

Revista de Estudos
EMPÍRICOS
EM DIREITO



BRAZILIAN
Journal of
EMPIRICAL
LEGAL STUDIES



vol 1, n 1, jan 2014



Rede de Pesquisa
Empírica em Direito



EDITORES

EDITORS /

José Roberto Franco Xavier / Direito GV

Paulo Eduardo Alves da Silva / USP

COMITÊ EXECUTIVO

EXECUTIVE BOARD /

Alexandre dos Santos Cunha / IPEA

Bernardo Abreu de Medeiros / IPEA

Diogo R. Coutinho / USP

José Roberto Franco Xavier / Direito GV

Luseni Maria Cordeiro de Aquino / IPEA

Maíra Rocha Machado / Direito GV

Paulo Eduardo Alves da Silva / USP

ASSISTENTES DA REED

REED ASSISTANTS /

Arthur Roberto Capella Giannattasio

Breno Fraga e Silva

Rafael Augusto Ferreira Zanatta

PROJETO GRÁFICO

GRAPHIC DESIGN /

Raquel Klafke

DADOS PARA CONTATO

CONTACT INFORMATION /

www.reedpesquisa.org

reed.revista@gmail.com

CONSELHO EDITORIAL EDITORIAL BOARD



Alexandra Hunneus / U. of Wisconsin-Madison

Alvaro Pires / U. of Ottawa

Ana Lúcia Pastore / U. de São Paulo

André Jean Arnaud / Université de Paris X

Barbara Velloso Dias / U. Federal do Pará

Bryant Garth / U. of California-Irvine

Calvin Morrill / U. of California-Berkeley

Carolina Esteves / Faculdade de Direito de Vitória

Cassio Cavali / FGV Direito Rio

Conceição Gomes / U. de Coimbra

Cesar Garavito / Universidad de Los Andes

David Cowan / U. of Bristol

David Trubek / U. of Wisconsin-Madison

Elizabeth Mertz / U. of Wisconsin-Madison

Fabiano Engelmann / U. Federal do Rio Grande do Sul

Helena Reis / U. Federal de Goiás

José Eduardo Faria / U. de São Paulo

Kazuo Watanabe / USP/Cebepej

Liora Israel / École des Hautes Études en Sciences Sociales

Luciana Cunha / Direito GV

Marc Galanter / U. of Wisconsin-Madison

Marcelo Neves / U. de Brasília

Marcos Nobre / Unicamp

Marcus Faro de Castro / U. de Brasília

Maria Tereza Dias / U. Federal de Minas Gerais

Maria Tereza Sadek / USP

Patrícia Borba Vilar Guimarães / UFRN

Paulo Furquim / FGV-EESP

Salo Coslovsky / NYU

Sergio Costa / Freie Universität Berlin

Scott Cummings / U. of California - Los Angeles

Wanda Capeller / Institut d'Études Politiques de Toulouse

Yanko M. Xavier / UFRN

CARTA DOS EDITORES

É com muita satisfação que apresentamos o primeiro número da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Sob a iniciativa da *Rede de Pesquisa Empírica em Direito – Reed*, este periódico surge com a pretensão de preencher uma lacuna na área das publicações em direito no Brasil. De fato, não há nenhuma revista que tenha um enfoque específico em pesquisas empíricas em direito.

Subjacente ao projeto da *Reed* e desta Revista está a crença de que conhecer os fenômenos jurídicos através das lentes da dogmática, uma tarefa vital e responsável pelos mais relevantes avanços teóricos na área, no Brasil e fora dele, está longe de esgotar as possibilidades de compreensão do direito em uma sociedade bem mais complexa do que desenham a teoria jurídica e seus intérpretes. Acreditamos, por isso, que a pesquisa sobre o direito como um fenômeno social, passível de ser conhecido por observações sistemáticas de suas manifestações empíricas, é uma tarefa de suma importância. É também uma tarefa ainda pouco realizada por aqueles que produzem conhecimento nas faculdades de direito, embora esse quadro pareça estar em franca transformação nos últimos anos, tanto no Brasil quanto no exterior.

O objetivo da *Revista de Estudos Empíricos em Direito* é abrir caminhos e fortalecer a comunidade de pesquisadores do direito que realizam pesquisas sobre as manifestações concretas do direito, criando um espaço de diálogo e debate, na linha do que a *Rede de Pesquisa Empírica em Direito*, de resto, desenvolve desde 2011.

Desde este primeiro número, queremos destacar duas grandes preocupações. Em primeiro lugar, a Revista devota especial atenção ao rigor metodológico dos artigos selecionados. Sejam eles resultado de pesquisas qualitativas, quantitativas ou mesmo mistas, o importante aqui é que haja uma descrição convincente das técnicas e estratégias adotadas na pesquisa que gerou o artigo.

Em segundo lugar, a diversidade temática e a interdisciplinaridade são, igualmente, marcas presentes

na Revista. Neste primeiro volume, há desde uma reflexão sobre a etnografia na prisão até um ensaio de caráter epistemológico sobre a pesquisa empírica. E a ideia é que essa pluralidade seja uma marca da publicação. Acreditamos que o campo da pesquisa empírica só pode ser “definido” por esse reconhecimento de uma grande pluralidade de temas. Assim, nossa unidade está na multiplicidade: tanto o olhar do antropólogo que faz uma etnografia das regras informais da prisão, quanto o economista que está interessado na eficiência das cortes, são para nós objeto de interesse. Nas suas grandes diferenças de quadros teóricos e técnicas de pesquisa, ambos compartilham a busca da compreensão de algum aspecto do direito a partir de uma observação da realidade empírica.

Devemos sublinhar ainda o nosso compromisso com a realização de uma revista de qualidade. Todos os artigos aqui publicados atravessam rigoroso processo de dupla avaliação cega por pares (*double blind peer review*), respeitado o critério de exogenia por unidade da federação superior a 75%. As únicas exceções ao processo de avaliação cega são artigos sugeridos e selecionados pelo corpo editorial da Revista em razão de sua reconhecida importância na produção empírica em direito – neste número, o último trabalho, assinado por David M. Trubek e John Esser, encontra-se nessa categoria.

Por fim, dois agradecimentos se fazem necessários. A participação generosa e voluntária do nosso qualificado corpo de pareceristas foi imprescindível para tornar a Revista possível. E o nosso Conselho Editorial, com representantes de instituições prestigiosas de diversos países e estados do Brasil, teve um importantíssimo papel de aconselhamento. Deixamos aqui registrado o nosso reconhecimento a essas pessoas que muito contribuíram para garantir que este espaço possa de fato ser um fórum de relevância para a pesquisa e o conhecimento do direito.

Boa leitura!

OS EDITORES.

LETTER FROM THE EDITORS



It is with immense satisfaction that we present the first issue of the *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. An initiative of the *Brazilian Network of Empirical Legal Research*, the aim of the periodical is to fill a gap in the law publication area in Brazil. This is due to the fact that there currently is no other journal that specifically focuses on empirical research in law.

The underlying belief of the network and the journal is that studying the legal phenomenon through the lens of the doctrine of law, although a fundamental task that has been responsible for great theoretical advancements, is far from exhausting all the possibilities of understanding law in a complex society. We therefore believe that research of law as a social phenomenon, encompassing systematic observations of its empirical manifestations, is fundamental. Furthermore, it is a form of research that is still rarely carried out in law schools. However, there have been signs in recent years that this scenario is changing, both in Brazil and in other countries.

The objective of the *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* is to bring together and strengthen the legal research community who carries out research on tangible manifestations of the law. It is a matter of creating a forum for dialogue and debate, very much in line with what the *Brazilian Network of Empirical Legal Research* have been developing since 2011.

We would like to highlight two key issues in this first edition. Firstly, the journal devotes special attention to the methodological rigor of the selected articles. This is irrespective of whether qualitative, quantitative or mixed methods research is used. The emphasis is very much on a persuasive description of the techniques and strategies adopted in the research that led to the article.

Secondly, thematic and interdisciplinary diversity will be a key feature of the journal. Indeed, the selection of articles of this first issue ranges from a reflection on ethnography in a prison to an epistemological piece

on empirical research. Our belief is that the empirical research field can only be defined by recognizing a great plurality of themes. Both the perspective of the anthropologist who is conducting ethnographic research of informal rules in a prison and the economist who is interested in the efficiency of the courts, are of interest to us. Despite these differences in theoretical frameworks and research techniques, they all share a quest to develop an understanding of an aspect of law through observing reality.

We would also like to emphasize the fact that we are committed to producing a high quality journal. All of the published articles are subjected to a rigorous process of double-blind peer review in which the great majority of reviewers come from different parts of the country than the author of the article. The only exceptions to this process of peer review are articles that are suggested and selected by the editorial committee of the journal for their importance to the empirical legal research field. The last piece in this issue, signed by David M. Trubek and John Esser falls into this category.

Finally, it is important to express our gratitude. First, we would like to thank the generous and voluntary participation of our body of referees who were essential in making this journal a reality. We must also thank our Editorial board with representatives from prestigious institutions from diverse countries and states in Brazil who were extremely important in their advisory role. We thank all of those who contributed greatly to ensuring that this journal can be a productive forum for research and legal knowledge.

Happy Reading!

THE EDITORS.

SUMÁRIO

- ////////////////////////////////////
- 10 Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas:** um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 - 2010) // *Riccardo Cappi*
- 28 Direitos e restos humanos:** uma hipótese para o enfrentamento jurídico-penal da tortura no Brasil // *Pedro Rubim Borges Fortes*
- 46 Criminologia e prisão:** caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional // *Ana Gabriela Mendes Braga*
- 63 Criatividade na atividade regulatória:** quando o braço mecânico ganha vida própria // *Bruno Vinicius Luchi Paschoal*
- 89 Processo decisório no Supremo Tribunal Federal:** aprofundando o diagnóstico das onze ilhas // *Guilherme Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel*
- 105 A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais:** matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça // *Fabia Fernandes Carvalho Veçoso, Bruno Ramos Pereira, Camila Akemi Perruso, Carolina Martins Marinho, Daniel Bernardes de Oliveira Babinski, Daniel Wei Liang Wang, Estela Waksberg Guerrini, Juliana Bonacorsi de Palma e Natasha Schmitt Caccia Salinas*
- 140 O ementário jurisprudencial como fonte de pesquisa:** uma análise crítica a partir dos dados obtidos no estudo “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000)” // *Andréa Depieri de Albuquerque Reginato e Robson Cosme de Jesus Alves*
- 154 Recorribilidade diferida de decisões interlocutórias:** um estudo de caso no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região e no Tribunal de Justiça do Espírito Santo // *Carolina Bonadiman Esteves*
- 182 Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em Direito:** “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas // *Margarida Garcia*
- 210 “Empirismo crítico” e os estudos jurídicos norte-americanos:** paradoxo, programa ou caixa de Pandora? // *David M. Trubek e John Esser*

TABLE OF CONTENTS

- ////////////////////////////////////
- 10 Social control thinking:** an empirical study of parliamentary debates on lowering the age of criminal responsibility // *Riccardo Cappi*
- 28 Human rights and rests:** a hypothesis for legally confronting the problem of torture in Brazil // *Pedro Rubim Borges Fortes*
- 46 Criminology and prison:** methods and challenges of empirical research in prison field // *Ana Gabriela Mendes Braga*
- 63 Creativity in regulation design:** when the mechanical arm takes on a life of its own // *Bruno Vinicius Luchi Paschoal*
- 89 The decision-making process of the Brazilian Federal Supreme Court:** enhancing the “eleven islands” criticism // *Guilherme Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel*
- 105 Legal research and electronic databases of judicial decisions:** evaluation matrices and analysis of the Brazilian federal supreme court and the Brazilian superior court of justice // *Fabia Fernandes Carvalho Veçoso, Bruno Ramos Pereira, Camila Akemi Perruso, Carolina Martins Marinho, Daniel Bernardes de Oliveira Babinski, Daniel Wei Liang Wang, Estela Waksberg Guerrini, Juliana Bonacorsi de Palma e Natasha Schmitt Caccia Salinas*
- 140 The court decisions summaries as a source of research:** a critical analysis from the data obtained in the study “The judicial practice of *habeas corpus* in Sergipe (1996-2000) // *Andréa Depieri de Albuquerque Reginato e Robson Cosme de Jesus Alves*
- 154 Deferred appealing of interlocutory decisions:** a case study of the 17th Region’s Labor Regional Court and of the Espírito Santo’s Court of Justice // *Carolina Bonadiman Esteves*
- 182 New horizons for empirical research in law:** “decentering” the subject, “interviewing” systems and “desubstantializing” legal categories // *Margarida Garcia*
- 210 “Critical Empiricism” in American Legal Studies:** Paradox, Program, or Pandora’s Box? // *David M. Trubek e John Esser*

PENSANDO AS RESPOSTAS ESTATAIS ÀS CONDUTAS

CRIMINALIZADAS: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 - 2010)¹ // *Riccardo Cappi*²

Palavras-chave

Teoria fundamentada nos dados / Pesquisa empírica (no campo do Direito) / Maioridade penal / Controle social / Racionalidade Penal Moderna

////////////////////////////////////

Sumário

- 1** **Introdução**
- 2** **A “Teorização Fundamentada nos Dados” (TFD)**
- 3** **O método da TFD**
- 4** **A análise dos discursos parlamentares sobre a maioria penal**
 - 4.1 Os argumentos favoráveis à redução da maioria penal e as oposições relevantes
 - 4.2 Análise ampliada dos discursos parlamentares
 - 4.3 Os “discursos-tipo”
 - 4.3.1 O discurso da “punição absoluta”
 - 4.3.2 O discurso da “punição garantista”
 - 4.3.3 O discurso da “proteção»
 - 4.3.4 O discurso do “protagonismo emancipador”
- 5** **Uma possível articulação teórica com o referencial da “racionalidade penal moderna”**
- 6** **Conclusão**
- 7** **Referências**

Resumo

Este artigo pretende oferecer uma descrição e uma leitura teórica dos “modos de pensar” o controle social da criminalidade e a justiça penal. O ponto de partida é a análise tanto das Propostas de Emenda Constitucional para redução da maioria penal quanto dos debates parlamentares brasileiros sobre o tema, ocorridos na Câmara e no Senado entre 1993 e 2010. Ademais, busca ilustrar a possibilidade de utilização da “teoria fundamentada nos dados” (*Grounded Theory*, de Glaser e Strauss) no campo da Sociologia do Direito, através de uma pesquisa empírica voltada para o estudo da produção legislativa. Após apresentação do método sugerido, serão expostos os procedimentos e alguns resultados da pesquisa, tais como: a estruturação dos argumentos favoráveis à redução da maioria penal; a identificação dos pontos cruciais de oposição entre os discursos favoráveis e contrários à mudança constitucional; a elaboração de quatro discursos-tipo, delineando maneiras diferentes de pensar o controle social da delinquência juvenil. Enfim, a partir do conceito de “racionalidade penal moderna” (Pires), mostra-se como, para além das posições políticas sustentadas, um amplo espectro de discursos parlamentares permanece centrado na visão hostil do autor da infração e na ideia de sanção aflictiva, referenciais dominantes em matéria de resposta social às condutas criminalizadas.

1. Uma versão bem mais sucinta da reflexão que apresento neste trabalho foi produzida para apresentação no IV Congresso da Associação Brasileira de Sociologia do Direito. Este trabalho parte daquela apresentação, mas aqui há uma maior reflexão e apresentação de dados a fim de se enquadrar nos parâmetros de um artigo científico.

2. Doutor em Criminologia e Mestre em Ciências Econômicas pela *Université Catholique de Louvain* (Bélgica). Professor da UEFS e da UNEB, Professor colaborador do Mestrado Profissional em Segurança Pública da UFBA, Líder do Grupo de Pesquisa em Criminologia da UEFS e da UNEB.

SOCIAL CONTROL THINKING: an empirical study of parliamentary debates on lowering the age of criminal responsibility // *Riccardo Cappi*

Keywords

Grounded Theory / Empirical Research (in the field of Law) / Age of Criminal Responsibility / Social Control / Modern Penal Rationality



Abstract

This article aims to offer a description and a theoretical analysis of the “ways of thinking” social control of criminality and criminal justice. The starting point here is the analysis of both the Constitutional Amendment Proposals to lower the age of criminal responsibility and the Brazilian parliamentary debates on the subject in the Senate and the House of Representatives from 1993 to 2010. Furthermore, it shows the possibility of applying Glaser and Strauss’ Grounded Theory in the field of Sociology of Law, through an empirical research of the study of legislative production. After the discussion of the suggested method, some strategies and results of the study will be presented as follows: a structure for the arguments in favor of lowering the age of criminal responsibility; an identification of the crucial opposing points between the arguments for and against the constitutional change; the development of four argument typologies, highlighting different ways of conceiving social control of juvenile delinquency. Finally, drawing on the concept of “modern penal rationality” (Pires), we demonstrate that, beyond the political positions held, a wide spectrum of parliamentary discourses remain centered on both a hostile vision of the offender and the idea of afflictive punishment, which are predominant references in the matter of social response to criminalized behaviors.

1 Introdução

Este artigo apresenta uma parte dos procedimentos e dos resultados de uma pesquisa mais ampla, dedicada ao estudo das “maneiras de pensar” o controle social da criminalidade e a justiça penal³. Tal pesquisa se inscreve num contexto internacional caracterizado pela multiplicação de estudos e de discussões sobre a evolução do controle penal que ilustram e analisam tanto o incremento das soluções punitivas voltadas para “imposição intencional de dor” (Christie, 2005, p. 7), como o aparecimento de propostas menos aflagantes. A realidade brasileira não escapa a essa tendência, nem aos intensos debates levantados por ela, haja vista as mudanças legislativas e o incremento das taxas de encarceramento ocorridos após a promulgação da Constituição de 1988, convivendo com a adoção de novas concepções, muito diversificadas, em matéria de controle social.

São essas concepções em matéria de controle social que constituem o objeto da análise, a partir de uma observação empírica. Neste sentido, será apresentado um estudo dos debates parlamentares brasileiros acerca da redução da maioria penal, ocorridos na Câmara e no Senado entre 1993 e 2010, na esteira das numerosas Propostas de Emenda Constitucional elaboradas durante o mesmo período. Dada a abundância e a riqueza desses discursos, este material mostrou-se adequado para uma análise que ajude a compreender as diversas “maneiras de pensar” a resposta social a ser produzida diante da delinquência juvenil, traduzindo concepções diferentes do controle social presentes no âmbito da produção legislativa.

Além de explorar um material inédito, a peculiaridade desta contribuição reside no fato de ela proporcionar uma ilustração metodológica da “Teoria Fundamentada nos Dados” (*Grounded Theory*), entendida aqui como abordagem bastante profícua para a realização de uma pesquisa empírica no âmbito da Sociologia do Direito. Neste sentido, será acordada uma importante atenção às características deste método e aos

3. Trata-se da pesquisa de doutorado “Motivos do controle e figuras do perigo: a redução da maioria penal no debate parlamentar brasileiro” (tradução nossa), defendida em 2011 no programa da *École de Criminologie de l'Université Catholique de Louvain* e orientada pelos professores Françoise Digneffe e Dan Kaminski, a quem renovo meus agradecimentos.

procedimentos adotados, sem omitir a apresentação de alguns resultados que, contudo, poderiam ser discutidos mais amplamente.

Propõe-se um desenvolvimento em quatro partes. Num primeiro momento serão expostos os fundamentos e as diretrizes da Teoria Fundamentada nos Dados (TFD), entendida como dispositivo de pesquisa voltado para geração de uma leitura teórica dos fenômenos sociais, enraizada na análise dos dados empíricos. Em seguida, serão apresentados os procedimentos decorrentes da adoção desta metodologia, no intuito de sustentar sua validade para pesquisa empírica - especialmente a que tem como objeto o campo e as práticas do Direito. Num terceiro momento, o método será exemplificado através da ilustração alguns procedimentos específicos, adotados para o estudo dos discursos parlamentares brasileiros sobre a redução da maioria penal; nesta etapa serão igualmente informados alguns resultados obtidos no decorrer da pesquisa. Enfim, a título sobretudo ilustrativo, será dedicada uma seção à rápida discussão desses resultados, mobilizando o referencial teórico da “Racionalidade Penal Moderna” (Pires, 2004).

2 A “Teorização Fundamentada nos Dados” (TFD)

A “teorização fundamentada nos dados” (Laperrière, 2008; Glaser & Strauss, 1967; Guerra, 2006; Strauss & Corbin, 2008) foi apresentada por Glaser & Strauss (1967) como uma metodologia de pesquisa que permite elaborar conhecimentos teóricos, mesmo a título de hipóteses, a partir da observação dos dados. De certa forma, ela constitui tanto um modelo de construção da teoria sociológica quanto um procedimento de análise de materiais empíricos, o qual considera a relação que pode - e deve - existir entre a teoria, o método e os dados empíricos. Segundo seus autores, a TFD surge como resposta a uma dupla carência no âmbito da produção sociológica da época. Por um lado, eles denunciavam o baixo nível de teorização alcançado pelas pesquisas sociológicas, quantitativas em sua maioria, mais interessadas na “neutralidade” das coletas e acúmulos de dados. Por outro, contestavam a tendência de as teorias sociológicas “arredondarem” os dados para que correspondam, *a posteriori*, aos quadros conceituais previamente situados.

Neste sentido, a TFD pode também ser apresentada e definida por sua diferença em relação aos métodos utilizados mais tradicionalmente na ciência – e nas ciências sociais – cujo objetivo é, em geral, a verificação ou a corroboração de hipóteses elaboradas a partir de um marco teórico preestabelecido. Assim, a TFD constitui uma metodologia de cunho prevalentemente indutivo, uma vez que prevê uma inversão da lógica tradicional da pesquisa hipotético-dedutiva: nesta, o quadro teórico é previamente construído ou adotado, antes da aproximação aos dados empíricos, para que estes sejam observados a partir daquele, isto é, para que a hipótese inicial seja, ou não, confirmada. O resultado desta inversão proposta pela TFD é a possibilidade de produzir, no decorrer da própria pesquisa, uma formulação teórica a partir dos dados, isto é, emergindo da observação. Assim, o objetivo é a “*elaboração de uma teoria, decerto enraizada na realidade empírica, porém não constituindo uma simples descrição; os casos empiricamente observados não são aí considerados em si mesmos, mas sim, como instâncias do fenômeno social observado*” (Laperrière, 2008, p. 353, grifo da autora).

A TFD se inscreve na tradição sociológica americana⁴ e produz uma explicitação das regras metodológicas pelas quais se busca construir uma formulação teórica enraizada em dados empíricos, essencialmente qualitativos⁵. Tratando-se de articular a análise rigorosa e sistemática à possibilidade de dar conta da riqueza e da complexidade da realidade, a TFD propõe uma construção teórica que seja, por um lado, aderente à realidade e que, por outro lado, mantenha uma capacidade de compreensão da mesma. Trata-se de uma perspectiva exploratória, na qual as hipóteses e as formulações teóricas são mais geradas do que verificadas, e que sempre busca “casos negativos” (Pires, 2008, p. 90) que possam aprimorar essas elaborações.

4. Como assinala Laperrière (2008, p. 354), a TFD não é inteiramente original, na medida em que mantém um parentesco com a Escola de Chicago, conhecida por sua exigência de articulação entre as teorias e os dados empíricos, com a fenomenologia e sua tentativa de abstrair das “pré-noções”, e com o interacionismo simbólico, que enfatiza a importância do ponto de vista dos atores na construção social da realidade.

5. Para citar alguns exemplos, os dados qualitativos podem ser constituídos por transcrições de entrevistas semi-estruturadas, por observações ou ainda, como no nosso caso, por discursos parlamentares.

Antes de prosseguirmos com a apresentação do método proposto, cabe explicitar, ainda que rapidamente, alguns posicionamentos adotados aos quais será feita referência ao longo deste texto. Em primeiro lugar, cabe definir uma teoria como uma sistematização cognitiva da realidade, a qual se constitui por meio da explicitação das relações que subsistem entre algumas das características (ou variáveis) dessa realidade. As características da realidade remetem tanto aos elementos “objetivos” da mesma quanto às maneiras dos atores sociais de interpretá-la. No nosso caso, será dada especial atenção às maneiras específicas dos atores de produzirem representações da realidade, atribuindo-lhe sentido num contexto específico. Em outras palavras, enfatizaremos a possibilidade de compreender – e de formular teoricamente – o ponto de vista e as significações construídas pelos atores sociais num “campo” específico (Bourdieu, 2001). De forma mais precisa, interessamos as representações de senadores e deputados brasileiros (atores no campo político) no processo de elaboração legislativa acerca de uma determinada questão (a redução da maioria penal), num dado contexto histórico (o Brasil da “redemocratização”). Isto nos remete à possibilidade de percorrer uma modalidade de pesquisa dita compreensiva (Pires, 2008) que, diferentemente da pesquisa explicativa, não busca estabelecer relações causais (de caráter geral) para dar conta de um fenômeno, dedicando-se mais especificamente à compreensão das maneiras pelas quais raciocinam e interpretam os seres humanos envolvidos neste fenômeno. Neste sentido, entende-se que a “realidade” é uma construção social que se trata de compreender, cabendo inclusive explicitar e questionar reflexivamente – até onde for possível – a maneira específica através da qual o pesquisador “constrói” a realidade, ao observá-la. Embora não seja possível aprofundar aqui tais importantes questões epistemológicas, cabe mencioná-las, inclusive para afastar a possibilidade de uma leitura ingênua do caráter “indutivo” atribuído à TFD. Como se deixou entender pelo uso do advérbio “prevalentemente”⁶, não se trata aqui de sustentar que a TFD seja indutiva no sentido puro da palavra, o que seria de fato impossível, pois a observação sempre é guiada por uma

6. Na expressão: “a TFD constitui uma metodologia de cunho prevalentemente indutivo”

pré-leitura “teórica” da realidade por parte do observador-pesquisador. Mais precisamente, trata-se de afirmar que a TFD renuncia ao intento de trabalhar por verificação de uma ou mais hipóteses preestabelecidas, a partir de um marco teórico dado. Ela visa, ao contrário, à geração de hipóteses, constituindo a criação de uma proposta teórica que, por sua vez, pode se tornar objeto de verificação ou de discussão, à luz de outras formulações teóricas já existentes.

