muito mais um livro jurídico típico. No *Policing Project*, no entanto, como você mesmo descreveu, existe essa meta clara de ter um impacto no mundo. Por que você escolheu se envolver neste projeto? E como se sente, vindo de uma carreira acadêmica já consolidada, ao se concentrar em ter impacto direto na comunidade?

BF: Primeiro, ao distinguir entre direito e política, não quero dizer que o direito não seja importante como veículo de transformação social. Eu acho que é incrivelmente importante. Quando eu era um jovem advogado, cheguei a ser o presidente da *American Civil Liberties Union*

(ACLU) do estado do Tennessee; já trabalhei como advogado em muitos casos envolvendo direitos reprodutivos, liberdade de expressão e outras questões constitucionais. Então, sempre fui ativo na comunidade de advocacia de direitos civis. Assim, há aqui duas questões separadas: por que escrevi "*Unwarranted*", e por que criei o *Policing Project*. As respostas são semelhantes, mas diferentes. Eu escrevi "*Unwarranted*" por causa do meu livro "The Will of The People". Sou realmente apaixonado por questões de policiamento e pela Quarta Emenda⁴, e estava frustrado com o estado terrível da *doctrine* e das decisões judiciais sobre esses temas. Os tribunais fizeram um péssimo trabalho de regulação da atuação da polícia. Eu queria mudar isso e não sabia como. De repente, uma lâmpada se acendeu na minha cabeça: eu tinha acabado de escrever um livro dizendo que, se você quer mudar o que os tribunais fazem, você precisa antes mudar a opinião pública. Daí pensei: por que não escrevo um livro sobre policiamento com o objetivo de afetar a opinião pública, na esperança de afetar o modo como os tribunais lêem a Quarta Emenda?

"*Unwarranted*" começou como um livro em grande parte sobre a Quarta Emenda, mas, conforme fui me envolvendo com policiamento, virou um livro sobre policiamento de maneira mais geral. Há um juiz bem conhecido no Texas que, em uma resenha sobre o meu livro, disse: esse livro não vai fazer os juízes felizes, mas eles devem lê-lo de qualquer maneira.

Eventos no mundo real tiveram um grande impacto em mim. As revelações de Edward Snowden me afetaram profundamente. Eu não sei até hoje se acho que o que a NSA e o resto do governo estavam fazendo era errado do ponto de vista de uma política pública. Coletar informações de todos - essa é uma boa ou má ideia? Depende se funciona, se nos manterá seguros, e de muitas outras coisas. Mas eu tinha certeza de que aquilo não deveria ter sido feito sem pedir a permissão do povo. Eu não podia acreditar que o governo tivesse feito aquilo sem contar a ninguém. Estava realmente frustrado. Isso me fez pensar que meu livro poderia ter algum impacto no mundo, então eu fui ao Diretor da minha faculdade e nós concordamos em iniciar o *Policing Project*. Daí aconteceu Ferguson, Missouri⁵ aconteceu. Lembro-me de sentar todas as

⁴ [N.T.]: Confira-se o texto integral da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos: "O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas". Lê-se, no original: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

⁵ [N.T.]: Trata-se da morte a tiros pelo policial branco Darren Wilson do jovem afro-americano Michael Brown, que estava desarmado, em 9 de agosto de 2014. O assassinato, que se deu em circunstâncias não muito claras, gerou uma série de debates sobre as práticas policiais, sobretudo em relação à comunidade negra. Uma investigação federal chegou a indicar padrões racistas na atuação da polícia local.

noites e observar as imagens de policiais, que mais pareciam soldados, apontando rifles para pessoas comuns. Há uma imagem em particular, de um homem afro-americano com *dreadlocks* com as mãos para cima, diante de oficiais com equipamento completo de combate e armas de assalto apontadas para ele. Eu só pensava que as coisas estavam completamente fora dos trilhos. Aquilo me deixou muito mal. Então, começamos o *Policing Project* e rapidamente ficamos muito ocupados. Nós todos fazemos várias coisas diferentes, e estamos diretamente envolvidos com o mundo.

JRGP: O *Policing Project* lida com um problema que muitos países enfrentam, que é a dificuldade de transpor princípios constitucionais liberais para as práticas policiais. Nos EUA, que são vistos como uma democracia sólida, essa questão apareceu em episódios como Ferguson. Em outros países, que passaram por experiências autoritárias, essa dificuldade está profundamente enraizada. Isso é como um ponto cego no Estado de direito. Você acha que seu trabalho pode ser útil em outros países?