3 O método da TFD

A TFD é portanto um método qualitativo de análise que merece ser descrito aqui nas suas grandes linhas, antes que o ilustremos com o exemplo proposto. Cabe ressaltar a dificuldade de descrever o método da TFD, uma vez que ele se baseia num processo onde se faz necessário alternar, de maneira repetida e flexível, a *observação dos dados empíricos* e a *formulação dos enunciados teóricos*, tornando-se estes sempre mais gerais e abstratos no decorrer deste processo de mão dupla. Isto implica que, a depender da pesquisa, as etapas previstas não sejam sempre realizadas na mesma ordem cronológica ou, ainda, que seja necessário repetir algumas sequências – até por várias vezes – para obter o resultado esperado. Em função de tal flexibilidade, a descrição que segue tem sobretudo um caráter pedagógico, pois a peculiaridade de cada pesquisa levará à adoção de procedimentos específicos. Isto pode ser ilustrado através de uma simples analogia: existe uma diferença entre explicar como se anda de bicicleta e andar de bicicleta. A supor que seja possível identificar formalmente as operações singulares que constituem o fato de dirigir uma bicicleta, é fácil pensar que cada ciclista possa adotá-las seguindo uma ordem e um número de repetições diferentes, ditados pelas circunstâncias e por sua sensibilidade específica.

Assim, as três etapas fundamentais da TFD são a codificação *aberta*, a codificação *axial* e codificação *seletiva*. De maneira geral, a codificação é uma operação de análise através da qual o pesquisador divide, conceitualiza e categoriza os dados empíricos, podendo estabelecer, por sua vez, novas relações entre os resultados dessas operações analíticas.

A codificação dita *aberta* (Strauss & Corbin, 2008, p.

103-122) é aquela que prevê a formulação de conceitos para os elementos que compõem a realidade observada: qualquer dado, neste estágio, é passível de codificação⁷. Assim, o conceito nada mais é do que uma entidade mais abstrata para designar uma unidade de sentido (ou incidente) na observação; trata-se, nesta fase, de encontrar conceitos que sejam o mais próximo possível dos dados empíricos. Em seguida, os diversos conceitos elaborados podem ser reunidos em categorias e subcategorias, quando remetem a um mesmo universo de sentido. As categorias elaboradas possuem, desta forma, uma dupla natureza: por um lado, elas são abstratas, traduzindo a operação analítica do pesquisador; por outro, elas são enraizadas, revelando uma relação estreita ao dado empírico. A codificação aberta prevê também a descoberta das propriedades (ou modalidades) das categorias, bem como as dimensões das mesmas – por exemplo, a frequência, a intensidade e a duração observadas.

A codificação *axial* (Strauss & Corbin, 2008, p. 123-142) consiste na comparação das categorias abstraídas dos dados empíricos, bem como de suas propriedades e dimensões, para começar a elaborar uma articulação teórica entre elas, devendo ser confirmada pelo retorno às observações iniciais. Durante esta fase, algumas categorias aparecem como centrais na análise, que começa com o estabelecimento de (co)relações entre categorias, ou entre categorias e propriedades. Este procedimento deve levar à elaboração de hipóteses que se tornarão sempre mais consistentes, à medida que forem testadas novamente através dos dados empíricos, rumo à estabilização de uma proposta teórica, assim enraizada na observação.

Enfim, a *codificação seletiva* (Strauss & Corbin, 2008, p. 143-160) é aquela que permite a integração final da teoria em torno de uma categoria ou de uma narrativa central, funcionando como pivô ao redor do qual todas as categorias giram. Procedem-se portanto

7. Vale ressaltar que, de um ponto de vista prático, é praticamente indispensável assumir um sistema rigoroso de anotação das operações de codificação – através de memorandos, anotações ao lado do texto ou programas informáticos que facilitam o trabalho – sem presumir por antecipação a relevância analítica de qualquer categoria, até que ela apareça como relevante ao longo deste minucioso processo de “ida e volta” entre a observação e a codificação (Strauss & Corbin, 2008, p. 65 e seguintes)

por *redução*, sendo a teoria produzida com um número mais restrito de conceitos, porém de um nível teórico mais denso – e de maior abstração – aplicável a um maior número de situações. Em outras palavras, encontra-se, nesta fase uma linha narrativa que oferece uma nova conceitualização do objeto, identificando o “problema teórico central” da pesquisa que, obviamente, continua passível de complementações posteriores. Dessa forma, trata-se de desvendar relações significativas e recorrentes entre categorias (e suas dimensões) válidas para o conjunto de dados empíricos observados.

Este conjunto de operações de codificação é realizado até atingir a *saturação*, isto é, até o momento em que novas observações oferecem apenas exemplos que se encaixam nas categorias e propriedades já existentes, pois não aparece nenhum dado novo relevante. Desta forma a teoria emergente encontra-se estabilizada: o pesquisador entende que as categorias construídas, bem como as relações que as interligam, têm plausivelmente um caráter de generalidade, pelo menos em relação aos dados observados. Além de não serem lineares, estes passos são intimamente ligados à *sensibilidade teórica do pesquisador* (Laperrière, 2008; Guillemette & Luckeroff, 2009; Strauss & Corbin, 1998), isto é, seus conhecimentos teóricos prévios, sua cultura e suas experiências prévias, que desempenham um papel crucial, para a observação da realidade e para a elaboração de formulações progressivamente mais abstratas da mesma. Enfim, vale ressaltar que o próprio método da TFD pode ser combinado com outras técnicas de análise, em diversos momentos, em função dos objetivos da pesquisa.

4 A análise dos discursos parlamentares sobre a maioria penal

Quais as “maneiras de pensar” o controle social e a justiça penal presentes nos discursos dos parlamentares brasileiros, quando estes assumem posições referentes à questão da redução ou da manutenção da maioria penal? Esta é a questão inicial, ainda muito ampla, da pesquisa que fundamenta esta contribuição e da qual serão apresentados aqui alguns aspectos metodológicos, referentes à utilização da TFD⁸. A intenção

é identificar as diversas maneiras de ver e (re)construir a realidade social, bem como os modos de conceber as respostas para a delinquência juvenil, a partir de diversas « visões de mundo » (Bourdieu, 2001), ou de diversos « referenciais cognitivos » (Muller, 2000), as categorias através das quais se produz uma leitura do mundo. Ademais, a título exploratório, pretende-se ilustrar uma possível articulação, nos discursos, entre essas “leituras e explicações de mundo”, por um lado, e as formas de “normatização do mundo” (Muller, 2000), por outro. Desta forma, trata-se de desvendar aspectos importantes nas maneiras de pensar (e agir) em matéria elaboração normativa, no âmbito penal.

A análise foi conduzida a partir da observação dos textos das 37 Propostas de Emenda Constitucional (PEC) voltadas para redução da maioria penal e os discursos parlamentares que se referem às mesmas, entre 1993 e 2010⁹, mobilizando o referencial metodológico da TFD. A apresentação desta análise será realizada em três momentos. Num primeiro tempo, a atenção será dedicada aos argumentos favoráveis à redução da maioria penal, podendo estes ser comparados aos argumentos que embasam a posição contrária. Num segundo momento, para além dos argumentos específicos – favoráveis ou contrários à redução da maioria penal – os discursos parlamentares serão submetidos a uma leitura mais ampla de seus conteúdos. A partir desta leitura mais exaustiva será possível identificar, num terceiro momento, diversas tipologias referentes às “maneiras” de pensar as respostas às condutas delitivas.

4.1 Os argumentos favoráveis à redução da maioria penal e as oposições relevantes

De início, foi possível identificar todos os argumentos apresentados pelos parlamentares que sustentam a

de pensar” as respostas às condutas criminalizadas, através da análise dos discursos parlamentares, deixando em segundo plano o estudo das interações entre os atores específicos que, ao longo do período mencionado, deram vida a este processo na esfera legislativa 9. A análise foi conduzida utilizando as comunicações nos plenários do Senado (85 discursos) e da Câmara (479 discursos), durante o período 1993-2010, tais como notas taquigrafadas nos respectivos sites. Os discursos foram obtidos por meio do uso do motor de pesquisa dos sites, com a introdução da palavra-chave “maioridade penal”. Dados os limites do artigo, não se encontram apresentados os numerosos passos que esta metodologia comporta. Para maiores detalhes remetemos à leitura de Cappi (2011).

8. No caso em tela, o estudo privilegia a observação das “maneiras

posição favorável à redução da maioria penal. O corpo empírico foi constituído nesta primeira etapa pelas trinta e sete Propostas de Ementa Constitucional dedicadas a esta matéria. Cada uma delas foi considerada como um “evento discursivo” do qual se extraem diversas componentes, notadamente aquelas referentes à argumentação proposta sobre o tema aqui tratado. Assim, cada PEC foi recortada em sequências distintas, cada uma representando uma unidade de sentido que era codificada por meio de um conceito sintético. Seguindo o procedimento da *codificação aberta*, essas codificações foram agrupadas em função da semelhança de sentido entre elas até construir categorias conceituais. Essas categorias constituem entidades mais abstratas, elementos fundamentais para esboçar uma leitura teórica. Em outras palavras, para dar conta dos argumentos utilizados, passamos dos conceitos encontrados nos textos, e elaborados pelos parlamentares, à construção de categorias teóricas, mais abstratas.

Vejamos um exemplo desse procedimento de análise. Várias sequências encontradas nos discursos favoráveis à redução da maioria penal apresentam um argumento conhecido: os jovens são dotados de discernimento suficiente para compreender a natureza de seus atos, o que justifica sua responsabilização penal. Aprofundando a categorização, essas sequências foram codificadas identificando a explicação dada para tal discernimento. Assim algumas sentenças foram codificadas pelo conceito “*discernimento do jovem em função da educação recebida*”, outras através do conceito “*discernimento do jovem em função do desenvolvimento socioeconômico do país*”¹⁰. Esses conceitos autorizaram a formulação de uma categoria mais abrangente, nomeada “*discernimento do jovem*”, entendida como condição de aplicabilidade ou de eficácia da aplicação da lei penal, segundo os parlamentares que sustentam essa posição. Temos assim um argumento da posição favorável à redução da maioria penal, formulado desta vez de maneira mais teórica e abstrata.

10. Aqui, os parlamentares sustentam que o maior discernimento dos jovens decorre do desenvolvimento socioeconômico da nação como um todo, para além de sua inserção nos percursos educativos formais propostos pela escola.

O mesmo procedimento foi aplicado ao conjunto das PEC que propõem a redução da maioria penal, obtendo assim uma lista de argumentos expressos por meio de categorias enraizadas no material empírico observado. Esse procedimento foi repetido até alcançar a saturação teórica dessas categorias. Note-se que não se realizou uma leitura de tipo quantitativo e sim qualitativa: cada categoria argumentativa construída representa um número muito variável de ocorrências reais. Em contrapartida, dos argumentos encontrados, nenhum foi descartado nesta construção teórica fundamentada nos próprios discursos dos parlamentares¹¹.

A continuação da análise minuciosa dos materiais empíricos permitiu codificar e organizar, por abstrações sucessivas, o conjunto dos argumentos encontrados e estabelecer relações entre eles – conforme previsto pela *codificação axial* – rumo à elaboração de uma narrativa central – *codificação seletiva*. No nosso caso, tratando-se inicialmente de organizar os argumentos favoráveis à redução da maioria penal, optou-se por apresentá-los segundo uma estrutura de silogismos que, a nosso ver, facilitou a compreensão teórica do conjunto dos argumentos sustentando esta posição. Vale lembrar que o silogismo é um raciocínio no qual a *conclusão* é obtida a partir da articulação lógica de duas premissas, chamadas respectivamente de *maior* e *menor*¹².

Assim, após codificação, os argumentos encontrados foram apresentados numa lista de proposições iniciais que serviram à construção da estrutura silogística. Eis a lista dessas proposições, às quais foi em seguida atribuída uma posição específica na dita estrutura¹³:

11. Esta etapa foi facilitada pelo uso do programa WEFT-QDA de acesso livre na internet, no site <http://www.pressure.to/qda>, elaborado para permitir a análise de textos. O WEFT-QDA permite criar e modificar os conceitos e as categorias, sem perder a referência aos conteúdos originais, devida e previamente importados pelo programa. Além disso, a ferramenta informática permite operações de cruzamento com outras informações associadas aos textos (ex. nome do parlamentar, partido, estado, etc.).

12. Para maiores detalhes sobre este assunto ver, por exemplo, Pelletier (2005, p. 16).

13. Para facilitar a leitura da estrutura de silogismos, apresentada a seguir, note-se que cada proposição é acompanhada do símbolo que a situa na dita estrutura. Assim, M1 indica que a proposição foi identificada como “maior” no primeiro silogismo, ao passo em que m1 indica que a proposição foi identificada como “menor”, sempre

1. “O Estado deve fazer algo para responder às demandas da sociedade” (M1).
2. “Existe uma forte demanda da sociedade para reduzir a insegurança” (m1).
3. “A criminalidade dos jovens contribui significativamente à insegurança” (m2).
4. “A aplicação do direito penal é eficaz para reduzir a criminalidade daqueles que têm discernimento a respeito de suas condutas” (M5).
5. “O discernimento a respeito de suas condutas está relacionado ao acesso à informação, à educação ou ao desenvolvimento socioeconômico do país” (M3).
6. “Os jovens têm acesso à informação, à educação ou ao desenvolvimento socioeconômico do país” (m3).
7. “As leis existentes constituem uma importante referência para estimar o nível de discernimento a respeito de suas condutas, segundo a faixa etária” (M4).
8. “Certas leis brasileiras (lei eleitoral, direito civil) afirmam, mesmo implicitamente, que os jovens de menoridade, têm discernimento a respeito de suas condutas” (m4).
9. “É preciso seguir o exemplo dos outros países” (M7).
10. “Numerosos países já reduziram a maioria penal” (m7).

Partindo dessa lista, foi construída uma estrutura formada por sete silogismos (*Quadro 1*), nos quais algumas conclusões são obtidas por efeito do próprio silogismo, não aparecendo na lista das proposições iniciais. Esta apresenta as articulações entre as diversas proposições que constituem, respectivamente, as maiores (M), as menores (m) e as conclusões (C) numeradas para cada um deles, levando à conclusão final “precisa reduzir a maioria penal”.

Esta estrutura constitui um primeiro resultado teórico da análise dos discursos parlamentares - resultado que se encontra enraizado nos dados empíricos observados, o qual ilustra os argumentos favoráveis à redução da maioria penal adotados por parlamentares favoráveis à medida. Um procedimento

no primeiro silogismo, e assim em diante. Não é de se estranhar que alguns códigos faltem nesta lista, pois algumas proposições são obtidas como conclusão de outro silogismo. Assim, por exemplo, M2 é obtida como conclusão do primeiro silogismo (C1), logo C1 = M2, como se vê a seguir.

análogo foi realizado com os discursos que sustentam a manutenção da maioria penal¹⁴. Este último permitiu identificar, entre outras análises, os principais pontos de desacordo entre os dois grupos de discursos opostos. Resumindo, pode-se dizer que as diferenças importantes entre os discursos se situam em torno de três grandes questões, identificadas como segue:

- // a maneira de definir e explicar o problema das transgressões dos jovens
- // a maneira de perceber os jovens infratores
- // a maneira de conceber a(s) resposta(s) diante da transgressão (dos jovens)
- // Este resultado é confirmado pelo segundo procedimento analítico que apresentamos a seguir.

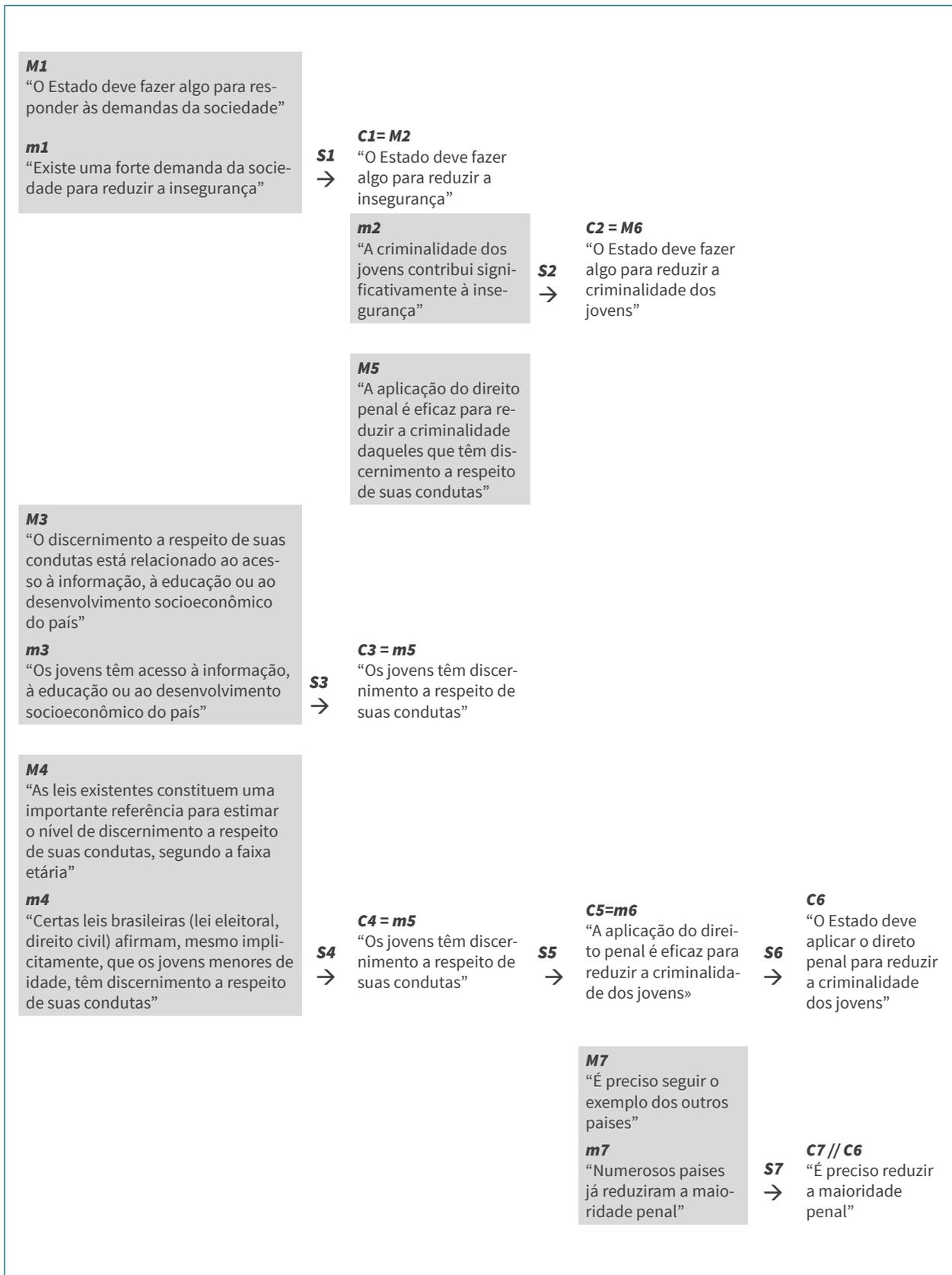
4.2 Análise ampliada dos discursos parlamentares

Foi adotado um segundo procedimento analítico, o qual foi aplicado desta vez ao conjunto dos discursos proferidos oralmente no Senado e na Câmara, com o objetivo de apreender, de maneira mais ampla e aprofundada, as maneiras de pensar e as razões que animam a reflexão dos parlamentares ao discursarem sobre a questão da maioria penal. A análise dos materiais mobiliza igualmente o referencial da TFD¹⁵ de uma maneira mais completa - como se ilustra a seguir, dado que se pretende trabalhar com o “conjunto” dos conteúdos dos discursos para além dos argumentos voltados à fundamentação da posição acerca da maioria penal.

Sempre por meio de um método indutivo, a partir do recorte dos discursos em sequências apresentando uma unidade de sentido, tratou-se de estabelecer uma relação entre as categorias “espontaneamente” enunciadas pelos parlamentares e aquelas elaboradas pelo pesquisador, as quais constituem a expressão condensada daquelas. Reencontramos aqui exemplificada a fase da *codificação aberta*, que “tem por objetivo fazer emergir dos dados o maior

14. Este procedimento não será apresentado aqui, para conter a extensão do texto. Para maiores aprofundamentos cabe a leitura de Cappi (2011, p. 167-182).

15. Aqui também foi de grande serventia a utilização do programa WEFT-QDA.



Quadro 1. Estrutura dos silogismos elaborada com base nos argumentos codificados das PEC.

número possível de conceitos e categorias” (Laperrière, 2008, p. 361), sem limitar, a priori, a lista dessas categorias¹⁶. Nota-se que, em termos de abstração, a “distância” entre a sequência do texto e a categoria conceitual não é sempre a mesma. Assim, algumas categorias aparecem como “já presentes” nos discursos parlamentares, emergindo de forma imediata, enquanto outras constituem o resultado de um maior trabalho de abstração. Isto não é de surpreender, pois as falas dos parlamentares constituem, bem antes da pesquisa em tela, um exercício de reflexão e abstração acerca da mesma temática.

Para facilitar a organização das categorias formuladas, criou-se um certo número de “categorias de categorias” - ou “macrocategorias”. Assim, por exemplo, criou-se a macrocategoria “percepção do jovem delincente”, que permite articular as diversas codificações referentes à maneira dos parlamentares perceberem os jovens transgressores – alvo potencial da redução da maioria penal –, tais como: “pessoa perigosa”, “pessoa em fase de desenvolvimento”, “vítima”, “futuro da nação”, etc.. A criação dessas macrocategorias materializa a etapa da *codificação axial*, pela qual se procura estabelecer relações entre as categorias inicialmente codificadas. Vale lembrar que o método exposto impõe a releitura constante dos materiais empíricos, em função da manifestação de novas categorias. À medida que o procedimento é repetido, a emergência de novas categorias se torna sempre menos frequente, até parar. Quando isso acontece, pode-se plausivelmente entender que a saturação teórica foi alcançada¹⁷.

O resultado dessa análise “exaustiva” é a produção de um quadro (*Quadro 2*) no qual é possível tanto “ler” os discursos observados em função das categorias construídas indutivamente como ainda observar transversalmente a ocorrência de cada

16. Vale ressaltar que o recorte em unidades de sentido não define uma relação biunívoca entre as unidades e os conceitos. Uma unidade de sentido pode ser referida a mais de um conceito e, obviamente, um mesmo conceito pode permitir a codificação de diversas unidades de sentido.

17 No caso em tela, as categorias foram elaboradas a partir da análise dos discursos proferidos no Senado e, posteriormente, “testadas” nos discursos proferidos na Câmara, quando se constatou inexistirem dados significativos modificando a construção teórica elaborada.

categoria nos diversos discursos. Apresenta-se a seguir uma tabela que mostra a série de categorias elaboradas e a maneira como os discursos podem ser codificados através dessas categorias, construídas pela análise dos mesmos. O quadro a seguir é meramente ilustrativo, não cabendo aqui a reprodução da tabela geral, elaborada para o conjunto dos discursos. Contudo, por meio dos exemplos de codificação – apresentados nas colunas – espera-se mostrar como este instrumento permite identificar, de maneira detalhada e sintética, as múltiplas nuances presentes nos discursos que foram detectadas por este procedimento analítico.

Vale ressaltar que esta maneira de expor os resultados se torna muito útil na análise de qualquer material qualitativo e facilita análises ulteriores - inclusive aquelas que pretendem “voltar” a uma discussão que pretenda observar o material empírico e o esboço de teorização gerada a partir do mesmo, a fim de relacioná-los com elaborações teóricas já mais amplamente divulgadas na literatura sobre o tema. Não cabe aqui proceder à discussão de todos os conteúdos gerados pela categorização dos discursos que, certamente, poderiam alimentar inúmeros debates. Prefere-se ilustrar um desdobramento desta categorização, apresentado a seguir.

4.3 Os “discursos-tipo”

Uma etapa posterior no procedimento da análise proposta consistiu em construir, a partir do conjunto dos discursos codificados, uma tipologia¹⁸ desses discursos que fosse facilmente associável, do ponto de vista metodológico, à etapa da *codificação seletiva* - já que se trata de descortinar uma linha narrativa a partir de um número inferior de categorias, mais densas e significativas. Embora cada discurso pronunciado seja único e singular, foi possível elaborar quatro discursos-tipo¹⁹ - entendidos como linhas narrativas que oferecem uma síntese de maior densidade teórica das posições expressadas no conjunto do material analisado. Trata-se, de fato, de estruturas sintéticas de discursos purificadas de elementos contingen-

18. Laperrière (2008) explica que na etapa da codificação seletiva “tais modelos (patterns) podem ser construídos de maneira bastante livre, ou então, pelo método clássico das tipologias” (p. 365).

19. Para maiores detalhes sobre este método, ver, por exemplo, Hirshhorn (1999).

CATEGORIA	DISCURSO				
	1	2	3	4	...
Posição em relação à redução da maioria penal					
Favorável	x	x			
Contrário			x	x	
Representação do problema					
Violência	x	x	x	x	
Violência institucional / estrutural				x	
Segurança / insegurança	x	x	x		
Criminalidade	x	x	x		
Medo / perigo	x	x			
Evocação de uma demanda social por “punição”	x	x	x		
Referência à mídia ou a fatos que chocaram a “opinião pública”	x	x	x		
Contribuição significativa dos jovens à insegurança do país	x	x			
Consideração da complexidade do problema		x	x	x	
Consideração da abordagem acadêmica do problema			x	x	
Degradação moral da sociedade	x				
Consideração da desigualdade social		x	x	x	
Crítica ao argumento da desigualdade	x				
Percepção do jovem como:					
Perigoso	x	x			
Racional		x			
Vítima		x	x	x	
Pessoa em fase de desenvolvimento			x	x	
Semelhante				x	
Futuro do país				x	
Concepção da intervenção					
Crença na punição	x	x	x		
Evocação da punição dos adultos	x	x	x		
Evocação da ideia de retribuição	x	x			
Evocação da ideia de dissuasão	x	x	x		
Evocação da ideia de reabilitação associada à ideia de punição		x	x		
Respeito aos direitos dos jovens		x	x	x	
Crítica da privação de liberdade		x	x	x	
Crítica da ideia de retribuição				x	
Responsabilização inerente ao castigo	x	x			
Responsabilização por meio da intervenção sócio-educativa			x	x	
Responsabilização pelo respeito à legalidade na intervenção				x	
Neutralização	x	x			
Questionamento das garantias jurídicas	x				
Evocação condescendente de práticas punitivas de tipo extralegal	x				

Educação no decorrer da medida, associada à privação de liberdade		x	x		
Educação como alternativa ao castigo				x	
Impossibilidade de reabilitação para todos	x				
Autonomia como objetivo do processo educativo				x	
Justiça restaurativa como alternativa à punição				x	
Outras políticas propostas					
Política de assistência	x	x	x		
Política social de prevenção		x	x	x	
Transformações estruturais da sociedade				x	
Política de segurança de tipo repressivo	x	x	x		
Política de segurança integrada		x	x	x	

Quadro 2. Codificação dos discursos parlamentares referentes à redução da maioria penal.

tes. Elas oferecem uma resposta à pergunta inicial, dando acesso às racionalidades que perpassam os discursos sobre a maioria penal. Relatamos a seguir os quatro discursos-tipo que foram construídos a partir da análise dos dados²⁰, os dois primeiros favoráveis e os dois últimos contrários à redução da maioria penal.

4.3.1 O discurso da “punição absoluta”

Este discurso oferece uma leitura que parte de uma percepção dramatizada da delinquência juvenil, entendida como contribuição expressiva para o panorama de insegurança generalizada e do medo que afetam a sociedade como um todo. Há uma referência recorrente à mídia e aos fatos que encontram ampla cobertura, com forte impacto na opinião pública. Esta é entendida como fonte de expressão da demanda “por uma solução”, a qual assumiria a forma de medidas punitivas duras, incluindo a redução da maioria penal. Ao sentimento de insegurança amplamente relatado, faz eco a percepção de uma forte degradação moral. A leitura global do fenômeno desconsidera a complexidade do problema – a começar da sua inclusão num contexto sócio-histórico marcado por desigualdades de variada natureza – privilegiando uma análise simplificadora, emocional e contingente dos problemas sociais. Aqui, o discurso “acadêmico” é geralmente subestimado e pouco mo-

bilizado. Os jovens – os “delinquentes” – são entendidos como elementos de uma classe perigosa, como “monstros” ou incuráveis fortemente responsáveis pelo aumento da insegurança, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, frente à qual é essencial reforçar a resposta punitiva, numa perspectiva explicitamente retributiva ou dissuasiva. Na mesma linha, aparecem argumentos que sugerem a necessidade de adotar medidas destinadas à neutralização, como as penas de longa duração ou mesmo a pena de morte. Aparece a noção de “responsabilidade” do menor, conceitualmente reduzida a uma simples consequência da dureza da sentença. Enfim, esse discurso parece se afastar da perspectiva garantista que marcou a ascensão do direito penal moderno – incluindo a proteção dos direitos individuais – tanto no que diz respeito às modalidades processuais, quanto ao conteúdo da sanção proposta. A evocação condescendente de modalidades de punição extralegais sugere que elas existem em grande escala na sociedade brasileira e que, no limite, chegam a constituir formas aceitáveis de resposta às transgressões dos jovens.

4.3.2 O discurso da “punição garantista”

Este discurso apoia a redução da maioria penal, numa perspectiva de redução gradual, ou condicional, da utilização das “medidas sócio-educativas”²¹ em proveito do direito penal. A partir da leitura de

20. A apresentação segue a exposição sustentada em Cappi (2011, 2013).

21. Medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como forma de intervenção estatal frente às condutas transgressivas dos jovens.

insegurança que atribui um papel significativo à delinquência juvenil, o foco é posto na necessidade de punir os jovens infratores como os adultos, dada a ineficácia das medidas previstas pela lei atual. A referência à imprensa e aos fatos sujeitos a extensa cobertura da mídia é feita com tons menos dramáticos do que no discurso anterior. A leitura da realidade social leva em conta a complexidade dos problemas e propõe, além da redução da maioridade penal, uma série de medidas complementares, como políticas de assistência aos jovens ou, ainda, políticas de prevenção. São mencionados os perigos associados aos jovens infratores, embora se reconheçam mecanismos sociais que colaboram para vulnerabilidade desta categoria. Dada a contribuição significativa dos jovens – menores de idade – para a insegurança da população, torna-se importante estender a resposta punitiva a este grupo da população, a partir do momento que é possível considerá-los plenamente responsáveis por suas ações. A responsabilidade penal - com respectivo aumento das penas - deve ser estendida também aos adultos que desempenham um papel significativo na determinação das condutas delituosas dos menores de idade. As funções retributiva e dissuasiva da pena aparecem claramente neste tipo de discurso que, todavia, não desconsidera a busca de objetivos educacionais ou terapêuticos, reconhecendo inclusive o impacto negativo da privação de liberdade, tal como praticada atualmente. Enfim, este discurso se inscreve nitidamente na perspectiva garantista do direito penal, que aposta essencialmente no teor afilativo da resposta estatal, sem excluir outras formas de intervenção entendidas, contudo, a título complementar.

4.3.3 O discurso da “proteção”

Este terceiro discurso sustenta a manutenção da maioridade penal numa perspectiva de conservação do sistema de justiça juvenil estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A leitura da delinquência atribui um papel importante aos mecanismos de exclusão social e à insuficiência das políticas públicas, como fatores significativos da vulnerabilidade juvenil. Sustenta-se uma abordagem baseada na “proteção integral” que prevê, para os jovens infratores, ações educativas e de tratamento, denunciando inclusive o impacto negativo da privação de liberdade. Aqui também é feita a referência aos meios de comunicação e à opinião pública, mas sem cair

em visões sensacionalistas ou redutoras. A defesa da manutenção da maioridade penal se fundamenta também na adoção de políticas de prevenção ou de assistência frente aos problemas de insegurança. Os “jovens (criminosos)” são assim percebidos de forma menos hostil e também considerados vítimas de diversos mecanismos sociais que determinam sua fragilidade. São enxergados como sujeitos de direitos – formalmente estabelecidos pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que devem ser garantidos concretamente, inclusive pelo fato de os adolescentes serem “pessoas em fase de desenvolvimento”. A abordagem punitiva não está ausente deste discurso, especialmente no que diz respeito a sua função dissuasiva. Por um lado, encontra-se a valorização do aspecto afilativo das medidas socioeducativas, considerado semelhante ao das respostas da justiça criminal. Por outro lado, afirma-se a ideia de maior punição para os adultos que têm a custódia dos jovens infratores. Novamente, a ideia de responsabilização está presente: da sociedade, pela garantia de direitos aos jovens; do adolescente, em relação à sua conduta; da família, que é encarregada da educação do jovem. Enfim, podemos dizer que este discurso sustenta a visão de “proteção”, seguindo a tradição dos sistemas de justiça juvenil tal como se desenvolveram nos países ocidentais durante o século XX, o que não exclui a referência, a título complementar, a respostas punitivas de caráter afilativo legalmente regulamentadas.

4.3.4 O discurso do “protagonismo emancipador”

Este último discurso, além de apoiar a manutenção da maioridade penal nos termos atuais, difere significativamente do anterior. Em primeiro lugar, quando descreve a violência e a insegurança, faz referência à dimensão estrutural do problema. A referência à mídia só aparece através de uma leitura crítica: esta oferece ao público ferramentas empobrecidas e redutoras para análise dos problemas, notadamente o da insegurança. Nesta perspectiva, afirma-se a necessidade de um exame aprofundado das diferentes manifestações da violência na sociedade com o intuito de engajar transformações radicais no plano político que possam reduzir as desigualdades e minimizar as dinâmicas de exclusão. Como no discurso anterior, os jovens são vistos como vítimas da dinâmica social, em sua condição de “pessoas em desenvolvimento”

e de sujeitos de direitos – os quais não são garantidos a contento. Além disso, propõe-se aqui um olhar “não hostil” dos adolescentes (infratores): trata-se de apostar nas suas potencialidades – ele é o “futuro da nação” – e vê-lo como um ser semelhante. Logo, há uma leitura abertamente crítica da perspectiva punitiva, não só em relação às condições concretas da implementação da privação de liberdade, mas também no que diz respeito a sua filosofia geral, reprovando enfaticamente seus aspectos aflitivo e retributivo. Assim, a ideia de educação é entendida como uma alternativa à punição, não apenas como abordagem complementar. Além disso, valorizam-se as propostas educativas que se afastam nitidamente de posturas autoritárias e paternalistas. Prioriza-se a construção da autonomia do jovem, a ser construída gradativamente pela intervenção socioeducativa e a ser conduzida em meio aberto. Enfim, ainda que de forma apenas esboçada, esta abordagem se mostra aberta a métodos de intervenção pautados na ideia de “justiça restaurativa” como processo de resolução de conflitos.

Os quatro discursos-tipo assim construídos ilustram diferentes “maneiras de pensar” a resposta estatal frente às condutas delitivas dos jovens. Para além da discussão sobre a maioria penal, essas tipificações constituem percursos narrativos que expressam, no campo político explorado, visões mais específicas do controle social. As narrativas propostas complexificam a leitura dicotômica inicial, que só distinguia os discursos favoráveis à redução da maioria penal dos discursos contrários, para propor uma distinção a partir das diversas leituras do problema, das visões diferenciadas do jovem infrator e das maneiras peculiares de conceber a resposta estatal. Este constitui um resultado importante da análise, na medida em que torna visíveis distinções significativas e as conceitua, não somente entre os discursos que adotam posições opostas, mas também no âmbito de discursos que manifestam a mesma opção frente a proposta de mudança constitucional.

5 Uma possível articulação teórica com o referencial da “racionalidade penal moderna”

É possível propor agora uma releitura desses discursos à luz das discussões sobre o controle social,

as quais foram elaboradas no âmbito da literatura sociológica e criminológica contemporânea, de maneira a mostrar como os resultados obtidos pelo método da TFD podem ser relidos através de outros instrumentais teóricos e analíticos. O exercício será conduzido aqui de forma rápida e sucinta, mobilizando o referencial teórico da racionalidade penal moderna (Pires, 1998, 1999, 2004, 2006).

Segundo Pires, a racionalidade penal moderna (RPM) é um conceito útil para designar um sistema de ideias que, desde o século XVIII, estabelece um suporte teórico e ideológico para o direito penal e suas formas de intervenção. Tal sistema de pensamento se afirmou como dominante no âmbito penal e é teorizado por Pires, apoiando-se em Bachelard (1983), como “obstáculo epistemológico” à transformação das respostas penais. Assim, a conjunto das ideias que caracterizam a RPM sustenta a obrigação de respostas aflitivas para o crime, sendo a privação de liberdade sua expressão mais característica. Além disso, a valorização do castigo ampara, via de regra, respostas que se tornam *obrigatoriamente* aflitivas, excluindo medidas alternativas de resposta ao crime - mesmo o perdão, que acabam sendo “impensáveis” no âmbito da RPM. Da mesma forma, no âmbito da RPM, torna-se impossível se afastar de uma concepção hostil do infrator. Ademais, esse sistema de ideias encontra-se sustentado e reproduzido pelas teorias da pena, que gozam de uma autoridade reconhecida no campo penal e, mais ainda, na cultura ocidental moderna²².

Diante desta rápida evocação da RPM, pode-se analisar a maneira como os discursos observados são atravessados por essa racionalidade. Não é surpreendente constatar que ela está presente, em larga medida, nos discursos favoráveis à redução da maioria penal: afirma-se portanto uma maneira de pensar que promove a proteção da sociedade através de respostas aflitivas, pautadas na obrigação de castigar e na valorização da privação da liberdade - em detrimento de formas de intervenção inovadoras - perante a delinquência dos jovens. Contudo, a

22. Além das teorias da retribuição e da dissuasão, podem ser mobilizadas as teorias da denunciação e da ressocialização. Para maiores detalhes ver, entre outros, Pires (1998, 2004); Xavier (2010); Cappi, (2011, 2013).

análise mais surpreendente é outra: a RPM não está ausente dos discursos que defendem a manutenção da maioria penal. Três argumentos encontrados neste grupo de discursos fortalecem esta hipótese: (i) o Estatuto da Criança e do Adolescente já oferece uma resposta punitiva adequada, fazendo prova de uma “justa severidade”; (ii) é preciso aumentar a duração legal da privação de liberdade; e, por fim, (iii) é necessária a adoção de medidas punitivas contra os adultos que, de alguma maneira, contribuem para a delinquência juvenil. Nesta perspectiva, a salvaguarda do limite jurídico – representado pela maioria penal – entre o direito penal e o ECA não corresponde à diferenciação das racionalidades prevalecendo nos dois espaços – a justiça dos adultos e a justiça juvenil (Pires, 2006; Volpi, 1997).

Este resultado encontra um eco interessante na análise das diferenças significativas entre os discursos que defendem a manutenção da maioria penal. Como indicado na construção tipológica anterior, foi possível identificar dois subgrupos de discursos: aqueles que permanecem na linha da racionalidade dominante e aqueles que se mostram favoráveis a formas “inovadoras” de atuação estatal frente à delinquência juvenil. Cabe sinalizar, contudo, que não há um investimento significativo nos argumentos que valorizam essas modalidades alternativas de intervenção junto aos adolescentes infratores. Se é verdade que boa parte desses discursos denuncia as ineficiências do sistema penal - sua seletividade sociorracial – e alerta igualmente para a necessidade de políticas básicas de garantia de direitos à juventude ou mesmo para a urgência de reformas estruturais, esses mesmos discursos se mostram muito mais tímidos no que diz respeito à sustentação de formas alternativas da resposta estatal às transgressões juvenis, como é o caso, por exemplo, das medidas socioeducativas em meio aberto ou afiliadas à justiça restaurativa (Cappi, 2009).

O estudo dos discursos pode revelar um outro resultado importante²³: alguns discursos favoráveis à redução da maioria penal mostram-se claramente inscritos numa vertente que poderia ser qualificada

23. Este resultado é simplesmente evocado aqui. Para maiores detalhes, ver Cappi (2011, 2013) e Cauchie (2005).

de “regressiva” em relação à própria RPM²⁴. Trata-se de discursos que se mostram favoráveis a castigos exemplares, de caráter autoritário (Pastana, 2009) e alheio às formas processuais garantistas, mostrando inclusive um certo grau de tolerância às soluções punitivas extralegais, sejam elas praticadas pela polícia ou por outros cidadãos. Trata-se de posições que consagram a visão conhecida como “direito penal do inimigo” (Jakobs, 2005; Zaffaroni, 2007) ou, ainda, pautadas no “estado de exceção” (Agamben, 2004), com a única diferença que aqui caberia a ideia de “exceção estendida” aplicável aos jovens das camadas pobres da população, essencialmente negros, percebidos como “ontologicamente” perigosos e elimináveis (Bauman, 2007; Flauzina, 2008) A exclusão ou mesmo a morte se tornam legítimas no discurso regressivo, o que banaliza o uso sem moderação da resposta aflitiva ou eliminatória.

6 Conclusão

Esta contribuição visou a ilustrar e a aprofundar o debate referente às diferentes “maneiras de pensar” a reação estatal às condutas transgressivas, a partir do estudo empírico dos discursos parlamentares brasileiros referentes à redução da maioria penal. Mais do que um trabalho sobre a punição, tratou-se de investigar as racionalidades subjacentes à mesma, bem como as lógicas que a sustentam ou, ao contrário, indicam caminhos para se afastar da resposta aflitiva diante do delito.

Para realização desta pesquisa, foi privilegiado o método da Teoria Fundamentada nos Dados, da qual foram expostos as características e os procedimentos. Foi possível ilustrar a adoção dessa metodologia com o estudo dos discursos parlamentares, que se revelaram idôneos para o propósito da pesquisa, propiciando uma análise de cunho indutivo. Assim, tais discursos parlamentares foram entendidos como sintoma dessa diversidade de pensamentos, que foi restituída sob forma de três resultados analíticos in-

24. Entre a “inovação” e a “regressão” existe, contudo, uma assimetria fundamental, tomando-se a RPM como referência. Se a inovação constitui uma mudança radical em relação à RPM, a regressão pode ser concebida como uma maneira de pensar que privilegia também respostas aflitivas, abandonando, contudo, qualquer princípio moderador.

teressantes: a estruturação dos argumentos favoráveis à redução da maioria penal; a identificação dos pontos cruciais de oposição entre os discursos favoráveis e contrários à mudança constitucional; enfim, a elaboração de quatro discursos-tipo, que delineiam maneiras diferentes de pensar a resposta estatal à delinquência juvenil.

Numa etapa final, foi mobilizada uma ferramenta conceitual oriunda da recente literatura criminológica, a “racionalidade penal moderna”, para propor uma nova discussão teórica para o questionamento proposto. O exercício permitiu identificar os pontos de contato entre os discursos parlamentares observados e a RPM, bem como identificar as manifestações de racionalidades “inovadoras” ou, ao contrário, de visões “regressivas” do controle social.

Do ponto de vista do método, espera-se ter mostrado a possibilidade e a importância de mobilizar o recurso da Teoria Fundamentada nos Dados para a pesquisa empírica no campo do Direito. Quanto aos resultados, parece útil continuar a investigar – em outros âmbitos do Direito – a relação entre as “maneiras de ver” problema da delinquência juvenil e seus protagonistas, por um lado, e as “maneiras de pensar a intervenção” estatal frente às transgressões juvenis, por outro.

Enfim, no plano político, observaram-se duas realidades a nosso ver inquietantes. De um lado, preocupa o fato das propostas inovadoras aparecerem de maneira tímida e com densidade teórica reduzida. Embora não se espere dos parlamentares um esforço especial em matéria de concepção de alternativas ao castigo, os discursos parecem evidenciar um déficit mais geral na fundamentação teórica das inovações em matéria penal: a racionalidade penal moderna revela-se particularmente insistente quando pretendemos nos afastar dela. Por outro lado, e isto é ainda mais preocupante, a presença de discursos regressivos constitui certamente um sinal de alerta para quem deseja um Estado capaz de conceber e implementar limites, não só para as condutas do cidadão, mas também, e sobretudo, para o exercício do próprio poder punitivo.

////////////////////////////////////

7 Referências

- Agamben, G. (2004). *Homo sacer - Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Giulio Einaudi.
- Bachelard, G. (1983). *La formation de l'esprit scientifique*. Paris: Seuil.
- Bauman, Z. (2007). *Le présent liquide. Peurs sociales et obsession sécuritaire*. Paris: Seuil.
- Bourdieu, P. (2001). *Langage et pouvoir symbolique*. Paris: Seuil.
- Cappi, R. (2009). Mediação e prevenção da violência. In M. Lomanto, S. Amorim, & V. Leonelli (Orgs.), *Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça*. Salvador: Juspopuli.
- Cappi, R. (2011). *Motifs du contrôle et figures du danger: l'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien* (Tese de Doutorado). Université Catholique de Louvain, Belgique.
- Cappi, R. (2013). "Maneiras de pensar" o controle social e a justiça penal: uma análise dos discursos parlamentares sobre a redução da maioria penal. In: L.C. Lourenço, & G. L. Rocha Gomes (Org.), *Prisões e punições no Brasil contemporâneo*. Salvador: Edufba.
- Cauchie, J. Fr. (2005). Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges. *Déviance et Société*, 29 (4), 399-422.
- Christie, N. (2005). *Au bout de nos peines*. Bruxelles: De Boeck.
- Flauzina, A.L.P. (2008). *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto.
- Glaser, B. G., & Strauss, A. L. (1967). *The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research*. New York: Aldine.
- Guerra, I. C. (2006). *Pesquisa Qualitativa e Análise de Conteúdo - Sentidos e Formas de Uso*. Estoril: Principia Editora.
- Guillemette, F., & Luckerhoff, J. (2009). L'induction en méthodologie de la théorie enracinée. *Recherches qualitatives*, 28 (2), 4-21.
- Hirshhorn, M. (1999). Type ideal. In A. Akoun, & P. Ansart (Dir.). *Dictionnaire de sociologie*. Paris: Seuil.
- Jakobs, G. (2005). *Direito penal do inimigo. Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Laperrière, A. (2008). A Teorização enraizada (grounded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares. In J. Poupart, J. P. Deslauriers, L. H. Groulx, L.H., A. Laperrière, R. Moyer, & A. P. Pires. *A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes.
- Muller, P. (2000). L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique. *Revue française de science politique*, 50 (2), 189-208.
- Pastana, D.R. (2009). *Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária*. São Paulo: UNESP.
- Pelletier, Y. (2005). *Le syllogisme hypothétique (sa conception aristotélicienne)* (Monographies Philosophia Perennis I). Québec: Société d'Études Aristotéliciennes. Disponível em: <http://docteurangelique.free.fr/livresformatweb/theses/syllogismehypothetiqueAristote.pdf>
- PIRES, A.P. (1998). Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. In Ch. Debuyst, F. Digneffe, & A. P. Pires. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine* (La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, v. 2). Bruxelles: De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa.
- Pires, A.P. (1999). Alguns obstáculos humanistas à mutação do direito penal, *Sociologias*, 1 (1), 64-95.
- Pires, A.P. (2004). A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos, *Novos Estudos Cebrap*, 68 (3), 39-60.
- Pires, A.P. (2006) Responsabilizar ou Punir? A justiça juvenil em perigo? In C. Slakmon, M. R. Machado, & P.C. Bottini (Org.). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça.
- Pires, A. P. (2008). Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In J. Poupart, J. P. Deslauriers, L. H. Groulx, L.H., A. Laperrière, R. Moyer, & A. P. Pires. *Pesquisa Qualitativa. Enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes.
- Strauss, A, & Corbin, J. (2008). *Pesquisa Qualitativa: Técnica e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada* (2ed). Porto Alegre: Artmed.
- Volpi, M. (Org.) (1997). *O Adolescente e o Ato Infracional*. São Paulo: Cortez.
- Xavier, J.R.F. (2010). O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações em-

píricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, 18 (84), 271-311.

Zaffaroni, E. R. (2007). *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan.

DIREITOS E RESTOS HUMANOS: uma hipótese para o enfrentamento jurídico-penal da tortura no Brasil¹ // *Pedro Rubim Borges Fortes*²

Palavras-chave

Tortura / Controle da atividade policial / Plea bargaining / Perjúrio / Interrogatório judicial

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 **A apresentação do tema e metodologia da pesquisa**
- 2 **O mapeamento das alegações de violência policial feitas pelos acusados**
- 3 **A consciência jurídica e o problema da tortura no Brasil**
- 4 **O decurso de tempo como obstáculo para investigações**
- 5 **O 'direito à mentira' e o interrogatório do réu como fantasia**
- 6 **Falta de estrutura efetiva de controle policial e a impunidade dos torturadores**
- 7 **Considerações finais**
- 8 **Uma explicação necessária**
- 9 **Referências**
- 10 **Apêndice**
 - 10.1 Apêndice 1: Questionário para entrevistas com juízes
 - 10.2 Apêndice 2: Questionário para entrevistas com promotores
 - 10.3 Apêndice 3: Questionário para entrevistas com defensores públicos

Resumo

O trabalho discute o problema da tortura no Brasil a partir de uma perspectiva empírica e de uma abordagem funcionalista, analisando a reduzida efetividade do sistema jurídico penal para filtrar episódios de violência policial. A partir da análise de 43 processos criminais e de entrevistas com 12 profissionais, foi constatado um alto número de alegações de violência policial por parte dos acusados e raríssimas determinações de investigações por parte de defensores, promotores e juízes criminais. A partir de uma análise comparativa, a pesquisa sugere que fatores estruturais do processo penal brasileiro induzem a inércia dos atores jurídicos relevantes. O decurso de tempo entre a prisão do acusado e seu interrogatório em juízo é extremamente elevado, dificultando a possibilidade de produção de provas da tortura. A inexistência de um sistema de recompensas (*plea bargaining*) e sanções (perjúrio) induz os acusados a não permanecer em silêncio, mas a prestar uma versão dos fatos recebida geralmente como fantasiosa pelos profissionais. Além disso, a inexistência de um mecanismo eficiente de controle da atividade policial leva os atores jurídicos a não terem a iniciativa de investigar as alegações de tortura feitas pelos acusados ao longo do processo criminal. A título de conclusão, é sugerida a realização de pesquisas empíricas mais amplas sobre esta hipótese para o problema da tortura no Brasil, além de reforma legislativa que torne o sistema jurídico penal brasileiro um instrumento mais eficiente de filtragem de episódios de violência policial.