BF: Eu gostaria muito de abordar essas questões fora dos Estados Unidos. Gostaria de conversar sobre o que causa isso em diferentes países, incluindo aqueles com um passado autoritário. Acho que você está absolutamente certa sobre isso. No *Policing Project*, fazemos quatro tipos de coisas. Primeiro, escrevemos regras, políticas e melhores práticas de policiamento. Eu sou o relator de policiamento do *American Law Institute* - estamos agora escrevendo um conjunto de princípios de policiamento. Acabamos de aprovar pelos membros da associação nossos princípios sobre o uso da força [por policiais]. E o que estamos mais fazendo é o que chamamos de engajamento comunitário: tentar democratizar o policiamento. Estamos experimentando maneiras diferentes de dar voz às pessoas. Em Chicago, por exemplo, estamos trabalhando com um grupo de ativistas de bairro para redigir um decreto criando uma comissão que colocará o departamento de polícia sob controle do público.

Também estamos trabalhando localmente em bairros de Chicago para descobrir como dar às pessoas da vizinhança mais voz no policiamento em seus distritos.

Em Nashville, estamos fazendo uma análise de custo-benefício de paradas de trânsito⁶. A polícia nos Estados Unidos costuma usar paradas de trânsito como uma desculpa para procurar outras ilegalidades - como porte de drogas, armas ou coisas assim. Todo mundo viola as muitas leis de trânsito, de uma forma ou de outra, então a polícia para as pessoas como quiser e daí tenta obter mais informações. Isso é muito comum, mas, muitas vezes, tem um efeito discriminatório. Estamos fazendo algo único em Nashville, usando a mesma técnica que usamos em muitas outras áreas, que é a análise de custo-benefício do policiamento. Embora as autoridades do governo usem a análise de custo-benefício para muitas coisas, elas não o fazem quando se trata de policiamento. E, mesmo que tentem usar técnicas de custo-benefício, eles nunca realmente explicam os custos sociais (e benefícios) do policiamento. Você pode decidir contratar mais policiais, e parar mais pessoas nas ruas. Mas ninguém nunca pergunta: qual é o custo, para todas essas pessoas, de serem paradas? Como você mensura e avalia a perda de confiança da comunidade que ocorre quando a comunidade acha que o estado está agindo de maneira discriminatória?

Uma coisa digna de nota, que não esperávamos quando começamos o projeto, é a rapidez com que a mudança pode acontecer se um chefe de polícia estiver disposto a tentar coisas novas. Departamentos de polícia podem mudar rapidamente, porque são organizações hierárquicas.

Estamos trabalhando em algumas coisas novas, que estão nos deixando realmente animados. Uma é criar uma maneira para a comunidade avaliar o departamento de polícia, para que você possa dar uma nota boa ou ruim para o departamento de polícia. Outra está relacionada à forma como regulamos a tecnologia de monitoramento [*surveillance*], que acho que é a grande questão para o futuro: como o governo coleta informações sobre todos nós.

DWA: Jane mencionou quão diferente é o cenário dos EUA, a este respeito, se você comparar com os países da América Latina. No Brasil, por exemplo, temos uma polícia militar, com todas as sinalizações na direção errada.

⁶ [N.T.]: Trata-se de um trabalho em colaboração com o *Center for Policing Equity* e o Departamento de Justiça da Califórnia para produzir um guia sobre as melhores práticas para coletar dados sobre trânsito e pedestres e analisar esses dados para evidências de viés racial.

BF: Ironicamente, nos Estados Unidos, muitas vezes penso que as forças armadas são mais bem reguladas que a polícia. Mas eu entendo o problema. Se a polícia em si é militar, é um problema muito difícil.

JRGP: Torna-se um buraco negro (*black hole*) para o Estado de direito.

BF: Sim, eu concordo, e esse é o ponto principal do meu livro: em algum nível, a polícia deveria ser a parte mais democratizada do governo. eles têm monopólio sobre o uso da força e mecanismos de monitoramento; eles têm uma profunda capacidade de nos afetar. No mínimo, devem ser responsivos a pontos de vista e valores democráticos. Mas o outro grande problema é que a atuação da polícia se concentra desigualmente em grupos minoritários específicos, porque talvez seja isso que uma maioria popular quer. Isso é uma preocupação também.

DWA: Na última década, com o surgimento das mídias sociais, você sentiu um grande impacto em algumas ou em todas essas frentes profissionais?