1. A presente pesquisa empírica foi produzida originalmente para a elaboração da dissertação de mestrado em ciência do direito (JSM) na Universidade de Stanford, tendo sido essencial o apoio dos professores George Fisher, Deborah Hensler, Lawrence Friedman e Rogélio Perez-Perdomo, bem como o *feedback* recebido em apresentações no SPILS workshop e no centro de estudos latino-americanos da Universidade de Stanford, em especial de Brenda Brito, Nicholas Roleau, Samuel Headon, Rajat Rana, Julia Shamir, Rafael Canas, Francisco Cardoso e Denis Russo Burgierman. Devo agradecer também aos doze profissionais da área jurídica que foram entrevistados para a presente pesquisa, particularmente pela generosidade de terem cedido tempo precioso de suas rotinas in-

tensas em varas criminais para conversar sobre questões sensíveis do sistema jurídico penal brasileiro. Agradeço, por fim, aos editores e revisores da Revista de Estudos Empíricos em Direito não apenas pela publicação do artigo, mas principalmente pela iniciativa de criar um espaço privilegiado para pesquisas jurídicas empíricas no Brasil. Eventuais erros são de minha responsabilidade.

2. Professor da FGV Direito Rio, LLM (Harvard), JSM (Stanford) e DPhil c. (Oxford). Ex-procurador do Banco Central do Brasil e promotor de justiça do MPRJ. As opiniões apresentadas no presente artigo são exclusivamente do autor e não equivalem à opinião institucional de nenhuma entidade acadêmica ou profissional. Email: pfortes@alumni.stanford.edu

HUMAN RIGHTS AND RESTS: a hypothesis for legally confronting the problem of torture in Brazil // *Pedro Rubim Borges Fortes*

Keywords

Torture / Police control / Plea bargaining / Perjury / Judicial hearing

////////////////////////////////////

Abstract

This article discusses the problem of torture in Brazil through an empirical perspective and a functionalist approach, analyzing the limited effectiveness of the criminal justice system in filtering episodes of police violence. The analysis of 43 criminal cases and interviews with 12 legal professionals revealed a high number of allegations of police violence. Investigations into them determined by public defenders, prosecutors, and criminal judges being rare. Based on a comparative analysis, research suggests that structural factors of Brazilian criminal procedure induced the inertia of the relevant players. The time gap between a defendant's prison and his judicial audience is extremely long, reducing the possibility of collecting evidence of torture. The lack of a system of rewards (plea bargaining) and sanctions (perjury) induces defendants to not remain silent, but to present a version of facts that is usually perceived as a fantasy by the professionals. In addition, the absence of an effective mechanism of police control results in a lack of initiative to investigate allegations of torture made by criminal defendants. Our concluding remarks suggest that exhaustive empirical research should investigate this hypothesis for the problem of torture in Brazil and that legislative reforms should transform the Brazilian criminal justice system into a more efficient filter of episodes of police violence.

1 A apresentação do tema e metodologia da pesquisa

O diagnóstico concreto do sistema jurídico requer uma análise sobre as respostas às demandas. A presente pesquisa é importante precisamente por seu foco nas respostas do sistema jurídico brasileiro para alegações de tortura e outras formas de violência policial não-letal. A observação empírica é necessária para revelar se a justiça criminal brasileira tem, de fato, protegido a integridade física dos suspeitos de crimes. O presente projeto de pesquisa consistiu no exame de como profissionais do poder judiciário do Rio de Janeiro responderam às alegações de abuso policial formuladas por acusados durante seus interrogatórios em varas criminais. Os dados coletados consistiram em entrevistas com doze atores jurídicos relevantes (juízes, promotores e defensores públicos) e na observação de quarenta e três processos criminais. Ao longo dos interrogatórios nestes quarenta e três casos, vinte acusados alegaram alguma forma de brutalidade policial (tortura física, tortura psicológica, manipulação de provas etc.). Qual foi a resposta do sistema para estas alegações? Estas alegações não conduziram a qualquer investigação.

Por que existe este cenário de inércia no combate à violência policial? A pesquisa empírica não endossou a tese de que existiria uma cultura de apoio à violência policial entre os profissionais da área jurídica, apontando para problemas estruturais que merecem ampla investigação. As respostas dos profissionais entrevistados indicam nível de consciência jurídica³ relativamente alto, sendo que eles consideram que a tortura é crime hediondo que deve ser rigorosamente punido. Apenas no cenário da ‘bomba-relógio prestes a explodir’ (Dershowitz, 2004) eles admitiriam uma ponderação de interesses, o que sugere que os entrevistados não estavam deixando de enfrentar as

3. O termo ‘consciência jurídica’ (*‘legal consciousness’*) se distingue da expressão ‘cultura jurídica’ cunhada pelo professor Lawrence Friedman, eis que esta última se refere ao conjunto de ideias, práticas e atitudes relativas ao direito, enquanto aquele termo se refere aos atores individuais. No caso da presente pesquisa, devido ao tamanho reduzido da amostra de entrevistados, não é possível traçar generalizações ou extrapolar conclusões relativas a este universo particular para a cultura jurídica como um todo. Por esta razão, a expressão ‘cultura jurídica’ foi evitada em referência ao conteúdo das entrevistas com este reduzido número de profissionais jurídicos.

questões mais difíceis do debate apenas para parecerem progressistas ao entrevistador. Exceto pelo cenário da ‘bomba-relógio’, eles se opuseram veementemente à tortura. Noutras palavras, seu nível de consciência jurídica não pareceu ser a causa deste problema, já que jamais vocalizaram qualquer apoio para a violência policial.

Qual poderia ser, então, a explicação para a absoluta falta de proteção para os acusados nas varas criminais? Por que as alegações de abuso policial não são jamais investigadas? A presente pesquisa apresenta uma nova hipótese empírica baseada em três fatores estruturais que podem ser responsáveis pela absoluta falta de resposta da justiça penal brasileira para a violência policial. Em primeiro lugar, o intervalo de tempo entre a prisão de um acusado e sua primeira audiência judicial é enorme, o que impede que os atores jurídicos tenham a oportunidade de investigar as alegações de tortura física de maneira adequada. Em segundo lugar, não existe qualquer sistema de incentivos (*‘plea bargaining’*) e desincentivos (perjúrio), o que induz todos os acusados a prestar interrogatório; contudo, a versão dos fatos fornecida pelos acusados é desconsiderada pela maioria dos atores jurídicos que costuma acreditar que eles estão mentindo. Em terceiro lugar, a alta percentagem de alegações de abuso policial excede a capacidade investigativa das corregedorias de polícia, que não possuem a estrutura e a independência necessárias na visão dos profissionais entrevistados. Estes três fatores estruturais podem explicar a inércia dos atores jurídicos em investigar as alegações de abuso policial.

O presente trabalho sugere, portanto, que reformas jurídicas no Brasil deveriam reduzir o intervalo entre a prisão e a apresentação do preso em juízo para um prazo de poucos dias. Além disso, deveria ser introduzido um sistema amplo de *‘plea bargaining’*. Estas duas reformas estruturais já foram estabelecidas no Chile e na Argentina⁴. Neste caso, o sistema de incentivos (*‘plea bargaining’*) induz comportamento cooperativo da maioria dos acusados (Fisher, 2002), que perdem os incentivos para mentirem sobre terem sido torturados. Um sistema de desincentivos (perjúrio) também limitaria o comportamento estratégico e

4. Neste sentido, ver Langer (2004).

reduziria os incentivos para as mentiras contadas nas varas criminais. Em consequência, o sistema estaria estruturado para responder mais adequadamente às alegações de abuso policial feitas pelos acusados. A credibilidade das acusações de vítimas de tortura iria aumentar, enquanto seu volume seria reduzido. Em tese, profissionais da área jurídica determinariam a realização de investigações, caso soubessem que as corregedorias possuem maior capacidade para investigar estes casos. Com a introdução do ‘*plea bargaining*’ e do perjúrio, haveria uma redução drástica no número de alegações de abuso policial e a polícia teria maior capacidade investigativa.

A perspectiva do presente trabalho é, logo, funcionalista, na medida em que se entende que um sistema jurídico penal poderia filtrar episódios de violência policial, função que não é realizada de maneira consistente pela justiça criminal brasileira⁵. Um bom mecanismo de filtragem da tortura reduziria significativamente esta renitente violação de direitos humanos no Brasil.⁶ O foco é na análise das operações dinâmicas do sistema penal sob uma perspectiva do *direito em ação* em vez do *direito nos livros* (Friedman, 1975). A análise empírica consistiu em: (i) mapeamento das respostas do sistema jurídico penal para as alegações de tortura dos acusados; (ii) compreensão das crenças e atitudes dos atores jurídicos relevantes com relação ao sistema e aos direitos dos acusados em um processo criminal; (iii) uma avaliação da efetividade das respostas do sistema às alegações de tortura quanto a frequência, velocidade, competência, qualidade e consciência jurídica; (iv) uma análise das medidas que possam ter impacto positivo no controle da violência policial.

2 O mapeamento das alegações de violência policial feitas pelos acusados

Um dos pontos de partida da presente pesquisa foi justamente a hipótese de que o intervalo de tempo entre a detenção do preso e sua audiência judicial poderia afetar diretamente a capacidade dos juízes

de avaliar as alegações de abuso policial. Nos Estados Unidos, por exemplo, um suspeito criminal detido deve ser apresentado a um juiz criminal no próprio dia ou no dia seguinte à prisão.⁷ No Brasil, apenas uma comunicação escrita é exigida e a audiência ocorrerá muito mais tarde. A hipótese de trabalho, portanto, é que quanto maior for o intervalo de tempo, menor será a capacidade de o juiz criminal observar a tortura. Por conta desta reduzida capacidade, os juízes criminais seriam menos responsivos às alegações feitas pelos acusados. A amostra de casos abrangeu todos os processos criminais relativos a tráfico de entorpecentes (definidos pela lei federal n. 11.343/06) em sete varas criminais na região metropolitana do Rio de Janeiro em dezembro de 2007. O recorte quanto a este tipo de crime decorreu de uma intuição de que nos processos de tráfico de entorpecente – em contraste com os crimes contra o patrimônio e a pessoa – a ausência de depoimentos de vítimas tornaria mais importante a credibilidade dos testemunhos policiais. Portanto, poderia haver um número significativo de alegações de abusos cometidos por estes policiais, o que acabou sendo confirmado através da análise empírica. Tanto com relação à seleção das varas criminais, quanto com relação aos profissionais entrevistados, foi adotada a estratégia de ‘bola de neve’ – amplamente adotada em pesquisas empíricas e que consiste em obter dos colaboradores originais sugestões de outros potenciais colaboradores, ampliando o tamanho da amostra na medida em que vai sendo realizada a pesquisa empírica – tendo sido assegurado o anonimato dos profissionais entrevistados e a ausência de menção às comarcas de atuação. Optou-se pela não gravação das entrevistas para que eles não se sentissem inibidos em compartilhar sua visão sobre assuntos sensíveis e, por conta desta estratégia de coleta de dados empíricos, não há transcrição de fala dos entrevistados. As entrevistas foram estruturadas a partir de questionários, com questões concebidas especificamente para o mapeamento das dinâmicas relacionadas à apuração de alegações de violência policial dentro do sistema jurídico-penal. Nem todos os juízes que aceitaram a coleta de dados em suas varas criminais

5. A expressão funcionalista não é empregada com seu significado sociológico, mas como a lógica predominante na metodologia de pesquisa em estudos jurídicos comparados. Nesse sentido, ver Reimann & Zimmermann (2008).

6. Ver, por exemplo, Cavallaro (1997).

7. Federal Rules of Criminal Procedure, 5(a)(1). “A person making an arrest within the United States must take the defendant without unnecessary delay before a magistrate judge.”

tiveram disponibilidade de tempo para serem entrevistados. Além disso, em alguns casos, promotores e defensores da mesma vara criminal não estavam disponíveis para a entrevista, tendo sido entrevistados profissionais de outras varas criminais. Não houve, portanto, identidade entre os profissionais entrevistados e as varas criminais. As entrevistas foram realizadas em dezembro de 2007 como parte de pesquisa de mestrado na Universidade de Stanford, durante as férias acadêmicas naquela universidade. Os casos em que ainda não tinha ocorrido a audiência foram considerados prematuros e excluídos da amostra, já que era impossível avaliar a demora até a realização da audiência e o conteúdo do interrogatório.

A coleta do material incluiu a observação dos seguintes eventos: *a)* data da prisão; *b)* conteúdo do interrogatório na delegacia policial; *c)* data da audiência judicial; *d)* conteúdo do interrogatório judicial; *e)* respostas do sistema às alegações de abuso policial; *f)* a efetividade das respostas. A análise destes dados foi feita objetivamente, sem qualquer avaliação subjetiva de seu conteúdo, isto é, não foi feito nenhum juízo de valor por parte do pesquisador quanto à veracidade ou não das alegações dos acusados em nenhum dos casos concretos. Houve, portanto, um mapeamento das narrativas dos acusados e uma análise discursiva objetiva sem o enfrentamento por parte do pesquisador da questão muito mais complexa e subjetiva relativa ao conteúdo do interrogatório e sua credibilidade.

Destes quarenta e três casos, houve vinte alegações de abuso policial. Alguns acusados descreveram como as drogas foram ilegalmente ‘plantadas’ e como punições informais foram impostas através de agressões dos suspeitos durante a operação de prisão. Outros suspeitos reclamaram que armas lhes foram apontadas em direção à cabeça com a ameaça de que o gatilho seria puxado. Alguns acusados simplesmente fizeram uma menção genérica à violência policial sem detalhamento da conduta abusiva dos policiais. As alegações variaram desde um tapa na cara até agressões reiteradas por um longo período de tempo. Esta amostra sugere uma tipologia dos abusos policiais como sendo: *a)* *tortura física*, em que existe uma sequência crescente de atos violentos, que possivelmente causa uma lesão visível e sofrimento; *b)* *abuso físico*, em que existe um único

ato violento ou uma sequência que não inflige sofrimento; *c)* *tortura psicológica*, em que o sofrimento é imposto através de violência simbólica (não-física); *d)* *formas não-violentas de abuso policial*, em que a narrativa descreve a violação de regras policiais sem que dor ou sofrimento sejam infligidos.⁸

Desta amostra, vinte acusados alegaram alguma forma de abuso policial. A maioria das alegações descreveu alguma forma de violência ou de manipulação de provas. Dezesete acusados alegaram que houve fraude na apreensão das drogas, de modo que 85% do total de alegações de abuso policial incluíram manipulação de provas. Estas alegações foram acompanhadas de reclamações de violência policial. Ao todo, dezessete alegações de violência policial foram feitas conforme a *Tabela 1*.

TIPO DE ABUSO POLICIAL	ALEGAÇÕES
Tortura e tratamento degradante	3
Abuso físico	5
Tortura psicológica	8
Manipulação de evidências	17
Violação de garantia criminal	1

Tabela 1. Mapa de alegações de tortura e outras formas de abuso policial. Fonte: próprio autor.

A amostra revelou poucas narrativas de tortura física, sendo duas através da técnica de asfixia conhecida como ‘submarino’ e uma pela descrição de agressões repetidas na delegacia de polícia por um suspeito preso com cinco quilos de maconha e que confessou ser traficante. As outras alegações de abuso físico foram registradas como ‘tapa na cara’, ‘chute na costela’ ou simplesmente ‘apanhou da polícia’ sem detalhamento suficiente. As narrativas de tortura psicológica seguiram consistentemente o mesmo padrão de ameaça de morte através da apresentação de arma de fogo ou, em um caso, de um punhal. A

8. Esta tipologia corresponde aos princípios dos direitos humanos internacionais e ao direito penal brasileiro – Lei nº 9455/97 (tortura) e Lei nº 4898/65 (abuso de autoridade). Também permitiu uma análise clara da amostra de interrogatórios, já que todas as narrativas puderam facilmente ser enquadradas em cada uma destas categorias.

violação de garantia consistiu em ingresso em uma residência sem o devido mandado judicial.

Os operadores do sistema de justiça criminal são atores jurídicos responsáveis pela interpretação do conteúdo destas narrativas e pela adoção das medidas necessárias para cuidar do caso concreto. Porém, em nenhum destes casos, juízes, promotores, defensores públicos ou advogados de defesa adotaram qualquer providência concreta para apurar estas alegações, excluir provas ilícitas ou anular o ato de prisão por ser ilegal. Alguns destes casos já tinham, inclusive, sido sentenciados por ocasião da coleta de dados. Alguns juízes simplesmente ignoraram as alegações de abuso policial em suas sentenças, não fazendo qualquer referência ao conteúdo do interrogatório em sua fundamentação. Em cinco sentenças, contudo, as alegações dos acusados foram rotuladas de ‘fantasias’, versões dos fatos completamente desconectadas da realidade. Estas sentenças foram escritas por juízes diferentes, o que revela uma tendência em se considerar as declarações dos acusados como sendo falsas. A seguir serão discutidas respectivamente a consciência jurídica dos operadores do sistema penal e sua percepção sobre a veracidade dos interrogatórios prestados pelos acusados.

3 A consciência jurídica e o problema da tortura no Brasil

Como o sistema jurídico não tem sido responsivo às alegações de abuso policial, cabe à pesquisa empírica exploratória a tarefa de formular hipóteses para explicar este fenômeno. As explicações poderiam estar associadas às atitudes, crenças e ideias dos atores jurídicos com relação à violência policial, isto é, a uma cultura jurídica de apoio à violência policial, que inviabilizaria a punição de torturadores e o controle do uso de força pelos agentes policiais.

No âmbito do presente trabalho, foi feita uma exploração das percepções dos atores jurídicos sobre as alegações de abuso policial feitas nas varas criminais. Obviamente, como apenas um limitado número de juízes, promotores de justiça e defensores públicos foi entrevistado, não é possível apresentar nenhuma conclusão ampla e geral sobre a cultura jurídica brasileira. Portanto, as conclusões apresentadas são me-

ramente indicativas de crenças culturais e de atitudes de um número bastante reduzido de atores jurídicos. Por outro lado, tais percepções podem indicar tendências, bem como caminhos a serem trilhados em pesquisas empíricas futuras.

Em primeiro lugar, todos os entrevistados afirmaram categoricamente que a tortura é um crime extremamente sério, que merece ser enquadrado como ‘crime hediondo’. Todos os entrevistados responderam a esta questão de imediato, sem necessidade de prazo para refletir, sugerindo inexistir qualquer dúvida sobre a seriedade e gravidade da tortura. Um dos entrevistados formulou uma resposta veemente sobre a importância de preservação da essência do comportamento humano, que consistiria em liberdade, agência e autonomia da vontade individual. Este entrevistado era claramente um ‘absolutista’, isto é, alguém que se recusa a aceitar a possibilidade de emprego de violência contra acusados em qualquer circunstância.

A possibilidade de se permitir tortura em situações extraordinárias, contudo, teve respostas bastante divididas entre os entrevistados. Uma parte dos atores jurídicos se opôs contra a admissibilidade da tortura em qualquer circunstância, mesmo na hipótese da ‘bomba-relógio prestes a explodir’. Outra parcela dos entrevistados, por outro lado, admitiu a possibilidade de tortura de presos para preservar a vida de uma vítima. A rigor, alguns dos profissionais mais experientes forneceram exemplos concretos, em que eles consideraram que o valor de preservação da vida humana deveria prevalecer sobre a proteção da integridade física de um criminoso. Os entrevistados estavam se referindo à onda de sequestros na década de 90 no Rio de Janeiro. As organizações criminosas dividiam suas funções e o negociador era responsável pela discussão do valor do resgate, mas não pela guarda do refém. A estratégia de divisão do trabalho buscava impedir a captura da organização inteira, diante da possibilidade que o negociador estivesse sendo monitorado pela polícia. De acordo com estes entrevistados, a captura do negociador significava um perigo iminente para a vítima, já que os guardas poderiam simplesmente matá-la e abandonar seu corpo no cativado em caso de demora do retorno do negociador. Nesta hipótese, a necessidade de encontrar o refém imediatamente poderia justificar a impo-

sição de dor física ou psicológica para o negociador, de acordo com alguns dos entrevistados. Estes atores jurídicos ‘relativistas’ admitiram a possibilidade de tortura apenas nas circunstâncias extraordinárias deste cenário de ‘bomba-relógio prestes a explodir’. Suas respostas foram extremamente cuidadosas e geralmente seguidas de um comentário, em que condenavam a tortura de uma maneira geral.

Exceto por um único defensor público, todos os demais profissionais da área jurídica tiveram a mesma opinião quanto à definição de tortura na prática. Em primeiro lugar, todos discordaram da ideia de que tortura requer um grau extremo de sofrimento equivalente à falência de órgão ou função corporal. A seguir, perguntados se ‘um tapa na cara do suspeito configuraria tortura’, eles responderam que o nível de violência era muito baixo para tortura física, mas que este episódio poderia ser enquadrado como crime de abuso de autoridade. Em suas respostas, os entrevistados explicaram que a tortura requer, ao menos, um grau intermediário de sofrimento. Também responderam que um ato único de violência não tende a ser considerado tortura. A única exceção foi um defensor público que considerou que qualquer ato de violência física contra acusados – desde um tapa no rosto do suspeito – já configuraria o crime de tortura.

Alguns dos entrevistados explicaram que a violência policial poderia resultar na exclusão de provas, independentemente do grau de sofrimento. Esta observação, contudo, nos conduz novamente à pergunta: se os profissionais jurídicos sabiam que abusos policiais poderiam tornar uma prova ilícita, por que não foi feito nenhum requerimento nos processos de tráfico de entorpecentes em que os acusados alegaram ter sofrido violência policial no seu interrogatório? As entrevistas revelaram que a maioria dos profissionais acredita que os acusados estão frequentemente mentindo. As alegações feitas em interrogatórios pelos acusados são geralmente desacreditadas. Um juiz sugeriu que em quase todos os casos as versões dos acusados são falsas e absolutamente desconectadas da realidade. Alguns juízes não foram assim tão radicais quanto à falta de credibilidade do interrogatório do réu, mas também reconheceram que a verdade era rara na sua versão dos fatos. Em resumo, os juízes frequentemente acreditam que a versão do acusado

de um crime é uma ‘fantasia’. Como devemos interpretar estas respostas?

Uma possibilidade interpretativa é imaginar que estes profissionais apoiam a violência policial. Suas atitudes e crenças em relação aos acusados de crimes seriam, neste caso, pautadas por uma mentalidade que impede que eles iniciem qualquer investigação contra policiais responsáveis pela prisão de traficantes. Em outras palavras, estes juízes, promotores e defensores públicos não teriam tomado qualquer providência por aceitar a prática da tortura como meio de combate ao crime organizado e ao tráfico de entorpecentes. De acordo com esta linha argumentativa, a contradição entre o discurso e a prática destes atores jurídicos resultaria de um processo psicológico de falsa consciência ou estado de negação (Kennedy, 1997). Noutras palavras, estes atores jurídicos teriam afirmado ser sensíveis aos direitos humanos, mas ignoram os apelos dos acusados porque eles, na verdade, apoiam a ação policial de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Esta hipótese não parece ser persuasiva no caso particular da presente pesquisa empírica, já que as respostas dos entrevistados não revelaram apoio generalizado à tortura. Muitos dos atores jurídicos admitiram a possibilidade de tortura excepcionalmente no caso da bomba-relógio prestes a explodir, o que sugere que eles não estavam simplesmente pretendendo transmitir uma boa impressão durante suas entrevistas. Caso eles quisessem se apresentar falsamente como defensores intransigentes dos direitos humanos, poderiam ter respondido que não admitem a tortura em nenhuma circunstância. Sua análise balanceada sugere que eles não estariam atuando sob efeito de falsa consciência – a não ser, é claro, que se entenda que seus preconceitos são subconscientes e se revelariam aparentes apenas através de práticas discriminatórias. Ainda assim, seria importante analisar o problema além da questão cultural, observando aspectos estruturais relativos à falta de respostas do sistema para alegações de violência policial.

A pesquisa sugere que a falta de respostas sistêmicas pode ter origem em três fatores estruturais. Em primeiro lugar, o intervalo de tempo entre a captura do suspeito e sua primeira audiência judicial é grande

VARA CRIMINAL	INTERVALO MÉDIO (EM DIAS)
# 1	71
# 2	28
# 3	45
# 4	58
# 5	91
# 6	54
# 7	Nenhum caso nesta vara

Tabela 2. Intervalo Médio entre Detenção e Audiência Judicial. Fonte: próprio autor.

(em média, sessenta dias) o que afasta os profissionais da área jurídica da oportunidade de investigar efetivamente alegações de tortura física. Em segundo lugar, como a justiça penal brasileira não possui um sistema de recompensas (*plea bargaining*) e sanções (crime de perjúrio), os acusados são induzidos a não permanecer em silêncio. Sua versão dos fatos é altamente desacreditada por todos os atores jurídicos, que costumam presumir que o acusado está mentindo. Em terceiro lugar, a capacidade de investigar estes episódios de violência policial é extremamente limitada e não proporciona um controle efetivo do abuso policial. A combinação destes três fatores estruturais pode explicar a inércia dos profissionais jurídicos, ainda que sua consciência jurídica os motivasse a responsabilizar policiais violentos e a prevenir a ocorrência de novos episódios de violência policial.

4 O decurso de tempo como obstáculo para investigações

A amostra reduzida de dados coletados por meio da pesquisa empírica não permite conclusões definitivas. Apenas quarenta e três processos criminais em sete varas criminais foram analisados em dezembro de 2007. Logo, a presente pesquisa sugere e indica, em vez de explicar e concluir. Ainda assim, três sugestões são significativas. O primeiro destes fatores é justamente o decurso de tempo como obstáculo para investigações. Em contraste com a maioria dos sistemas penais do mundo, o intervalo de tempo en-

tre a detenção e o interrogatório do réu pode durar semanas no Brasil. No caso da legislação antidrogas, por exemplo, existem prazos dilatados tanto para a polícia coletar provas durante o inquérito policial, quanto para o Ministério Público oferecer a denúncia escrita. Apenas após a citação do acusado e a requisição do preso, haveria a realização de uma audiência com o interrogatório do réu. Esta variável estrutural é muito importante para a investigação de alegações de tortura, já que o intervalo de tempo causa impacto na prova material do crime e previne a realização de qualquer investigação efetiva.⁹ Quando um juiz atua em uma estrutura que dá oportunidade para que o réu alegue ter sido vítima de tortura somente depois de longo decurso de tempo, torna-se essencial entrevistar o juiz para entender suas atitudes e crenças com relação ao sistema.

O que podemos aprender a partir da análise do intervalo de tempo? O intervalo de tempo entre detenção e interrogatório do réu foi bastante longo. O menor intervalo foi de vinte dias; o maior foi de cento e dezesseis dias; em média, o intervalo observado foi de aproximadamente sessenta dias. Todos os entrevistados consideraram que os prazos estabelecidos pela lei federal nº 11.343/06 eram muito longos. Perguntados sobre se o longo intervalo de tempo entre a detenção e o interrogatório afetava sua capacidade de observar tortura policial, a resposta comum era a negação, seguida pela explicação de que quando os agentes policiais decidem torturar eles sabem como fazê-lo sem deixar marcas visíveis. Ainda assim, todos os entrevistados concordaram que este longo intervalo de tempo deixaria a polícia bastante à vontade para explorar diversas técnicas de tortura, eventualmente mais brutais, e que a evidência estaria perdida após algumas semanas.

Ademais, a passagem de tempo também pode causar um impacto psicológico no acusado. Uma demora significativa pode reduzir sua indignação. Pode ainda diminuir o significado do evento para a vítima da

9. Como ensina Lawrence Friedman (1975, p. 156), “legal structure does make some difference; exactly how much, we do not know. If we found two societies, whose social demands on the legal system were identical but whose structures were different, and if we found different outputs and impacts, we could ascribe the variance to structure. Such societies, however, do not exist.”

brutalidade policial, cuja prioridade pode ser buscar sua absolvição. A passagem de tempo pode ainda dificultar a mobilização de testemunhas e provocar falhas de memória. O decurso do tempo pode ter, portanto, impactos físicos e psicológicos. Outra questão estrutural importante diz respeito aos incentivos e desincentivos do acusado, a serem discutidos a seguir.

5 O 'direito à mentira' e o interrogatório do réu como fantasia

Os dados coletados relativos ao exercício do direito ao silêncio no processo penal produziram resultados interessantes. Nos Estados Unidos, a decisão de prestar interrogatório ou de permanecer em silêncio é parte essencial da estratégia do acusado. No Brasil, ao contrário, os acusados quase sempre fornecem sua versão dos fatos. Assim, por exemplo, na amostra de quarenta e três casos analisados, apenas um único acusado não falou em seu interrogatório. Ironicamente, seu silêncio pode não ter sido estratégico. De acordo com a ata deste processo, o advogado alegou que seu cliente era mudo, não conseguiria se comunicar e solicitou uma avaliação psiquiátrica do acusado. A não ser que tenha havido uma trapaça processual, o acusado também não teve escolha entre silenciar e falar a respeito do crime. Os dados indicam que o direito ao silêncio nunca – ou quase

nunca – é exercido na justiça penal brasileira. Por que este direito não é exercitado?

Alguém poderia imaginar que o acusado prefere confessar em busca de uma redução da pena. Porém, as opções de barganha (*plea bargaining*) e de redução da pena são bem limitadas. As confissões são raras. Como ela não assegura uma redução no prazo da pena, seu escopo como estratégia de defesa é bem reduzido. Por outro lado, também não existe perjúrio ou possibilidade de aumento de pena em caso de mentira do réu. Todos os profissionais jurídicos entrevistados se referiram a um 'direito à mentira' dos acusados no Brasil. Este 'direito à mentira' não é concedido por nenhuma lei, mas todos os entrevistados reconheceram sua existência na prática profissional: na prática, o acusado está autorizado a mentir sem maiores consequências. Noutras palavras, um acusado pode acusar os policiais de tortura física, tortura psicológica e fraude processual sem medo de ser acusado de denúncia caluniosa. O acusado também está livre para contar qualquer mentira diante da inexistência do crime de perjúrio. Não por acaso, juízes e promotores de justiça atribuíram credibilidade extremamente baixa para as declarações do acusado, admitindo que eles presumem frequentemente que o réu está mentindo. Um dos juízes entrevistados se referiu a um colega de profissão que sempre repete que

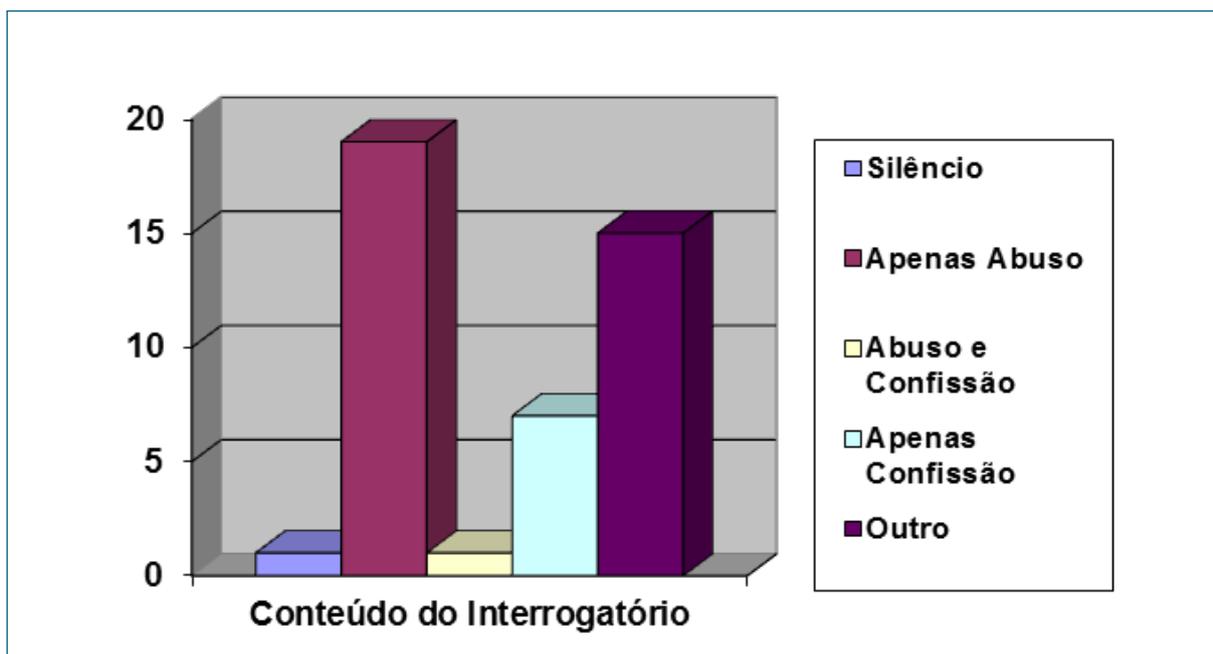


Gráfico 1. Esquema Comparativo do Conteúdo dos Interrogatórios. Fonte: autor.

“eles têm todo o direito de contar suas mentiras para nós e nós temos todo o direito de não acreditar nelas”.

Em resumo, tanto a falta de incentivos para confissão (*‘plea bargaining’*) quanto a falta de desincentivos para a mentira (perjúrio) induzem a maioria dos acusados a compartilhar sua versão dos fatos em juízo. Entretanto, esta estrutura jurídica estabelece incentivos para que os acusados adotem comportamento estratégico (mentira como forma de minar o valor das provas e a legitimidade da ação policial) e nenhum incentivo para que adotem comportamento cooperativo (relatando a verdade e compartilhando informações sobre outros membros de sua organização criminosa).¹⁰ Em contraste com o processo penal estadunidense, não há necessidade de o réu se declarar culpado ou inocente, mas apenas de descrever sua versão dos fatos. Excepcionalmente, alguns acusados admitiram sua culpa para, simultaneamente, afirmar que todos os outros co-réus eram inocentes. Outros admitiram a posse de drogas, mas alegaram ser dependentes químicos (causa excludente de culpabilidade do acusado). Logo, existem ainda alguns incentivos indiretos para se confessar a veracidade dos fatos. É fundamental mencionar, porém, que apenas em um único caso houve um acusado que simultaneamente admitiu sua culpa e acusou a polícia de brutalidade. Aparentemente, esta alegação de violência policial seguida de uma confissão deveria possuir maior grau de credibilidade, mas também não deu início a qualquer investigação. Em termos gerais, um interrogatório do réu é altamente desacreditado, sendo frequentemente rotulado de uma ‘fantasia’. Esta falta de credibilidade pode ser explicada pelo desenho estrutural do sistema e pelo reconhecimento do chamado ‘direito à mentira’.

6 Falta de estrutura efetiva de controle policial e a impunidade dos torturadores

Um dos casos encontrados nas varas criminais dizia respeito a um suspeito que prestou interrogatório na delegacia policial, afirmando ter sido torturado pelos policiais militares. Segundo suas próprias palavras,

10. Conforme a feliz expressão de George Fisher (2003, p. 121), “not only is plea bargaining essential to efficient case management, it also helps win an accused’s cooperation in prosecuting his cohorts”.

ele estaria deitado ao ser acordado pelos policiais que tinham uma bolsa em suas mãos e insinuaram que o suspeito teria que “segurar” aquelas drogas (cerca de 100 gramas de maconha, cocaína e crack). Em seguida, cobriram sua cabeça com uma sacola plástica, asfixiando-o. Fizeram uma busca completa em seu quarto, onde não encontraram nada de relevante. Esta narrativa, portanto, consiste em uma alegação de tortura física e de fraude processual por conta de manipulação das evidências. Por sua vez, segundo a versão dos policiais, eles estariam em uma favela, quando tiveram sua atenção despertada por uma porta aberta. Após terem pedido permissão a uma senhora para ingressar na residência, ela os ‘convidou’ para entrar ali, tendo eles observado o suspeito acordado, embora deitado no chão. O suspeito teria dito aos policiais que deveriam ter uma ‘conversa amigável’ e os conduziu à casa ao lado, onde as drogas foram encontradas. Um dos policiais enfatizou que a casa já era conhecida da equipe policial como um local abandonado em que traficantes preparavam drogas para seus clientes. O procedimento policial relativo a este caso foi enviado para a promotoria de justiça dez dias após a prisão. Após dois dias, o promotor de justiça promoveu o imediato arquivamento do caso sem formalizar qualquer acusação, por ter vislumbrado (*i*) a sorte dos policiais que encontraram a casa ‘por acaso’, simplesmente porque a porta estaria aberta; (*ii*) a ironia do ‘convite’ para os policiais, de modo a que eles pudessem ingressar na residência e prender o filho da senhora em sua residência; (*iii*) a conveniência para a polícia, eis que o suspeito ‘espontaneamente’ os conduziu para a casa conhecida como local dominado por traficantes de entorpecentes. No mesmo dia, o juiz criminal homologou o arquivamento do caso e ordenou a imediata soltura do suspeito preso. Neste caso, portanto, o suspeito não chegou a ser interrogado na vara criminal.

Este caso em particular esclarece como a falta de uma estrutura investigativa mais adequada pode resultar na impunidade dos policiais violentos. Afinal de contas, o promotor de justiça não deu início a qualquer medida que poderia resultar na punição destes policiais por conta de sua conduta ilícita. Por quê? Em primeiro lugar, é inviável supor que sua inércia tenha sido causada por falsa consciência. O promotor não construiu uma versão da verdade para justificar a fal-

ta funcional dos policiais, mas, ao contrário, criticou duramente as arbitrariedades da polícia neste caso. Caso o promotor acreditasse que a guerra contra o tráfico justificaria qualquer ação policial, provavelmente teria ignorado as narrativas das testemunhas e do suspeito e teria dado prosseguimento ao processo com a acusação formal do preso. Porém, ambos o juiz e o promotor notaram os eufemismos na descrição das testemunhas policiais e concluíram que expressões como ‘convite’ e ‘espontaneamente’ funcionaram como disfarces semânticos para abusos relacionados à violação de garantias processuais (busca sem mandado judicial) e à tortura física (tal como o ‘submarino’ descrito pelo preso em seu interrogatório policial). Independentemente de uma audiência judicial, o caso foi imediatamente encerrado e o suspeito foi liberado da prisão. A conduta dos profissionais jurídicos revelou um alto grau de consciência jurídica. Por que então eles não decidiram determinar a realização de uma investigação para que os agentes policiais fossem eventualmente punidos? A falta de um sistema de controle efetivo da atividade policial é parte da resposta, como também aponta a literatura estrangeira especializada no assunto (Chemerinsky, 2001; Rudovsky, 1992; Williams, 1993).

Particularmente interessantes para a solução deste problema são as lições da psicologia social. Em recente livro, Phillip Zimbardo (2007) sustentou a tese de que os abusos e a tortura praticados em Abu Ghraib foram resultado de condições criadas pelo sistema prisional militar estabelecido no Iraque, em que foi estabelecida uma ‘cultura de abuso’. Suporte institucional, autoridade e recursos oficiais permitiram que aquelas situações estabelecidas pelo próprio sistema fossem, na prática, operacionalizadas como parte de um estado de interação dinâmica (Zimbardo, 2007, p. 226). Em sua metáfora para esclarecer como pessoas boas cometem maldades, Zimbardo (2007) explica que um mau barril pode apodrecer as maçãs armazenadas e, assim, torná-las más (p. 8). Em um livro anterior (Huggins, Haritos-Fatouros & Zimbardo, 2002), Zimbardo tinha estudado torturadores brasileiros sob a ótica da psicologia social, elaborando conclusões interessantes sobre como a situação e o sistema tornou pessoas normais em violentos policiais: *a)* os policiais engajados em tortura são, como um grupo, isolados dos outros; este

isolamento cria uma estrutura organizacional autônoma, que não apenas gera expectativas próprias de performance, mas também apoia estas práticas através da proteção do grupo contra ameaças externas (Huggins, Haritos-Fatouros & Zimbardo, 2002, p. 248); *b)* o pertencimento a estes grupos requer a participação em um violento rito de passagem, em que novos membros são submetidos a sofrimento físico e humilhação moral profunda, um processo que alimenta obediência cega à autoridade e reduz a sensibilidade quanto à dor alheia (Huggins, Haritos-Fatouros & Zimbardo, 2002, p. 251-254); *c)* a busca pela aprovação social dentro do grupo leva estes policiais a internalizar um código moral próprio com o desengajamento dos valores morais da sociedade e a incorporação das normas do grupo que permitem seu engajamento na tortura (Huggins, Haritos-Fatouros & Zimbardo, 2002, p. 250-251); *d)* tortura foi possível também devido à desumanização de suas vítimas através de processos de degradação social (estereotipia, rotulagem, marginalização e responsabilização com apoio de algum tipo de propaganda) (Huggins, Haritos-Fatouros & Zimbardo, 2002, p. 255-257); *e)* o grupo de policiais normalmente neutralizava o controle aumentando seu senso de anonimato (uso de máscaras, pintura no rosto ou mesmo nome falso durante uma operação) (Huggins, Haritos-Fatouros & Zimbardo, 2002, p. 255-257).

Por que este estudo é importante para a avaliação das respostas do sistema jurídico criminal para as alegações de tortura e outras formas de abuso policial? Primeiro, por demonstrar a importância do controle judicial, na medida em que juízes criminais devem ser capazes de desconstruir estes aspectos sistêmicos de abuso policial mediante (1) a quebra do isolamento através da supervisão; (2) o restabelecimento da obediência à lei, não ao grupo; (3) o fortalecimento dos valores morais por meio do controle efetivo da violência policial; (4) a garantia de oportunidade à vítima para noticiar qualquer tratamento desumano e degradante; (5) a implementação de mecanismos de responsabilização dos torturadores. Em resumo, os profissionais responsáveis pelo sistema de justiça criminal devem ter condições para exercer o controle democrático da polícia.

Em nossa pesquisa empírica, contudo, ao serem

questionados sobre as medidas adotadas quando acreditavam que um suspeito tinha sido torturado, os atores jurídicos entrevistados revelaram a absoluta inexistência de um mecanismo para controle eficiente da violência policial. Em muitas entrevistas, os profissionais simplesmente admitiram que não há nada que eles possam fazer para investigar uma alegação de abuso policial feita por um acusado durante seu interrogatório. Alguns entrevistados indicaram a iniciativa que adotariam, mas admitiram que estas medidas não teriam o efeito prático necessário. Em consequência, a pesquisa sugere que o sistema de controle de violência policial no Brasil é percebido como inexistente ou ineficiente.

Alguns juízes e promotores se referiram às corregedorias de polícia como único mecanismo de controle da violência policial, mostrando-se muito céticos quanto a sua imparcialidade ou sua capacidade de atender às demandas do sistema, dada a quantidade de alegações de abuso policial. Por sua vez, os defensores públicos indicaram estratégias diferentes para lidar com estas alegações de abuso policial. Uma defensora disse que pediria ao juiz para que houvesse a investigação e eventual exclusão de prova obtida por meio ilícito. Outra defensora disse que investigaria por conta própria, mas, em seguida, reconheceu não ter recursos suficientes e que falharia nesta empreitada. Uma terceira defensora enviaria cópia do caso ao Ministério Público. Na prática, porém, todos os profissionais jurídicos reconheciam que estes expedientes não eram adotados no cotidiano das varas criminais. Em nossa observação empírica, não foi visualizado nenhum caso na amostra de processos criminais em que uma alegação de tortura por acusado tenha dado início a uma investigação. Os entrevistados reconheceram que os episódios eram raríssimos, atribuindo esta reduzida frequência a múltiplas razões: a falta de infraestrutura para investigar um número significativo de casos; a alta probabilidade de que as alegações de abuso policial sejam falsas; a impossibilidade de obter provas de violência policial, já que a alegada tortura ocorre em favelas e é difícil encontrar testemunhas confiáveis em áreas dominadas pelo tráfico de entorpecentes; a impossibilidade de obter prova da existência material do crime (alegada violência), seja porque não há mais evidências da violência física

ou porque a hipótese é de tortura psicológica e, logo, violência simbólica; a falta de independência política do órgão responsável pela investigação.

Alguns poucos entrevistados tinham tido a iniciativa de determinar a realização de investigações de violência policial. Estes profissionais tinham encaminhado para a corregedoria de polícia casos de tortura física lastreados por alegações verossímeis de um suspeito. O número destes casos tinha sido bastante reduzido. Em todos eles, os profissionais não receberam qualquer informação da corregedoria de polícia sobre o resultado da investigação. Segundo relataram, as investigações são independentes do processo criminal e não existe qualquer canal institucional de comunicação entre a corregedoria de polícia e o poder judiciário. O único caso de investigação bem sucedida, porém, é bastante esclarecedor. Uma promotora de justiça explicou que uma alegação de tortura a estimulou a telefonar para a delegacia de polícia e a exigir uma investigação imediata. O delegado de polícia investigou dois de seus agentes e, dentro de poucos dias, reuniu provas dos crimes praticados pelos policiais. Após a prisão dos policiais torturadores, outras vítimas de abuso policial compareceram à delegacia de polícia e registraram suas notícias de crime de tortura contra aqueles agentes policiais. Acusados pela prática de crime de tortura, os policiais foram devidamente condenados. A promotora, entretanto, revelou que estava trabalhando em uma comarca pequena no interior do estado nesta ocasião, em um contexto em que contatos pessoais e sociais podem funcionar como um substituto para um *design* institucional ineficiente. Desde que ela se removeu do interior do estado para a área metropolitana do Rio de Janeiro, ela perdeu a capacidade de telefonar para a delegacia de polícia para recomendar a realização de uma investigação imediata. Ela se tornou incapaz de explorar a rede de relacionamentos informais que eliminam, no interior, a distância institucional entre o sistema de justiça criminal e o controle interno da atividade policial. A lição que podemos aprender com esta experiência, porém, é de que o *design* institucional do sistema de justiça criminal brasileiro deveria estabelecer mecanismos efetivos de controle policial, de modo a que os atores jurídicos tenham a necessária estrutura para investigar alegações de violência policial.

7 Considerações finais

A hipótese da presente pesquisa foi construída a partir de *insights* obtidos mediante a observação comparada do processo penal brasileiro com outras jurisdições da Europa, América do Norte e América do Sul. No Brasil, nosso excessivo formalismo parecia ter construído uma série de direitos e garantias existentes apenas nos livros jurídicos, mas não no cotidiano dos nossos tribunais. Existem, por exemplo, regras claras em nosso ordenamento jurídico constitucional quanto à vedação da tortura, mas o sistema jurídico penal não funciona como um filtro de episódios de violência policial. Outras jurisdições adotam regras que facilitam, na prática, a prevenção da tortura, já que o suspeito é imediatamente apresentado ao juiz, sendo instado a se manifestar sobre seu caso e tendo a oportunidade de informar que sofreu violência policial. Além disso, possui incentivos para não mentir e eventualmente fazer um acordo com a acusação (*plea bargaining*), o que facilita o diálogo entre o acusado e os profissionais do sistema judicial. Finalmente, a existência de um sistema eficiente de controle democrático da polícia permite a repressão e a prevenção da violência policial.

A observação empírica revela que esta hipótese deve ser levada a sério. Em primeiro lugar, o intervalo de tempo entre a detenção de um preso e sua apresentação judicial deveria ser reduzido para um ou dois dias. A redução deste intervalo iria facilitar as investigações. O decurso de tempo não impediria que uma tortura policial fosse demonstrada. Seria também mais fácil para que testemunhas fossem localizadas. Em segundo lugar, deveria ser seriamente considerada a adoção do *plea bargaining* e do crime de perjúrio. Estes dois mecanismos poderiam causar um impacto ético na conduta dos acusados, aumentando a credibilidade de seus interrogatórios. O *plea bargaining* induziria comportamento cooperativo, criando incentivos para que os acusados negociassem com os promotores de justiça sobre o resultado de seu caso. Iria ampliar a comunicação entre acusação e defesa, criando oportunidades adequadas para uma cooperação quanto à investigação de abusos cometidos pela polícia. Em terceiro lugar, a redução do intervalo de tempo, bem como a adoção de *plea bargaining* e de perjúrio iriam provavelmente acarretar a diminuição das alegações falsas de brutalidade policial. Es-

tas reformas aumentariam a capacidade dos atores jurídicos de exercer o controle da polícia, ao inibir as denúncias caluniosas. Como resultado, os profissionais jurídicos teriam melhores condições para determinar investigações com base nas alegações feitas pelos acusados nas varas criminais. Estas reformas legislativas, a partir da experiência comparada de outras jurisdições estrangeiras, poderiam calibrar nosso sistema de justiça criminal, aperfeiçoando-o para a função de filtragem de episódios de violência policial. Obviamente, esta função depende também da existência de órgãos independentes de controle da atividade policial, sendo necessária uma reforma das corregedorias de polícia, bem como a implementação efetiva do controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público.