BF: Há sete, oito anos me pediram para fazer uma série de palestras para jovens acadêmicos sobre mídia social. Enfatizei que, hoje em dia, você não pode simplesmente escrever seu artigo e depois focar no próximo artigo. Você tem que se tornar um empreendedor das suas próprias ideias. Você tem que *blogar* sobre isso, você precisa *twittar* sobre o seu blog. Todos nós precisamos ser empreendedores das nossas ideias, e as mídias sociais nos permitem fazer isso. O *Policing Project* tem uma conta no Twitter muito ativa. Eu também tenho a minha conta pessoal. Mas eu odeio o tipo de *echo chamber* (câmara de eco) que a mídia social tão facilmente se torna. E há muito mais sobre o que todos podemos escrever.

DWA: Uma de suas obras mais importantes ("*The Will of the People*") lida com a relação, ao longo do tempo, entre direito constitucional e a opinião pública. Imagine o que um futuro Barry Friedman teria que fazer para analisar este período que vivemos agora e incorporar todas essas vozes em seu trabalho. Quão diferentes seriam seus métodos e abordagens?

BF: Eu estava muito consciente dessa questão conforme os capítulos históricos do livro foram se aproximando da era eletrônica. E, particularmente, quando a televisão se tornou importante; eu

não assisti muitos programas de televisão para escrever o livro, mas li algumas transcrições. Meu livro foi escrito, principalmente, por meio de fontes impressas. Mas e os historiadores agora - como você captura toda essa mídia eletrônica? Meu livro termina em 2005. E isso é exatamente o momento das mídias sociais se tornando desenfreadas, e acho que qualquer trabalho histórico como esse teria que levar em conta as mídias sociais. Seria algo muito difícil de fazer.

DWA: Como você disse, o livro termina por volta de 2005. Olhando para esta última década, você diria que a Suprema Corte dos Estados Unidos está em um período de maior alinhamento ou desalinhamento com a opinião pública? E isso varia em diferentes áreas do direito?

BF: É uma pergunta difícil. Tenho visto vários artigos sobre as cuidadosas tentativas do presidente da Suprema Corte, John Roberts, de ficar no meio. E eu sempre penso que, quer ele tenha lido meu livro ou não, ele entende o meu ponto melhor do que qualquer um no planeta. Ele se comporta como se entendesse completamente o que eu escrevi. Gostaria de conhecê-lo algum dia e perguntar "você leu meu livro?". Prevejo que, em algum momento no futuro, talvez daqui a 15 anos, há uma grande chance de termos neste país outra crise em torno do judiciário. Isso é especialmente dada a aposentadoria do juiz Kennedy⁷. Nós vamos acabar com uma corte muito conservadora, ainda mais conservadora do que ela já é hoje. E eu realmente não acredito que os valores do país estão se tornando tão conservadores assim. Acho que estamos vivendo um último suspiro de hegemonia masculina branca e as pessoas estão em pânico porque o país está se diversificando muito. Diverso não significa "liberal", é claro, mas acho que a corte está seriamente em risco de se desalinhar com a opinião pública. E, quando isso acontecer, se isso acontecer, acho que haverá uma reação muito grande.

DWA: E, talvez, desentender-se com a opinião pública pode causar uma reação que levará a realidade aos juízes.

BF: Exatamente.

JRGP: Eu sigo alguns juízes americanos no Twitter, e acho que eles se

⁷ [N.T.]: Barry Friedman está fazendo referência ao juiz Antony Kennedy, que anunciou, no dia 27 de junho de 2018, sua intenção de se aposentar até o final de julho, durante o governo de Donald Trump.

comportam como estrelas. O que você acha dos juízes e autoridades usando mídias sociais? No Brasil, alguns juízes do Supremo Tribunal Federal usam as mídias sociais. Eles estão até no Twitter. Qual sua visão sobre com isso?

BF: Isso é tudo tão complicado. Eu definitivamente acho que... Bem, agora você está me fazendo pensar. Eu não quero que você [como juíza] saia do Twitter.

DWA: Deixe-me reformular de uma maneira muito específica: se você fosse um juiz, continuaria usando o Twitter? Como você se sentiria sobre isso?

BF: A resposta honesta é que Barry Friedman não será um juiz. Eu odiaria esse trabalho. Não é compatível com minha personalidade, porque acho que os juízes precisam se manter distantes do mundo e precisam ser pacientes - e eu não sou muito paciente. Eu nunca poderia sentar numa sessão colegiada com outros juízes, porque ficaria entediado. E eu não me interessaria pela mistura generalista de casos que a maioria dos tribunais de apelação recebem. Por outro lado, um Tribunal Constitucional - eu estaria interessado nisso. Mas não há chance de isso acontecer. Então, não tenho que responder sua pergunta!

DWA: Justo!