Três observações finais são necessárias. Em primeiro lugar, devo reiterar que esta pesquisa é apenas um estudo preliminar sobre o controle judicial da violência policial no Brasil. Pesquisas futuras devem expandir a amostragem e o escopo da observação empírica. Além disso, o funcionamento do sistema jurídico penal em outras áreas metropolitanas deveria ser investigado também, até mesmo para se confirmar a hipótese de falha estrutural do procedimento brasileiro quanto ao intervalo de tempo, ao regime de incentivos para diálogo do preso e ao controle democrático da polícia. Em segundo lugar, devo antecipar críticas de que estou propondo soluções estrangeiras para problemas brasileiros e que teria internalizado um complexo colonialista e uma postura imperialista, recomendando ideias de matriz europeia e estadunidense ao sistema brasileiro. Devo admitir ser verdade que considero o *plea bargaining* um mecanismo de enorme apelo prático por conta de todos os aspectos amplamente discutidos na literatura estrangeira (Feeley, 1982, 1997; Fisher, 2003; Friedman, 1979; Langbein, 1979) e que tenho dificuldade em entender os motivos que levam certos autores brasileiros (Grinover, 1999) a tacharem este instituto de inconstitucional por violar a cláusula do devido processo legal, presente também nas constituições das diversas jurisdições que adotam o *plea bargaining*. Não por acaso diversos países na Europa e América Latina adotaram recentemente este poderoso e ético mecanismo de diálogo e negociação entre acusação e defesa (Langer, 2007). Não vislumbro

inconstitucionalidade na aceitação de pena reduzida por parte do acusado após uma negociação justa e equilibrada entre acusação e defesa, tal como acontece atualmente em diversas jurisdições pelo mundo afora. Além disso, creio ser bem mais apropriado que, em vez de ser ouvido apenas no final do processo como recomendam certos autores pátrios (Grinover, 1999), o preso deva ser imediatamente apresentado para uma audiência judicial (a exemplo do que preconiza a imensa maioria dos códigos de processo penal estrangeiros). Esta audiência humanista incorpora a essência do remédio do *habeas corpus*: trazer a pessoa do preso à presença do juiz ou, literalmente, ‘trazer o corpo’ ao processo penal contemporâneo, sendo um legítimo direito de todo preso ser apresentado imediatamente e pessoalmente ao juiz. No formalista processo penal brasileiro, os juízes recebem apenas documentos de papel e não visualizam nem ouvem a versão do preso, tanto na hipótese de *habeas corpus* quanto na comunicação de uma prisão. Finalmente, considero também absurdo que o direito brasileiro reconheça um direito à mentira, incentivando comportamentos antiéticos dos acusados ao invés de estimular uma conduta moral adequada. Neste aspecto, o direito brasileiro internaliza o interrogatório antiético como prática institucionalizada do processo penal, o que corrompe a integridade axiológica que uma leitura moral da nossa constituição recomendaria. Enfim, independente da inspiração destas reformas ser estrangeira, a justificativa para adoção de mudanças estruturais no processo penal brasileiro se deve às observações empíricas e à racionalidade prática destes institutos, não a uma idealização do direito estrangeiro. Em terceiro lugar, registro que estas reformas poderiam, em minha opinião, calibrar o sistema jurídico penal brasileiro, mas não eliminar o problema da violência policial. A tortura é problema extremamente complexo, que depende de outras variáveis externas ao processo penal. Um exemplo é a assimetria de poder entre o policial e o acusado proveniente de fatores sociais, econômico e políticos mais amplos e que transcendem os aspectos estruturais do sistema jurídico-penal. Assim é que, por exemplo, problemas de violência policial ainda ocorrem com a corrupta polícia de Chicago (Bogira, 2007), apesar de o processo penal estadunidense conter uma audiência judicial imediata, *plea bargaining* e perjúrio. Não existe sistema per-

feito, que seja à prova de erros. Ainda que o sistema seja reformado para desencorajar violência policial, a decisão final caberá sempre aos indivíduos. Por outro lado, ainda que o sistema induza ou permita a tortura policial, indivíduos serão capazes de se recusar a cometer atos violentos. Porém, esta capacidade humana não deve servir de justificativa para que não sejam realizadas as reformas necessárias para que o sistema judiciário penal possa funcionar como um filtro efetivo de episódios de violência policial. Até mesmo porque é possível interferir nas assimetrias de poder, buscando um maior reequilíbrio na relação entre policiais e suspeitos de crimes.

A importância de transformar a estrutura do sistema de justiça criminal está justamente no impacto sobre a decisão dos atores jurídicos. Seres humanos são motivados por incentivos, sanções e dinâmicas de poder ao seu redor. Ao realizar uma pesquisa empírica e sugerir uma postura mais pragmática quanto ao problema da tortura no Brasil, espero que minha investigação possa contribuir para uma reflexão sobre o assunto, para investigações futuras também para eventual reforma no sistema judiciário penal, de modo a que funcione como um filtro efetivo de episódios de violência policial.

8 Uma explicação necessária

O leitor mais atento terá lido em uma nota de rodapé inicial que o pesquisador integra os quadros do Ministério Público do Rio de Janeiro. Não é algo tão incomum nos Estados Unidos e na Europa que um pesquisador realize uma pesquisa empírica no universo de que foi participante ativo, procurando se distanciar temporariamente daquele universo e analisá-lo sob uma perspectiva acadêmica. Exige-se, contudo, que o pesquisador faça uma reflexão sobre o impacto de sua experiência prévia sobre a experiência acadêmica ao final da realização do estudo. No caso da presente pesquisa, o fato de eu ter atuado como promotor de justiça criminal no interior do Estado do Rio de Janeiro entre 2002 e 2004 certamente impactou o design de pesquisa. Minha intuição profissional orientou a elaboração do projeto de pesquisa e me inspirou a analisar as dinâmicas internas e as operações de um sistema jurídico-processual, enfocando a pesquisa empírica das varas criminais como uma

arena privilegiada para a filtragem de episódios de violência policial. Além disso, minha condição profissional facilitou o acesso aos entrevistados e o início do processo de “bola de neve”, já que teria sido certamente mais difícil ter acesso aos entrevistados e aos cartórios das varas criminais, caso eu não tivesse sido participante ativo daquele universo profissional. Ao final do texto, o leitor talvez esteja se questionando se minha condição profissional não afetou as conclusões da pesquisa empírica. Existe, é claro, sempre um grau de subjetivismo em pesquisas qualitativas e, no caso do presente estudo, isto não é diferente. Particularmente, o leitor pode estar se perguntando se eu reconheceria que existe uma cultura de apoio à prática da tortura no interior das varas criminais do Rio de Janeiro. Caso este aspecto tivesse sido constatado durante a realização da pesquisa, certamente estaria presente no texto e na análise empírica da minha dissertação de mestrado em Stanford. Contudo, as entrevistas revelaram uma angústia de juízes, promotores e defensores com sua impotência para controlar adequadamente os episódios de violência policial. Como participante deste universo profissional, já tinha ouvido inúmeras vezes em conversas informais relatos de profissionais da área jurídica, que compartilhavam seu desconforto existencial com a falta de controle efetivo da atividade policial e da impossibilidade de apurar episódios de violência e abuso policial. Por outro lado, nunca presenciei atitudes de apoio à tortura de suspeitos da prática de tráfico ilícito de entorpecente. Esta vivência prévia impactou certamente a elaboração do projeto de pesquisa e minha intuição me indicava que conseguiria mapear empiricamente este aspecto do problema da tortura no Brasil, encoberto pela hipótese explicativa de que se trata de um problema meramente cultural. É bom esclarecer que vivenciar o universo de pesquisa não impede a realização de pesquisas empíricas. Na antropologia, a participação do observador no universo pesquisado é a técnica *par excellence* do pesquisador e existe a possibilidade de observação retrospectiva do participante, o que não é obstáculo para a análise. Enfim, esta explicação era necessária para auxiliar a análise do texto e dos resultados da pesquisa empírica. O julgamento final dos méritos de uma pesquisa sempre cabe ao leitor e certamente haverá leituras céticas ou críticas do presente artigo, mas espero

naturalmente que a maioria esteja convencida pela pesquisa empírica e pelos argumentos ora apresentados. De qualquer maneira, é fundamental discutir profundamente a questão do enfrentamento jurídico-penal da tortura no Brasil e espera-se que este trabalho possa contribuir para o aprofundamento da discussão entre nós.



9 Referências

- Bogira, S. (2007). *Courtroom 302: A Year behind the scenes in an American courtroom*. New York: Vintage.
- Cavallaro, J. (1997). *Police brutality in urban Brazil*. New York: Human Rights Watch.
- Chemerinsky, E. (2001) The role of prosecutors in dealing with police abuse, *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 8, 305-320.
- Dershowitz, A. (2004) Torture reasoning. In S. Levinson (Ed.). *Torture: A collection*. Oxford: Oxford University.
- Felley, M. M. (1982). Plea bargaining and the structure of criminal process. *The Justice System Journal*, 7, 338-354.
- Felley, M M (1997). Legal complexity and the transformation of the criminal process: The origins of plea bargaining. *Israel Law Review*, 31, 183-222.
- Fisher, G. (2002). *Evidence*. New York: Foundation Press.
- Fisher, G. (2003). *Plea bargaining's triumph: A history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University.
- Friedman, L. (1975). *The legal system: A social science perspective*. New York: Russel Sage Foundation.
- Friedman, L. (1979). Plea bargaining in historical perspective. *Law & Society Review*, 13, 247-259.
- Grinover, A. P. (1999). *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Huggins, M., Haritos-Fatouros, M.. & Zimbardo, P. (2002). *Violence workers: Police torturers and murderers reconstruct Brazilian atrocities*. Los Angeles: University of California.
- Kennedy, D. (1997). *A critique of adjudication: Fin de siècle*. Cambridge: Harvard University.
- Langbein, J. H. (1979). Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, 46, 3-22.
- Langer, M. (2004). From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the American thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, 45 (1), 1-64.
- Langer, M. (2007) Revolution in Latin American criminal procedure: diffusion of legal ideas from the periphery. *American Journal of Comparative Law*, 55, 617-676.
- Reimann, M., & Zimmermann, R. (Eds.) (2008). *The Oxford handbook of comparative Law*. Oxford: Oxford University.
- Rudovsky, D. (1992). Police abuse: can the violence be contained?. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 27, 465-501.
- Williams, G. H. (1993) Controlling the use of non-lethally force: Police and practice. *Harvard BlackLetter Law Journal*, 10, 79-104.
- Zimbardo, P. (2007). *The Lucifer effect: Understanding how good people turn evil*. New York: Random House.

10 Apêndice

10.1 Apêndice 1: Questionário para entrevistas com juízes

- A. Como você avalia o intervalo de tempo de x dias entre a prisão do acusado e seu interrogatório judicial nesta vara criminal? Longo, normal; curto;
- B. Você considera que este intervalo de tempo afeta sua capacidade de observar se um acusado foi torturado? Noutras palavras, se o acusado fosse apresentado imediatamente após sua prisão, seria mais fácil de verificar a tortura? Sim; não; indiferente; não sei;
- C. Você considera que o direito de permanecer em silêncio também significa que o acusado pode mentir sem que seja punido por causa desta mentira? Sim; não;
- D. Neste caso, você pensa que o acusado está mentindo? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- E. Isto afeta sua capacidade de observar se um acusado foi torturado? Noutras palavras, poderia a introdução do perjúrio em nosso sistema impactar sua percepção da credibilidade de um interrogatório em que o acusado alega tortura? Sim; não; irrelevante; não sei;
- F. Supondo que você decida que uma alegação de tortura requer uma investigação, o que você faz? Investigo por conta própria; solicito uma investigação no Ministério Público; encaminhamento para a corregedoria de polícia; outra opção;
- G. O que você pensa da estrutura deste órgão para conduzir esta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;
- H. O que você pensa da independência política deste órgão para conduzir esta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;
- I. O que você pensa do resultado desta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;
- J. Pode esta investigação impactar sua sentença? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- K. Você pensa que a tortura merece ser considerada crime hediondo? Sim; não; indiferente; não sei;
- L. Você pensa que a tortura pode ser justificada em algumas circunstâncias? Sim; não; não sei;
- M. No caso extremo de uma 'bomba-relógio prestes a explodir', você pensa que a tortura poderia ser

justificada para prevenir a morte de dezenas de pessoas inocentes? Sim; não; não sei;

- N. Você pensa que um tapa na cara de um suspeito configura tortura? Sim; não; não sei;
- O. Em caso negativo, você pensa que é necessário um grau de sofrimento equivalente a falência de órgão ou de função corporal? Sim; não; não sei;
- P. Qualquer outra informação que você queira acrescentar? (este é um momento para explorar outras questões ou nuances do questionário).

10.2 Apêndice 2: Questionário para entrevistas com promotores

- A. Como você avalia o intervalo de tempo de x dias entre a prisão do acusado e seu interrogatório judicial nesta vara criminal? Longo, normal; curto;
- B. Você considera que este intervalo de tempo afeta sua capacidade de observar se um acusado foi torturado? Noutras palavras, se o acusado fosse apresentado imediatamente após sua prisão, seria mais fácil de verificar a tortura? Sim; não; indiferente; não sei;
- C. Você considera que o direito de permanecer em silêncio também significa que o acusado pode mentir sem que seja punido por causa desta mentira? Sim; não;
- D. Neste caso, você pensa que o acusado está mentindo? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- E. Isto afeta sua capacidade de observar se um acusado foi torturado? Noutras palavras, poderia a introdução do perjúrio em nosso sistema impactar sua percepção da credibilidade de um interrogatório em que o acusado alega tortura? Sim; não; irrelevante; não sei;
- F. Supondo que você decida que uma alegação de tortura requer uma investigação, o que você faz? Investigo por conta própria; solicito uma investigação no Ministério Público; solicito ao juiz uma audiência especial apenas para esta alegação; encaminhamento para a corregedoria de polícia; outra opção;
- G. O que você pensa da estrutura deste órgão para conduzir esta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;
- H. O que você pensa da independência política deste órgão para conduzir esta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;

- I. O que você pensa do resultado desta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;
- J. Pode esta investigação impactar sua opinião sobre o caso? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- K. Você pensa que a tortura merece ser considerada crime hediondo? Sim; não; indiferente; não sei;
- L. Você pensa que a tortura pode ser justificada em algumas circunstâncias? Sim; não; não sei;
- M. No caso extremo de uma ‘bomba-relógio prestes a explodir’, você pensa que a tortura poderia ser justificada para prevenir a morte de dezenas de pessoas inocentes? Sim; não; não sei;
- N. Você pensa que um tapa na cara de um suspeito configura tortura? Sim; não; não sei;
- O. Em caso negativo, você pensa que é necessário um grau de sofrimento equivalente a falência de órgão ou de função corporal? Sim; não; não sei;
- P. Qualquer outra informação que você queira acrescentar? (este é um momento para explorar outras questões ou nuances do questionário).
- 10.3 Apêndice 3: Questionário para entrevistas com defensores públicos
- A. Como você avalia o intervalo de tempo de x dias entre a prisão do acusado e seu interrogatório judicial nesta vara criminal? Longo, normal; curto;
- B. Você considera que este intervalo de tempo afeta sua capacidade de observar se um acusado foi torturado? Noutras palavras, se o acusado fosse apresentado imediatamente após sua prisão, seria mais fácil de verificar a tortura? Sim; não; indiferente; não sei;
- C. Você considera que o direito de permanecer em silêncio também significa que o acusado pode mentir sem que seja punido por causa desta mentira? Sim; não;
- D. Você instrui o acusado a permanecer em silêncio como estratégia de defesa? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- E. Você instrui o acusado a contar a verdade como estratégia de defesa? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- F. Você instrui o acusado a mentir como estratégia de defesa? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- G. Caso a resposta para D, E e F tenha sido “nunca”, isto significa que você nunca instrui o acusado? Sim; não;
- H. Se um acusado diz pra você que ele foi vítima de abuso policial, qual é seu aconselhamento jurídico? Não mencione isso; mencione isso; não sei; outro;
- I. Você acredita naquilo que um acusado conta pra você antes de um interrogatório no seu gabinete? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- J. Poderia a introdução do perjúrio em nosso sistema impactar sua percepção da credibilidade de um interrogatório em que o acusado alega tortura? Sim; não; irrelevante; não sei;
- K. Supondo que você decida que uma alegação de tortura requer uma investigação, o que você faz? Investigo por conta própria; solicito uma investigação no Ministério Público; solicito ao juiz uma audiência especial apenas para esta alegação; encaminhado para a corregedoria de polícia; outra opção;
- L. O que você pensa da estrutura deste órgão para conduzir esta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;
- M. O que você pensa da independência política deste órgão para conduzir esta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;
- N. O que você pensa do resultado desta investigação? Excelente; boa; regular; ruim; muito ruim;
- O. Pode esta investigação impactar sua estratégia de defesa? Sempre; frequentemente; às vezes; raramente; nunca;
- P. Você pensa que a tortura merece ser considerada crime hediondo? Sim; não; indiferente; não sei;
- Q. Você pensa que a tortura pode ser justificada em algumas circunstâncias? Sim; não; não sei;
- R. No caso extremo de uma ‘bomba-relógio prestes a explodir’, você pensa que a tortura poderia ser justificada para prevenir a morte de dezenas de pessoas inocentes? Sim; não; não sei;
- S. Você pensa que um tapa na cara de um suspeito configura tortura? Sim; não; não sei;
- T. Em caso negativo, você pensa que é necessário um grau de sofrimento equivalente a falência de órgão ou de função corporal? Sim; não; não sei;
- U. Qualquer outra informação que você queira acrescentar? (este é um momento para explorar outras questões ou nuances do questionário).

CRIMINOLOGIA E PRISÃO: caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional // Ana Gabriela Mendes Braga¹

Palavras-chave

Criminologia / Prisão / Pesquisa empírica / Metodologia

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 **Introdução**
- 2 **Metodologia**
 - 2.1 Entrevistas
 - 2.2 Pesquisa documental
 - 2.3 Relatos etnográficos
- 3 **Criminologia enquanto um saber empírico e interdisciplinar: a questão do método**
- 4 **Pesquisa empírica na prisão**
- 5 **Os muros da prisão e a entrada do pesquisador**
- 6 **Reintegração social: recorte do objeto**
- 7 **O campo de pesquisa**
- 8 **O pesquisador e o voluntário: mediadores de dois mundos**
- 9 **O impacto da sociedade civil na prisão**
- 10 **Catalunha e São Paulo: contrastes e matizes**
- 11 **Considerações Finais: a permanência no cárcere e o jogo da prisão**
- 12 **Referências**

Resumo

O presente artigo é um dos frutos da pesquisa de doutoramento “Reintegração social: discursos e práticas na prisão – um estudo comparado”, na qual foram analisados alguns projetos desenvolvidos por entidades da sociedade civil em estabelecimentos prisionais de São Paulo e da Catalunha (Espanha). Para tanto, utilizou-se metodologia qualitativa de pesquisa, com o emprego de três métodos: entrevistas semidirigidas com os envolvidos direta e indiretamente com os projetos (voluntários, presos, diretores de entidades, funcionários da prisão); pesquisa documental (projetos, memoriais, manuais); e, relatos etnográficos produzidos a partir da observação *in loco* do trabalho desenvolvido pelas entidades selecionadas nos estabelecimentos prisionais. Neste *paper*, ganha destaque a questão do método em criminologia e as reflexões acerca da pesquisa empírica na prisão. Em uma pesquisa situada em um espaço tão hermético como a prisão, explicitar os caminhos de inserção do campo é um exercício que desvela os mecanismos de poder em funcionamento, e acaba por levar o pesquisador de volta ao objeto da própria tese. Afinal, muitos dos empecilhos e barreiras criadas para a entrada do pesquisador na prisão são os mesmos com que se deparam as entidades e pessoas da sociedade civil. Esse artigo é uma reflexão acerca dos caminhos e dos desafios vivenciados por aqueles que adentram o espaço prisional enfrentando o isolamento impostos por seus muros.

1. Doutora e mestre em Criminologia e Direito Penal pela Universidade de São Paulo com estágio doutoral junto ao Departamento de Antropologia da *Universitat de Barcelona* como bolsista do Programa PDEE da CAPES. Professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades (NEPAL) e o projeto de Extensão CADEIA na Cadeia Feminina de Franca. Coordenadora da pesquisa “Dar à luz na sombra” – Projeto “Pensando o Direito” (SAL–Ministério da Justiça e IPEA) acerca do exercício de maternidade das mulheres em situação de prisão.

CRIMINOLOGY AND PRISON: methods and challenges of empirical research in prison field // *Ana Gabriela Mendes Braga*

Keywords

criminology / prison / empirical research / methodology



Abstract

This article is one of the outcomes of doctoral research “Social reintegration: discourses and practices in prison - a comparative study”, in which we analyzed some projects developed by civil society organizations in prisons in São Paulo and Catalonia (Spain). To this end, we used qualitative research methodology. Through interviews with people involved, directly and indirectly, with the projects (volunteers, inmates, prison officials), documentary research (projects, memorials, manuals) and some ethnographic accounts of the work of the selected entities in prisons. In this paper, the question of method in Criminology is highlighted, as are reflections on empirical research in prison. In a research located in such a restrictive space as prison, explaining the ways of inserting the field is an exercise that reveals the mechanisms of power in operation and eventually leads the researcher back to the subject of the thesis itself. After all, many of the obstacles and barriers to enter the prison faced by the researcher are the same faced by organizations and individuals from civil society. This article is about the paths and challenges experienced by these people in order to reduce segregation and isolation imposed by prison walls.

1 Introdução

O presente artigo é um dos frutos da pesquisa de doutoramento “Reintegração social: discursos e práticas na prisão – um estudo comparado” (Braga, 2012), na qual foram analisados alguns projetos desenvolvidos por entidades da sociedade civil em estabelecimentos prisionais de São Paulo e da Catalunha (Espanha), que contou com bolsa da CAPES nos dez meses de período sanduíche no Departamento de Antropologia da *Universitat de Barcelona* em 2010-2011.

Essa investigação partiu do desejo de “fazer alguma coisa” *pelo* (e portanto, dentro da minha perspectiva, *contra*) o sistema prisional, uma tentativa de por luz em “projetos que fazem do cárcere menos cárcere”. A escolha desse foco atendeu a uma forte expectativa pessoal de encontrar grupos para compartilhar as experiências de atuação no cárcere vivenciadas na coordenação adjunta do Grupo de Diálogo Universidade–Cárcere–Comunidade² (GDUCC), hoje Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da USP.

A participação no GDUCC possibilitou um contato permanente com o espaço prisional, já que por mais de quatro anos realizei visitas semanais em estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo. Essa proximidade física com o cárcere foi essencial não só para o desenvolvimento da presente pesquisa, mas para que eu pudesse ler as teorias criminológicas à luz da realidade prisional sobre a qual atuava, em seu contexto específico. A partir daí, pude repensar os pressupostos que me guiavam, evitando construir um saber acerca da prisão sob uma perspectiva unicamente teórica, e distante da realidade intramuros.

A pesquisa foi desenhada a partir da convicção de que a pesquisa empírica seria o instrumento mais adequado para pensar na relação sociedade civil–cárcere. Tal certeza veio pelo conhecimento teórico e prático do campo prisional, somado à percepção de que uma contribuição original à discussão criminológica passaria pela compreensão específica de uma realidade. Nesse sentido, a metodologia qualitativa e a produção etnográfica aparecem como ferramentas importantíssimas para captar discursos e práticas do

mundo prisional, e dele com seu entorno, como será discutido em seguida.

Entre os anos de 2009 e 2012 foi feito um levantamento de intervenções da sociedade civil no cárcere, as quais foram posteriormente analisadas à luz do conceito de reintegração social. O objetivo foi conhecer algumas das formas com que a sociedade civil tem se relacionado com o cárcere, a fim de compreender quais estratégias, discursos e práticas são mobilizadas na intervenção da sociedade nesse espaço.

2 Metodologia

Para tanto, utilizou-se metodologia qualitativa de pesquisa, com emprego de três métodos: a) entrevistas semidirigidas com os envolvidos direta e indiretamente com os projetos (voluntários, presos, diretores de entidades, funcionários da prisão); b) pesquisa documental (projetos, memoriais, manuais) e c) relatos etnográficos produzidos a partir da observação *in loco* do trabalho desenvolvido pelas entidades selecionadas nos estabelecimentos prisionais.

2.1 Entrevistas

Buscou-se entrevistar³ no mínimo oito pessoas relacionadas a cada projeto: dois membros da sociedade civil participantes, dois presos participantes, um preso não participante, o coordenador ou outra pessoa que responda pelo projeto, o diretor do estabelecimento penitenciário e ao menos um funcionário do estabelecimento prisional onde o projeto é realizado. Ao final realizaram-se *trinta e duas entrevistas*, além de inúmeras conversas informais com presos e funcionários do sistema.

Nas entrevistas, foram abordados três temas centrais: informações sobre o projeto (objetivos, bases teóricas e dificuldades); a prática da reintegração social – como ocorre a interação entre sociedade civil e presos (estratégias e métodos); e, o impacto do projeto na vida das pessoas e instituições envolvidas.

3. Todas as pessoas entrevistadas autorizaram o uso das informações na pesquisa, mediante a assinatura do “termo de consentimento livre e esclarecido”. Ainda assim, a identidade dos entrevistados foi preservada pelo uso de pseudônimos, com exceção dos pesquisadores e professores que colaboraram com a pesquisa.

2. Vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo.

Em algumas entrevistas foi feito o uso de gravador⁴, porém, na maioria delas foi aberto mão desse recurso diante do constrangimento e perda de espontaneidade dos interlocutores frente ao aparelho. Certamente, há uma grande diferença na precisão dos dados colhidos com o gravador, principalmente no tocante à transcrição de expressões utilizadas pelo entrevistado. Contudo, o uso do gravador, principalmente em ambientes prisionais, é mais um obstáculo à conquista da confiança do entrevistado e à verbalização de certos temas (normalmente, de discursos abafados pela prisão e por outros presos). Ademais, portar um gravador nas entrevistas realizadas na prisão não facilitaria a entrada no campo; logo, quando a negociação estava difícil, essa possibilidade não era sequer mencionada. Em compensação, nos anos da pesquisa, foram preenchidos quase uma dezena de cadernos de campo, os quais contêm entrevistas, impressões e relatos de inúmeras idas ao cárcere.

Foi utilizado o *modelo semiestruturado de entrevista*⁵, que permitiu focar nos assuntos que interessavam à pesquisa e, ao mesmo tempo, deixar espaço para que meus interlocutores falassem o que julgavam importante. Essa técnica possibilitou ainda que outras temáticas conexas aparecessem na fala dos entrevistados e fossem agregadas aos roteiros de entrevista no decorrer da pesquisa. A elaboração dos roteiros de entrevista foi importante instrumento para refletir quais eram as indagações da pesquisa, porém, a experiência no campo mostrou que a entrevista fluía melhor quando mais solta, quando se deixava o entrevistado conduzi-la a partir de sua perspectiva, dizer o que acha importante ser dito. Portanto, a tendência adotada nas entrevistas, foi o uso do roteiro apenas como um norte, privilegiando assim uma abordagem menos dirigida. Esse tipo de abordagem mais flexível mostrou-se uma melhor estratégia do que a pergunta direta, que foi utilizada nas primeiras

4. As entrevistas iniciais, realizadas no primeiro semestre de 2010, foram feitas com gravador. Isso estará indicado no decorrer do texto, devido à diferença na forma de registro da entrevista. Todas as demais foram transcritas nos cadernos de campo, a partir do roteiro de entrevista.

5. Elaboraram-se cinco roteiros de entrevista: começando por um núcleo comum a todos os entrevistados, seguido de quatro específicos, voltados para: coordenador do projeto, membros da sociedade civil participantes, presos participantes e não participantes, diretor do presídio/ funcionário da instituição prisional.

entrevistas, para se chegar às concepções mais sutis.

Ademais, em uma pesquisa que discute a reintegração social, colocou-se como condição de possibilidade de pesquisa e como imperativo ético escutar aos presos, dando-lhes a oportunidade de falar da atividade da qual participavam e submeter o outro (nesse caso, o voluntário) à avaliação. Ainda que essa estratégia buscasse de alguma forma mexer com a posição que os presos ocupavam como objetos preferenciais e permanentes de investigações e exames, a pesquisadora atua com uma vontade de *saber* – com consciência da impossibilidade de se despir do papel de investigadora e de um modo de fazer *inquisitorial* (Ginzburg, 1991).

2.2 Pesquisa documental

Foi ainda realizada uma *análise documental* dos memoriais, projetos, conteúdos de *sites*, relatórios, pesquisas acerca das ações da sociedade civil no cárcere. Os documentos foram obtidos a partir de pesquisas na internet e bibliotecas especializadas e de pedidos junto às entidades da sociedade civil e às instituições públicas ligadas à questão prisional.

2.3 Relatos etnográficos

Para além da importância de entrevistar os voluntários, era imprescindível acompanhar suas ações no espaço prisional, contextualizar suas falas, ver a dinâmica que se cria nessa interação. Além das entrevistas e documentos, quando foi possível o acesso, acompanharam-se alguns momentos da execução do projeto no espaço prisional, a partir dos quais foram produzidos *relatos etnográficos*. Esse método foi utilizado principalmente na Catalunha, onde foi possível acompanhar a entrada de todos os quatro grupos analisados (com exceção de um que não existe mais) e visitar sete estabelecimentos prisionais. No campo paulista, os relatos etnográficos ficaram limitados à experiência com o GDUCC, a qual rendeu uma série de registros em cadernos de campo durante os seis anos de ligação com o projeto.

Muitos dados e reflexões resultaram da referida pesquisa. Para o presente artigo, optou-se por enfatizar a questão do método em criminologia e da pesquisa empírica na prisão. De início, serão focadas a importância da pesquisa empírica nos estudos sobre a

prisão e as dificuldades da entrada do pesquisador nesse espaço. Em seguida, discutir-se-ão as dificuldades que as entidades da sociedade enfrentam para permanecer no cárcere e a proximidade da figura do voluntário com a do pesquisador no cárcere. Ao final, serão apresentados alguns resultados auferidos pela pesquisa, relacionados ao impacto do voluntário penitenciário e à prática da reintegração social.

3 Criminologia enquanto um saber empírico e interdisciplinar: a questão do método

A criminologia pode ser conceituada a partir de diferentes perspectivas, tantas quantos os saberes que a compõem. A visão criminológica de um jurista será distinta da do sociólogo, da do psicólogo, da do antropólogo, da do cientista político, etc.; cada um desses campos produz reflexões a partir de conceitos, vocabulários e metodologias próprias. Ademais, a criminologia, como uma ciência humana e social, está ancorada nas possibilidades epistemológicas da sociedade na qual é produzida e, portanto, em constante modificação.

Para autores importantes no debate da criminologia no âmbito do direito no Brasil (Dias & Andrade, 1997; Garcia-Pablos de Molina, 1999; Sá, 2011; Shecaira, 2012) o empirismo e a interdisciplinariedade caracterizam a produção criminológica. Nesse sentido é a definição de Garcia-Pablos de Molina (1999, p. 43):

uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e social, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito

Outros autores pautam suas definições em torno temáticas que são próprias do saber criminológico. Como os norte-americanos Edwin H. Sutherland &

Donald Cressey (1996) que definem a criminologia como “o corpo de conhecimentos que considera o crime e a delinquência juvenil como fenômenos sociais. Que inclui em seu âmbito de análise o processo de criação das leis, de violação das leis e de reação à violação das leis.” (p. 3). Ou ainda de acordo com Paul Tappan (2009), para quem a criminologia é um saber multidisciplinar que une pesquisadores de diferentes abordagens e tem como principal tema de estudo: i) produção da lei penal; ii) quebra das leis; iii) reação da sociedade à quebra das leis.

Sob o viés jurídico, a criminologia é pensada em relação com a dogmática penal e a política criminal. Nesse sentido, o empirismo e a interdisciplinariedade figuram como elementos diferenciadores da criminologia em relação às outras produções na área das ciências criminais e define o papel da criminologia na articulação com a dogmática e política criminal.

Segundo Baratta (1981), até 1930 a criminologia era peça chave do modelo integral de ciência penal. Até esse período havia convergência entre a dogmática e a criminologia positivista no que tocante à legitimação e finalidades do sistema penal:

Com o declínio da “gesamtestrafrechtswissenschaft”⁶ durante os anos trinta começa na Alemanha e na Itália o domínio das correntes técnico-jurídicas (Beling, Rocco), que exaltam a independência científica da dogmática penal em relação às disciplinas antropológicas e sociológicas. Esse isolamento aparece até os nossos dias e só recentemente é que presenciamos tentativas sérias para superá-lo. (Baratta, 1981, p. 6)

Com o declínio do positivismo criminológico, a dogmática penal se desenvolve independentemente da produção empírica. A ruptura da convergência entre os saberes criminológicos e dogmáticos se acentua a partir da segunda metade do século passado, momento em que parte da criminologia passa a questionar os discursos e práticas do sistema de justiça, denunciando seu caráter seletivo e violento e a inconsistência das finalidades declaradas da pena.

Nos anos 60 do século passado, o surgimento do paradigma da reação social causa uma ruptura⁷ com a tradição etiológica da criminologia de então, preocupada com as causas do crime. Os criminólogos – mais tarde denominados críticos – procurarão entender o próprio processo de criminalização: quem constrói a realidade criminal, de que forma o faz e quem o sistema penal visa a atingir. O objeto por excelência dessa criminologia deixa de ser o homem e passa a ser o sistema de controle.

Um paradigma⁸ não só determina os métodos, valores e crenças de uma determinada comunidade científica, mas também os problemas que deve enfrentar e seu objeto de estudo; ele é constitutivo da atividade científica:

Ao aprender um paradigma, o cientista adquire ao mesmo tempo uma teoria, métodos e padrões científicos... Por isso, quando os paradigmas mudam, ocorrem alterações significativas nos critérios que determinam a legitimidade tanto dos problemas quanto das propostas. (Kuhn, 2005, p. 144)

A mudança de problemas e de propostas ocorre à medida que novas interfaces surgem na construção do saber criminológico. Enquanto a criminologia positivista esteve ligada mais estritamente ao saber médico, a criminologia da reação social passou a ser construída a partir de saberes e métodos emprestados das ciências sociais, em especial da sociologia e antropologia.

A interdisciplinaridade intrínseca ao saber criminológico desloca este para fora do âmbito jurídico. Não há como se fazer criminologia sem o auxílio de conceitos – e principalmente – de metodologias de outras

áreas das ciências humanas. O desafio do fazer criminológico é construir, a partir dessas metodologias, ferramentas metodológicas próprias que alcancem seu objeto de estudo, objeto este que se oculta. De tal sorte, que a produção do saber criminológico depende do acesso às instituições e atores do sistema criminal, de estatísticas criminais fiáveis, assim como, de construção de relações de intimidade, confiança e colaboração, partir das quais se pode aproximar dos fenômenos em torno do crime e da reação social.

É justamente a combinação de métodos de outras ciências humanas direcionada a um objeto específico que dá unidade ao saber criminológico. Nesse sentido, a criminologia pode ser definida a partir de seu eixo temático, que poderia ser sintetizado como o estudo das instituições e dos atores direta ou indiretamente envolvidos com o sistema de justiça criminal.

Em algumas regiões, a criminologia tem um lugar já consolidado na academia. É o caso, por exemplo, do Canadá, Estados Unidos e diversos países da Europa Ocidental, onde existe uma série de programas de graduação e pós-graduação específicos em criminologia, além de institutos de pesquisa especializados no tema.

Ainda que no Brasil possamos notar uma tendência à especialização nos programas atualmente oferecidos por nossas Universidades, a produção do conhecimento criminológico ainda ocorre de forma dispersa em diversas áreas. Essa dispersão é um dos fatores que dificulta o reconhecimento das especificidades da Criminologia, como um saber com combinação única de métodos e de abordagens próprias.

O fato de que grande parte da produção criminológica do Brasil não está nomeada como criminologia, mas como produções de direito penal, direitos humanos, sociologia da violência, sociologia das instituições, antropologia jurídica, antropologia social, psicologia clínica, psicologia social, etc., não facilita o encontro e troca entre esses pesquisadores, que seria fundamental para o desenvolvimento e propagação de uma área de conhecimento.

Ainda com os riscos e perigos de estar em um “não lugar”, é essa mesma posição que permite uma análise multifacetada de um objeto tão complexo e que

7. Thomas Kuhn (2005) mudou o rumo da filosofia da ciência com o consagrado ensaio *A Estrutura das Revoluções Científicas*, publicado pela primeira vez em 1962, no qual propõe que a evolução da ciência não se dá por continuidade, como até então acreditava-se, mas por rupturas. Por essa perspectiva, uma revolução científica ocorre a partir de uma mudança paradigmática, a qual é essencial para a evolução e maturação de uma ciência.

8. Um paradigma consiste em uma forma própria de ver e analisar o mundo, nos dizeres de Thomas Kuhn “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (Kuhn, 2005, p. 221).

possibilita a junção de óticas diversas e complementares – razão de ser da criminologia.

Não fechar a pesquisa dentro de um domínio disciplinar é uma resistência contra a “compartimentalização” dos saberes e uma luta contra a disciplina de um modo geral. Foucault (2006), em *La poussière et le nuage*, propõe não um encontro interdisciplinar entre historiador e filósofos, mas um trabalho comum de pessoas que buscam *des-disciplinar-se*.

Para repensarmos os atuais rumos da Política Criminal e Penitenciária no Brasil, é necessário que tenhamos um grande número de estudos empíricos que nos guie na formulação de novas propostas para a execução penal. A principal contribuição da criminologia para o desenvolvimento das ciências criminais e da sociedade como um todo está na possibilidade de apontar o tipo de racionalidade produzida pelos discursos e pelas práticas do sistema de justiça criminal, assumindo assim uma perspectiva crítica em relação às instituições de controle e em relação aos saberes que as sustentam. É nesse sentido que Nilo Batista (2001, p. 33) define a função da criminologia crítica:

A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc.). A Criminologia Crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de ‘fazer aparecer o invisível’ (Batista, 2001, p. 33)

Figueiredo Dias & Manuel da Costa Andrade (1997) ressaltam o papel da criminologia em orientar políticas sociais e criminais, na medida em que ela consiste também em “fazer injunções de ação dirigidas tanto aos agentes de aplicação das normas jurídico-penais ou aos seus destinatários individuais ou coletivos, como, em última instância à própria sociedade” (p. 98).

Nesse sentido, cabe à Criminologia refletir acerca da aplicação do direito penal e do funcionamento do sistema de justiça, aferindo o alcance das leis penais e o impacto delas sobre autores de crimes, vítimas e sociedade, de forma a enriquecer a discussão acerca da produção normativa e das escolhas políticas em termos de gestão da criminalidade.

A produção de dados empíricos permite que sejam (re) avaliados os rumos das ciências criminais, constituindo uma ferramenta importante para a reprodução e para a transformação do sistema de justiça criminal.

4 Pesquisa empírica na prisão

Nos estudos acerca da prisão, a pesquisa empírica é de extrema relevância. Olhares circunscritos podem dizer muito mais sobre as práticas na prisão do que uma tentativa de elaboração de uma grande teoria, por ao menos dois motivos. Primeiro, porque muito já foi escrito acerca da prisão, da ressocialização e de seu fracasso. Logo, uma forma de suporte para a construção de um novo saber criminológico que rompesse com as evidências seria a produção de um saber não universal e abstrato, mas concreto, situado em um espaço e tempo presente.

Além disso, a pesquisa de campo leva à percepção de minúcias e sutilezas da realidade observada. A prisão é por excelência o espaço do não-dizível – isto é, o que acontece e o que se sente na vida no cárcere não são temas facilmente verbalizáveis. Nesse espaço onde o uso da palavra é regulamentado e os discursos (des)legitimados a todo momento, o uso de ferramentas rígidas – como o questionário – nos dá acesso apenas a uma parte da história.

As coisas mais interessantes que se percebem na prisão são as que se falam ao pé do ouvido, pelas grades, pelos olhos, pelas mãos, tais como: o tom da voz, o cheiro característico do ambiente⁹, o “clima”, a forma de se vestir que denuncia a diferença social e institucional de seus personagens, as pequenas regulamentações e suas sutis transgressões.

9. Pelo cheiro, pode-se distinguir as diferenças entre as condições materiais de uma prisão para outra, de um setor para outro.

O emprisonamento isola a voz. A pesquisa de campo na prisão é uma possibilidade de fazer com que as vozes da prisão ecoem, e que de alguma forma a sociedade se volte para o debate em questão. Porém, muitos são os empecilhos e as barreiras criadas para a entrada do(a) pesquisador(a) na prisão, entre os quais pode-se destacar: autorização de entrada e permanência, acesso às pessoas institucionalizadas, burocracia dos comitês de ética, resistência dos funcionários, seleção externa dos espaços e das pessoas que conformarão o campo.

Em uma pesquisa situada em um espaço tão fechado como o prisional, mostra-se importante a reflexão acerca dos caminhos de inserção do campo, uma vez que eles desvelam os mecanismos de poder em funcionamento e permitem voltar ao objeto da própria pesquisa. Afinal, as entidades e pessoas da sociedade civil que querem cruzar os muros da prisão se deparam com dificuldades muito próximas às das pessoas que querem fazer dela um campo de pesquisa.

Se a negociação com o campo é uma questão chave para qualquer etnografia, ela adquire uma especial dimensão no espaço carcerário. Primeiro, porque nas prisões existem muitos segredos, os quais desde uma perspectiva foucaultiana são formas de poder político; por isso, evita-se a todo custo que eles sejam revelados a alguém estranho a esse espaço.

Para Mathiesen (1997, p. 275), a prisão se mantém enquanto elemento chave da punição, a despeito de todas as críticas e diagnósticos pessimistas, devido ao “caráter secreto da irracionalidade da prisão”. Para ele, este é um dos segredos mais bem guardados em nossa sociedade. O embate puramente racional à instituição prisional não é suficiente para que ela seja questionada, seria necessário que as pessoas percebessem suas idiossincrasias e seus paradoxos a partir de “um nível emocional mais profundo”.

Para o autor norueguês, três grupos de atores funcionam no sentido de proteger a instituição prisional e o segredo de sua irracionalidade: os administradores do sistema (que são disciplinados, cooptados e leais à instituição que representam), os pesquisadores e intelectuais, e os meios de comunicação em massa.

Segundo o ponto de vista de Mathiesen, ao qual aderimos, dois caminhos se apresentam ao cientista social: i) produzir um saber que legitime e mascare o caráter seletivo e violento do sistema; ou ii) trabalhar para trazer à tona dados acerca do funcionamento real das instituições de justiça criminal. Ao escolher o segundo caminho, um dos primeiros desafios do pesquisador será a resistência dessas instituições em se deixar conhecer. É justamente na tentativa de superar tais barreiras que o pesquisador começa a desvelar o funcionamento do seu objeto de estudo.

5 Os muros da prisão e a entrada do pesquisador

Assim como ocorre em outras instituições fechadas, a pesquisa nas prisões apresenta desafios particulares para os pesquisadores. O fechamento da instituição em relação ao seu entorno é uma estratégia de defesa do monopólio de um saber-fazer institucional, determinante na constituição da dinâmica prisional.

O processo para conseguir autorização de entrada nas penitenciárias não obedece a uma lógica linear, e suas decisões não tem força definitiva, estando sempre sujeitas às intempéries sociais e às conjunturas políticas. Logo, a condição de permanência do pesquisador no cárcere é sempre precária e provisória. Isso exige que o pesquisador adapte seu projeto de pesquisa às restrições institucionais.

Além da dificuldade de acesso e das questões éticas que envolvem pesquisas com populações vulneráveis, a prisão é um espaço de dor e de sofrimento, que inevitavelmente impacta psíquica e emocionalmente quem atravessa os seus muros.

Uma característica intrínseca à instituição prisional é seu hermetismo. O fechamento em relação ao entorno social subsiste em todas as prisões e se manifesta como um mecanismo de defesa contra a incursão de práticas e pessoas que tensionem a instituição.

A entrada no cárcere de pessoas estranhas à sua dinâmica é vista como uma ameaça ao controle e à segurança. O discurso institucional se vale desse argumento para restringir o acesso dessas pessoas. Porém, com seu hermetismo, a instituição tenta pre-

servar algo além da ordem: o monopólio sobre os “modos de saber-fazer” na prisão.

De acordo com Goffman (2005), uma instituição total é composta por basicamente dois grupos de atores: os dirigidos e os dirigentes. O primeiro é mais numeroso, formado pelos internos, e o segundo é menor, formado pelos dirigentes e pelos demais funcionários. Ainda que se possa questionar o caráter total da prisão (ainda mais no Brasil), a dinâmica prisional se compõe de atores com papéis definidos. O pesquisador e o voluntário não encontram seu correspondente nesta classificação, e o fato de ocupar um “lugar institucional indefinido” já é suficiente para que sua presença seja elemento perturbador da dinâmica prisional.

Logo, quanto menos o “estranho” tensionar essa lógica binária, melhor para a administração prisional. A aceitação no meio institucional está vinculada diretamente ao posicionamento nessa dinâmica: quanto mais identificado com a equipe dirigente e quanto mais afinado com os propósitos institucionais, mais fácil será a negociação de entrada e a permanência nesse campo.

De acordo com Roldán Barbero (2009),

El problema de estas investigaciones (en espacios cerrados) es el de la excesiva dependencia del observador a la institución. La administración habrá de conceder previamente un permiso y, normalmente, lo condicionará a la realización de una actividad que no complique los intereses institucionales. En el caso de la prisión, el permiso lo supeditará a la participación del estudioso en tareas de reeducación y reinserción social, tal como estas actividades son entendidas por el sistema penitenciario. Por eso, son grupos, religiosos o civiles, previamente organizado en asociaciones, los más aptos para conocer de cerca la vida penitenciaria. Un investigador independiente, no perteneciente a estas asociaciones, es un personaje en principio extraño al mundo de la prisión. (p. 119)

A fim de superar os previsíveis obstáculos para entrada no campo prisional, o desenho estratégico dessa pesquisa começou com a eleição do tema. A escolha

por estudar as pessoas da sociedade civil que entram no cárcere – colocando o foco em um lado aparentemente “iluminado” da prisão – certamente facilitou o acesso ao campo prisional, ao mesmo tempo em que afastou o acesso aos seus espaços mais sombrios. Segundo Roldán Barbero (2009),

Aun con estas dificultades iniciales, el permiso puede obtenerse, pero por si mismo no proporciona una libertad plena al investigador. Éste puede tropezar con no pocos obstáculos si se adentra por vericuetos no deseados por la institución. (p. 119)

Na referida pesquisa, a escolha de entrar na prisão acompanhando o trabalho das entidades da sociedade civil¹⁰ se mostrou importante como estratégia, não só para legitimar o trabalho perante a administração prisional, mas também porque essas entidades foram mediadoras da entrada nos estabelecimentos prisionais. A associação com personagens já familiarizadas com o mundo prisional é um dos meios para superar a desconfiança com que é tratado o pesquisador – figura externa e estranha àquele universo.

6 Reintegração social: recorte do objeto

A partir de uma abordagem empírica, buscou-se na pesquisa de doutoramento discutir a concepção teórica e prática da reintegração social, a partir das diversas formas que a intervenção da sociedade civil assume no cárcere. O foco da análise esteve nos programas de intervenção crítica no contexto penitenciário, vislumbrando-os como possibilidades de construção de uma nova política de verdade acerca do preso e da prisão.

Para fins da referida pesquisa, entendeu-se a reintegração social como uma experiência de inclusão social, com a finalidade de diminuir a distância entre sociedade e prisão, que conta com a participação ativa do apenado e de pessoas de fora do cárcere; a partir dos seguintes pressupostos:

10. A entrada da prisão se deu sempre junto de uma das organizações da sociedade civil analisadas na pesquisa, uma vez que o objetivo era observar a dinâmica desses grupos na prisão. A escolha e perfil das entidades serão apresentados no item a seguir (o campo da pesquisa).

- A. realização de um trabalho no cárcere realizado pela sociedade civil com o fim de diminuir as fronteiras entre sociedade e prisão;
- B. propostas centradas em experiências significativas de inclusão social;
- C. reconhecimento da dignidade e da “normalidade” da pessoa presa;
- D. participação ativa e voluntária dos encarcerados, nas atividades desenvolvidas em âmbito prisional;
- E. corresponsabilização da sociedade no processo de reintegração social;
- F. não instrumentalização da interação sociedade-cárcere como um meio de readequação ética do indivíduo preso.

Nesse sentido, a reintegração social foi concebida não como função da pena, mas como uma possibilidade de minimizar seus efeitos. A seguir, reproduzo um trecho de entrevista com Lourdes¹¹ uma agente de segurança penitenciária¹² na qual ela sintetiza a reintegração social:

Reeducar e reintegrar são palavras pesadas, porque a pessoa já foi educada, já foi... Acho que reintegrar é melhor do que reeducar até, porque a pessoa já foi educada e reeducar é complicado, é como se você fosse lá, apagasse todos os conceitos que ela tem e crie conceitos novos na mentalidade dela... Reintegrar já é um pouco mais fácil, por quê? Porque você vai tentar só pegar a pessoa que está excluída, tentar embutir conceitos novos e possibilitar que ela retorne ao meio social. A única coisa que tenho pra te falar, a importância de tentativa dessa reintegração é grande.

Logo, o que diferencia um projeto de reintegração social em relação ao projeto das chamadas ideologias “res” (ressocialização, reeducação, reabilitação) é que a intervenção com fins de reintegração social não busca a reforma moral do indivíduo, mas sim a redução do impacto do emprisonamento sobre a

pessoa presa. Para tanto, ela deve se focar não no preso, mas na inter-relação social que abrange Estado, prisão e sociedade civil, de forma que esses sujeitos se comprometam na medida de sua responsabilidade e que diminua o impacto do encarceramento sob a pessoa presa.

Pela perspectiva da reintegração social, o diálogo entre comunidade, academia e prisão tem a potência de flexibilizar o fechamento característico da instituição prisional, possibilitando assim a redução do impacto da prisão sobre a vida do condenado e de todos que de alguma forma se relacionam com ele, podendo levar a uma diminuição qualitativa da “prisionização”¹³.

A aproximação de segmentos historicamente antagonizados possibilita uma identificação de seus atores, não no sentido de criar laços pessoais entre eles, mas no de permitir que um se reconheça na humanidade do outro. O desenvolvimento da alteridade – da aceitação do outro – pode levar à reavaliação das necessidades sociais e psíquicas da punição e da prisão, possibilitando assim uma diminuição quantitativa do encarceramento.

7 O campo de pesquisa

A referida pesquisa partiu do conceito de reintegração social para analisar em que medida as práticas realizadas em alguns estabelecimentos prisionais concretizavam os pressupostos e os objetivos dessa proposta. O campo na Catalunha foi realizado entre setembro de 2010 e junho de 2011. Já no primeiro semestre de 2010 e o segundo de 2011, foram objeto de pesquisa algumas ações relevantes da sociedade civil no Estado de São Paulo.

A pesquisa de campo se desenvolveu em três etapas. A primeira consistiu em um levantamento exploratório dos trabalhos que vem sendo realizados em

11. Os nomes foram trocados de forma a preservar o anonimato dos entrevistados.

12. Realizada na Penitenciária José Parada Neto (Guarulhos - SP) em julho de 2010.

13. Entende-se por prisionização o impacto da prisão na identidade da pessoa encarcerada, consistente na desadaptação para a vida em liberdade e na assunção das atitudes, linguagem, costumes e valores da cultura prisional. Uma reflexão aprofundada acerca desta temática foi desenvolvida em pesquisa anterior, publicada sobre o título Preso pelo estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a identidade do preso (Braga, 2013).

estabelecimentos prisionais (paulistas e catalães), e de informações relacionadas à reintegração do preso. Na *segunda*, foram selecionados, dentro desse universo, os projetos que comporiam efetivamente o campo de análise da presente pesquisa. E, a *terceira* consistiu na pesquisa empírica e posterior análise comparativa e reflexiva dessas experiências.

De início, foi realizada uma pesquisa exploratória (por meio da internet) com o objetivo de fazer um breve mapeamento¹⁴ das ações inovadoras de reintegração social no Estado de São Paulo. Na Catalunha, além da pesquisa na *internet*, solicitei informações ao Departamento de Justiça, que me disponibilizou uma lista com 21 entidades voluntárias ou colaboradoras que atuavam no sistema prisional. Esta lista serviu de guia para a pesquisa na internet, e posterior seleção das entidades que comporiam o campo. Alguns dos projetos/grupos apresentados na pesquisa exploratória seguiram caminho contrário. Tomou-se conhecimento deles na literatura especializada, no contato com as pessoas do meio ou da experiência profissional, e depois, buscou-se a referência na internet.

A partir da pesquisa exploratória foram reunidas uma série de informações acerca de projetos realizados nos cárceres do Brasil e alguns no exterior. Foram selecionados oito grupos com base em três critérios de seleção: natureza do projeto (reintegração social); localidade em que foi implementado (São Paulo/ Catalunha); e, o período em que se desenvolveu (preferência para projetos em desenvolvimento).

No campo da Catalunha foram selecionados os seguintes grupos para serem analisados em profundidade: *Justícia i Pau*; *Fundació Autònoma Solidària*; *Teatro dentro*; e *Abrir la Càrcel*. Enquanto em São Paulo foram escolhidos: *Projeto Quem somos nós?*; *Curso transdisciplinar de criminologia penitenciária e execução penal*; *Leiturativa*; e *TV Cella*. Além desses oito grupos, analisou-se em profundidade o trabalho do *Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC)*.

14. Dois foram os caminhos da pesquisa na internet: a) a ferramenta de busca (*Google*) com as palavras “reintegração social”, sociedade civil + prisão, ressocialização, entre outras combinações; b) em sites de instituições reconhecidas por sua atuação (institucional ou não) no campo penitenciário.

8 O pesquisador e o voluntário: mediadores de dois mundos

Ainda que se possam encontrar continuidades entre a prisão e a “vida em sociedade”, os muros delimitam o dentro e o fora, tanto no âmbito social quanto no âmbito espacial. Entre os presos brasileiros, o uso da expressão “mundão” para designar o que está fora é significativo nesse sentido.

Porém, o caráter “total” das instituições prisionais deve ser relativizado, uma vez que o dentro e o fora podem ser percebidos mais como continuidade do que como ruptura. A prisão conta com canais que atravessam seus muros, por meio dos quais entram e saem informações, mercadorias, valores e algumas pessoas. Dentre as pessoas que realizam o circuito dentro-fora, sem pertencer ao quadro institucional do cárcere, estão as entidades da sociedade civil e os pesquisadores que ali entram.

Esses dois personagens podem ser vistos como mediadores de “dois mundos”. Tal ação guarda analogias com a figura do porteiro, do mensageiro, ou do contrabandista, isto é, com todo aquele que habita os dois universos, o de dentro e o de fora¹⁵.

O papel do pesquisador na prisão aproxima-se do voluntário, na medida em que adentra um espaço de segredos, desvela alguns e torna-os públicos. E por outro lado, a vontade de saber do pesquisador – e a vontade de fazer do voluntário agregam outros elementos ao cotidiano prisional, tais como outros assuntos, outro vocabulário, outra dinâmica, outra relação de gênero, etc.

A ideia de que as pessoas da sociedade civil “trazem a rua” ou “um ar fresco” para dentro do cárcere foi muito comum nas entrevistas com os participantes dos projetos analisados na pesquisa. Nesse sentido, destaca-se algumas frases das entrevistas¹⁶ realizadas com presos participantes do GDUCC acerca do projeto: “você trazem o que está acontecendo lá fora e nós aqui dentro”; “é o elo de ligação entre nós

15. Interessante marcar que um dos projetos etnografados na Catalunha, *Teatro dentro* montou uma peça de teatro com um grupo de presos chamada “Las fronteras entre tu y yo”.

16. Entrevista de nº 3, 7 e 8 realizadas em julho de 2010 na Penitenciária Parada Neto.

(presos) e sociedade, que há muito vem nos estigmatizando”; “o trabalho [do GDUCC] é interessante tira a gente do mundo da cadeia. Começa a ter outra visão. Tira a gente da cadeia e leva lá pra fora”.

Na Catalunha, voluntárias entrevistadas esboçaram percepções muito parecidas. Estrella, voluntária da *Associació Som-hi* que trabalha há quatro anos em uma penitenciária feminina oferecendo oficinas de artesanato, diz que as presas “valoran el aire fresco que los voluntarios aportan”. A mesma metáfora foi usada por Montse, uma voluntária que realiza acompanhamento educativo pela entidade *Obra Social Santa Lluïsa Marillac*: “os voluntários levam ar fresco e oferecem aos outros a oportunidade de se expressarem livremente, e de aproveitar de um tempo e espaço aonde podem ser pessoa, dar-se e sentir-se observado de uma forma diferente da qual são vistos na prisão. Eles podem se expressar e remover preocupações e sofrimentos”.

9 O impacto da sociedade civil na prisão

O contato horizontal entre presos e uma organização política externa causa importantes distúrbios nos aspectos das funções sociais do emprisonamento na nossa sociedade. Causar distúrbios nessas funções pode ser considerado resistência porque indiretamente afeta algumas características essenciais da estrutura social. (Mathiesen, 1974, p. 77, tradução livre)

Na análise da ação da sociedade civil na prisão, depara-se com uma ampla gama de entidades que se diferenciam entre si quanto à sua história, à sua natureza, à sua proposta, à sua metodologia, etc. Apesar da diversidade dos tipos de ações, algumas aproximações podem ser feitas quanto ao impacto das ações da sociedade civil no cárcere.

Nas entrevistas com os presos participantes dos projetos de intervenção da sociedade no cárcere¹⁷, aparece uma percepção comum a quase todos eles: a de que a atividade os ajuda a “sair um pouco da prisão”, ou ainda, a de que por alguns (breves) momentos a

17. Outras pesquisas também apontam essa tendência, ver Braga (2013) e Graciano (2010).

interação que se cria com os voluntários os faz “esquecer que estão na prisão”.

Ainda que tenham diversas metodologias e objetivos, parece que a ação da sociedade civil serve, aos olhos dos internos, como uma forma de aliviar o fastígio e a monotonia da vida e conversas no cárcere e de alguma forma relativizar o sentimento de “prisionização” que acompanha a vida no cárcere.

Para Rivera Beiras, qualquer iniciativa social, política ou educativa que pressuponha a entrada na prisão de diversos setores sociais – além das visitas pontuais e ensaiadas – pode contribuir para a mudança na percepção de distância e de estranhamento entre sociedade e cárcere, processos que autor argentino denomina *lejanía y ajenidad*, respectivamente (Rivera Beiras, 2009, p. 489).

A ação da sociedade no cárcere tem um impacto no ambiente interno e na sociedade. A difusão do universo carcerário na sociedade através dos meios de comunicação, principalmente a partir das chamadas novas tecnologias (internet, redes), as quais podem “provocar o efeito de amplificar na sociedade – toda uma quantidade de vivências, acontecimentos, iniciativas, etc. que normalmente vivem ‘fechadas’ no isolamento prisional” (Rivera Beiras, 2009, p. 491).

Independentemente da intenção da entidade da sociedade civil no espaço prisional, sua atuação impacta a dinâmica penitenciária. A presença de “pessoas estranhas” no ambiente prisional leva a um deslocamento espacial de funcionários e presos e confere outra destinação aos espaços institucionais. Há uma ruptura (momentânea) do isolamento entre prisão e entorno social, o que pode atenuar (levemente) o processo de “prisionização” por que passa o indivíduo.

Esses “atores de fora” travam, ainda que inconscientemente, uma disputa sobre o modo de “saber fazer” com o pessoal penitenciário e relativizam a tendência do cárcere de ocultar o que se passa no seu interior. Ainda que controlada, interação social entre preso e voluntário cria um espaço de fala e de propagação de verdades normalmente abafadas pelo dispositivo carcerário.

O adjetivo “voluntário” da ação da sociedade civil

no cárcere reforça o sentido benevolente e caritativo dessa ação. Por conta disso, Valverde Molina (1997, p. 159) propõe a utilização do termo “iniciativa social”, como forma de enfatizar o compromisso social que porta a ação voluntária.

Nesse sentido, mostra-se interessante nomear essas ações de intervenção. Intervir está ligado à atuação sobre uma realidade específica ou sobre configurações políticas próprias, com o objetivo de transformar e de dar novos usos ao espaço social determinado.

Pelo fato de ser um ator externo, a importância da presença da sociedade civil no contexto penitenciário passa pela função de fiscalização e de denúncia social. Porém, as instituições da sociedade civil que entram no cárcere têm pouca autonomia em relação aos objetivos que podem ser atribuídos à instituição prisional (neutralização e retribuição). Os dados de campo, tanto em contexto paulista como catalão, apontam para o controle e absorção dessas atividades por parte do poder público.

Contudo, um marco distintivo dessas formas de atuação consiste no enfrentamento (ou não) da “direção política do sistema penitenciário” (Valverde Molina, 1997, p. 151). Qualquer que seja a ação, ela pressupõe uma tomada de posição em relação à instituição penitenciária, um nível de cumplicidade com o dispositivo de controle, um comprometimento com um projeto, um compromisso desde um determinado ponto de vista.

Para Valverde Molina (1997, p. 159), a reflexão que necessariamente antecede a ação voluntária é sobretudo ideológica, e dela derivam dois tipos de posicionamentos: i) uma atitude crítica em relação à prisão e à “intervenção social” – e, portanto, uma atuação implicada social e politicamente; ou ii) o voluntariado realizado a partir da crença que a administração penitenciária não usa todos os meios possíveis para a ressocialização – nesta posição, o voluntário corre o risco de colaborar para a continuidade de um modelo institucional fracassado.

A primeira atitude corresponderia a uma crítica estrutural à instituição prisão e a seus objetivos. A segunda limita-se a uma crítica conjuntural do sistema prisional, a partir da crença de que uma “boa prisão” é possí-

vel. Da mesma forma, poderíamos falar aqui em ações revolucionárias e reformadoras, respectivamente.

Na sua já clássica obra *Visions of Social Control*, Stanley Cohen apontava essa tendência. Desde a década de 80 do século passado, Cohen (1985, p. 66) diagnosticava o recrutamento do voluntário, em quase todos os âmbitos do sistema de controle, como uma forma rápida e crescente de privatização. Dois fatores foram motivadores de tal crescimento: i) cortes orçamentários que ocasionaram um espaço de atuação no sistema; ii) crescimento da ideologia do envolvimento comunitário. A combinação desses dois fatores o declínio dos serviços sociais acompanhado da expansão da rede social comunitária – levou ao crescimento do fenômeno do voluntariado.

Uma agência não estatal deveria ser orientada para o cliente, com participação voluntária e autônoma em relação ao sistema de controle. Porém, a autonomia é comprometida pela dependência que essas agências têm em relação ao próprio sistema de controle – já que precisam dele para entrada nos espaços prisionais e, muitas vezes, até para manutenção econômica da entidade.

Ao analisar a atuação das agências privadas na década de 80 nos Estados Unidos, o autor verificou que, a longo prazo, as agências – principalmente as exitosas – não se mantiveram privadas, tendo sido cooptadas e absorvidas pelo aparato estatal formal. Essa mesma tendência se repete em relação às “organizações de autoajuda radicais” (*radical self-help organizations*), que originalmente tinham uma relação de antagonismo com o sistema de justiça estatal (Cohen, 1985, p. 65-66).

A resignação do voluntário frente às condições que lhe são impostas acaba por convertê-lo num funcionário sem salário. Será visto pelos presos como tal - o que dificulta a possibilidade de alguma mudança na dinâmica social do cárcere.

A prisão aceita mais facilmente (ou ao menos, recebe com menor resistência¹⁸) aqueles que colaboram

18. Não nos iludamos, a prisão é por sua natureza fechada, tende a rechaçar a entrada de qualquer coisa que venha de fora, ainda que atuem com vista à realização das finalidades declaradas da pena

com ela, os que não ouvem e que não falam além do discurso institucional. A papelada segue mais rápido pelos trâmites burocráticos – quando os segue. A atividade pode ser incorporada à rotina da prisão e muitas vezes essas novas ideias são compradas pela Administração Prisional, que passa a lhes dar suporte e a propagar a ação por diversos centros.

Na maioria dos casos, aderir ao objetivo institucional e manter cumplicidade com os mecanismos de poder que ali atuam são condições básicas para a atividade do voluntário em ambiente prisional. Um grupo que se queira manter crítico e que objetive afrontar o dispositivo carcerário enfrentará dificuldades políticas e econômicas para sua manutenção. Sempre se preferirá conceder autorização de entrada e subvenções a ações que assumam a perspectiva institucional e que não perturbem a ordem posta – ou seja, aos “grupos menos críticos” (Valverde Molina, 1997, p. 162).

Quando a intervenção resulta conflitiva e abala a tranquilidade institucional, é muito provável que não durará muito. A direção é quem tem a última palavra em relação a quem entra e a quem não entra no Centro Penitenciário. Por meio desse controle, e de modo camuflado em infinitas escusas burocráticas, a instituição rechaça a permanência de qualquer elemento perturbador.

10 Catalunha e São Paulo: contrastes e matizes

A sociedade catalã tem características peculiares que se manifestam nas relações sociais e influenciam a dinâmica prisional, a relação sociedade-cárcere e os projetos realizados nos estabelecimentos prisionais. Três delas merecem destaque na presente análise: o tamanho do sistema penitenciário, a cultura catalã do associativismo e as condições materiais de uma prisão situada na Europa Ocidental.

O sistema prisional catalão conta com boa infraestrutura, assim como uma quantidade razoável de recursos materiais e humanos – características que são ressaltadas no contraste com a realidade brasileira.

privativa de liberdade. Conforme pude constatar na fala de alguns voluntários “cooperadores”.

Contudo, este contraste deve ser matizado pelo fato do sistema catalão representar cerca de 10% do tamanho do sistema penitenciário paulista.¹⁹

Desde 1984, a *Generalitat de Catalunya* tem autonomia em temas de execução penal e vem desenvolvendo mecanismos (eficazes) de governo do território e da população prisional. As dimensões relativamente pequenas do espaço punitivo contribuem para que ele seja mais bem esquadrihado.

O *Departament de Justícia* tem controlado mais de uma centena de instituições colaboradoras e voluntárias – representantes do espírito catalão do associativismo, às quais permite entrar nos Centros Prisionais. Grande parte do que acontece no cárcere está legislado, planejado, regulamentado. Como consequência dessa dinâmica de cooptação por parte do Estado, os grupos com discursos mais críticos tendem a ficar à margem, alijados de um campo de disputa importante: a própria prisão.

Diferentemente do Brasil, além do estabelecido e do autorizado pelo Estado, na Catalunha não parecem se formar “linhas de fuga”, ou seja, é muito difícil de realizar uma atividade sem passar pelo controle central estatal. O sistema lança mão de uma série de instrumentos para controlar a interação que vem de fora e os atores da sociedade civil: burocracia no cadastro, curso de formação, designação das atividades a serem desenvolvidas, fiscalização, os quais limitam as possibilidades e os objetivos de atuação no espaço prisional.

Já no campo prisional paulista a negociação do que acontece na prisão é realizada a nível local²⁰ e compartilhada com os presos (e seus coletivos). O poder

19. Catalunha conta com 15 centros penitenciários e São Paulo 157 unidades prisionais. Fontes: <http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia> e <http://www.sap.sp.gov.br/>, respectivamente, acesso 01/10/2013. Interessante pontuar que passados dois anos do fim do campo na Espanha, a Catalunha segue com o mesmo número de centros penitenciários, enquanto São Paulo incorporou 8 novos estabelecimentos ao seu sistema entre os anos de 2011 e 2013.

20. Contudo, pode-se apontar uma outra tendência na atitude atual de alguns governos estaduais de criar órgãos específicos para o controle de pesquisadores e projetos a serem realizados no cárcere, geralmente vinculados às Secretarias de Administração Judiciária, ou em outros casos, de Justiça.

do controle sobre o espaço prisional é exercido de forma descentralizada e discricionária, nesse cenário os diretores dos estabelecimentos, funcionários e os presos são atores políticos importantes, os quais são determinantes para entrada e permanência do projeto. O aparato estatal não é eficaz no controle das interações dentro da prisão e dela com seu exterior. Daí que se questione o caráter “total” de nossas instituições, onde o dentro e o fora podem ser percebidos mais como continuidade do que como ruptura.²¹

O poder estatal, de forma geral, não tem controle da dinâmica prisional, e é justamente a ineficiência brasileira, que faz o espaço um pouco mais permeável à atuação de grupos da sociedade civil com diferentes propostas.

A dimensão e precariedade das instituições e uma configuração política específica do campo prisional paulista contribuem para que aqui surjam *grietas*, *agujeros*, espaços com (certa) liberdade de ação que escapam da normatização institucional. Parece ser justamente a existência de inúmeras fissuras no esquadramento do território carcerário em São Paulo que permite os caminhos de resistência – estes tão difíceis de serem trilhados frente à eficiência catalã.

11 Considerações Finais: a permanência no cárcere e o jogo da prisão

Assim como ocorre com o pesquisador, diante do fechamento característico da instituição prisional, o primeiro desafio para as entidades que queiram realizar projetos na prisão é conseguir se inserir nesse espaço pouco permeável à entrada da sociedade civil.

O início de um projeto no cárcere não é garantia de sua continuidade. Ao contrário, a permanência de pessoas externas à dinâmica prisional depende de sua capacidade para “jogar o jogo da prisão” e da posse de capitais sociais e simbólicos valorizados nesse jogo. A abertura do cárcere para a sociedade está sujeita a uma série de circunstâncias externas e independentes das entidades da sociedade civil, as quais podem comprometer a continuidade da intervenção.

21. Nesse sentido, ver as produções acerca das redes e dos códigos do mundo do crime além da prisão de Feltran (2011) e Telles (2010).

Em entrevistas com coordenadores e voluntários dos grupos da sociedade civil que realizam projetos na prisão, apareceram dificuldades comuns às suas intervenções no cárcere, dentre as quais:

- // a falta de referências de outros trabalhos, que possibilitem aprender com os erros e acertos de outra experiência, trazendo o conhecimento de outros *modos de fazer*;
- // dificuldades pessoais para a realização de um projeto no cárcere. O impacto físico e emocional de estar em uma prisão, o delicado equilíbrio entre a compreensão e o enfrentamento;
- // apurar o conhecimento sobre o funcionamento daquele espaço, pensar as redes de poder (e o nosso lugar nelas), descobrir os limites do trabalho e as linhas de fuga, dialogar com os tempos e com as burocracias da prisão, com as interferências externas e internas, e ainda, com a presença das facções criminosas (em São Paulo).

Passadas as dificuldades iniciais, a continuidade do projeto na prisão depende da capacidade e da habilidade política do grupo em sobreviver àquele contexto. Na experiência frente ao GDUCC e nos grupos analisados durante o percurso de pesquisa, foram identificados dois riscos comuns às entidades: o de serem absorvidas pela instituição ou de serem expurgadas do espaço prisional. Tais riscos estão associados ao posicionamento das entidades frente aos limites e aos papéis impostos pela instituição. Ao tentar preservar a sua autonomia, o voluntário anda na corda bamba, com o risco sempre presente de sair da linha e do jogo.

O principal desafio dos grupos que entram na prisão passa a ser o de preservar a autonomia do projeto frente ao exercício do poder institucional, que integra e domestica as ações que desafiam as configurações de poder no espaço prisional.

A produção do discurso institucional constitui o exercício de um poder que demarca o espaço que deve ser ocupado por aquele que vem de fora; o voluntário limita-se a estar no espaço que lhe foi designado, sem questionar a orientação institucional, principalmente em público.

Valverde Molina (1997, p. 159) adverte que o controle

institucional da prisão pode converter o voluntário em “mero colaborador, incondicional e silencioso, da instituição”. Se a entrada do voluntário não chega a perturbar a ordem prisional, não afetando sua dinâmica e rotina, isto é um sinal de absorção da ação voluntária por parte da instituição.

Ainda que a maioria dos grupos estudados tivessem metas e discursos muito próximos à perspectiva da reintegração social, nem sempre as intervenções no cotidiano prisional eram no sentido de diminuição qualitativa e quantitativa do cárcere.

Nesse sentido, defendemos que uma intervenção com o fim de reduzir o impacto da prisão na pessoa presa deve ter como objetivo mais amplo a modificação das estruturas penitenciárias. Na ausência desse objetivo corre-se o risco, a longo prazo, de as intervenções serem capturadas pela instituição prisional, de forma que a sociedade civil organizada seja instrumentalizada como poder disciplinar e de controle sob o indivíduo preso, em vez de reduzir os impactos e as rupturas causadas pelo sistema de justiça criminal.

A potência da intervenção da sociedade civil está na criação de espaços mais democráticos no interior dos cárceres e na diversificação das relações sociais no espaço prisional. Além disso, a presença de pessoas estranhas à dinâmica prisional relativiza a opacidade característica da prisão, incrementando o controle externo e a proteção contra os abusos de poder. E, a longo prazo, ela pode influenciar na direção política do sistema penitenciária e na forma de a sociedade se relacionar com o cárcere.

De tal sorte que a pesquisa empírica na prisão se inscreve no questionamento do tempo presente, desafiando as certezas e irredutibilidades a partir da perspectiva passada e futura: “nem sempre fomos o que somos, nem sempre seremos o que somos” (Foucault, 1995, p. 180). A partir do conhecimento das formas concretas que a prisão assume na atualidade, é possível questionar as práticas e os discursos que sustentam essa instituição falida há mais de dois séculos e repensar o lugar que a prisão ocupa na sociedade e nos indivíduos que a compõem.

////////////////////////////////////

12 Referências

- Baratta, A. (1981). Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral de ciência penal. *Revista de direito penal*, 1 (31), 5-37.
- Batista, N. (2001). *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro* (4 ed). Rio de Janeiro: Revan.
- Braga, A. G. M. (2012). *Reintegração social: discursos e práticas na prisão - um estudo comparado* (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil.
- Braga, A. G. M. (2013). *Preso pelo estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Castro, L. A. de. (2005). *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan.
- Cohen, S. (1985). *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*. Cambridge: Polity.
- Dias, J. F., & Andrade, M. da C. (1997). *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra.
- Feltran, G. de S. (2011). *Fronteiras de tensão: política e violência nas periferias de São Paulo*. São Paulo: UNESP/CEM.
- Foucault, M. (1995). O sujeito e o poder. In P. Rabinow, & H. Dreyfus. *Michel Foucault. Uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica*. São Paulo: Forense Universitária.
- Foucault, M. (2006). *Ditos e Escritos IV: Estratégia, Poder-Saber*. Rio de Janeiro: Forense.
- Garcia-Pablos de Molina, A. (1999). *Tratado de Criminología: Introducción, modelos teóricos explicativos de la criminalidad, prevención del delito, sistema de respuesta al crimen* (2 ed). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ginzburg, C. (1991). *Mitos, Emblemas, Sinais: Morfologia e História*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Goffman, E. (2005). *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectiva.
- Graciano, M. (2010). *A educação nas prisões: um estudo sobre a participação da sociedade civil* (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil.
- Kuhn, T. S. (2005). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva.
- Mathiesen, T. (1974). *The politics of abolition*. London: Martin Robertson.
- Mathiesen, T. (1997). O caminho do século XXI- Abolição, um sonho impossível? In E. Passetti, & R. B. Dias da Silva (Orgs). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM.
- Rivera Beiras, I. (2009). *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y política penitenciaria* (v. I). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Roldán Barbero, H. (2009). *Introducción a la investigación criminológica*. Granada: Comares.
- Sá, Alvino Augusto de. (2011). *Criminologia clínica e execução penal - proposta de um modelo de terceira geração*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Shecaira, S. S. (2012). *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Sutherland, E., & Cressey, D. (1996). *Criminologia*. Milano: Giuffrè Editore.
- Tappan, P. (2009). What is crime? In T. Newburn (Ed.). *Key readings in criminology*. Cullompton: Willan Publishing.
- Telles, Vera da Silva. (2010). *A cidade nas fronteiras do legal e ilegal*. Belo Horizonte: Argumentvm.
- Valverde Molina, J. (1997). *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*. Madrid: Editorial Popular.

CRIATIVIDADE NA ATIVIDADE REGULATÓRIA: quando o braço mecânico ganha vida própria // *Bruno Vinicius Luchi Paschoal*¹

Palavras-chave

Estratégias regulatórias / Regulação / Sanções / Nota Fiscal Paulista / ICMS

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Breves Considerações Metodológicas**
- 3 Múltiplas Estratégias, um Único Objetivo: O Programa Nota Fiscal Paulista**
 - 3.1 O que é a Nota Fiscal Paulista?
 - 3.2 Outros Programas criados a partir da Nota Fiscal Paulista
 - 3.3 Estratégias Regulatórias Vigentes antes da Criação da Nota Fiscal Paulista
 - 3.4 Estratégias Utilizadas pelo Programa Nota Fiscal Paulista para Cumprir seu Objetivo
 - 3.5 Detectors vs. Effectors;
 - 3.6 Por que uma Multiplicidade de estratégias?
- 4 Construindo a Nota Fiscal Paulista: das Regra de Sistemas às Regras Jurídicas**
 - 4.1 Como a Nota Fiscal Paulista foi Construída?
 - 4.1.1 A Construção Jurídica do Programa
 - 4.1.2 Criando um marco legal
 - 4.1.3 A construção infralegal
 - 4.2 O que a Arquitetura do NFP nos Ensina?
- 5 Conclusão**
- 6 Referências**

Resumo

O texto descreve o processo de criação do programa Nota Fiscal Paulista e as estratégias regulatórias que objetivam o pagamento do imposto ICMS pelos varejistas paulistas. Ele mostra que os administradores públicos podem ter grande autonomia regulatória e não precisam se limitar às estratégias de comandos apoiados por sanções punitivas. Essa autonomia, no entanto, pode ser limitada por diferentes fatores, o que leva a uma criação incremental dessas estratégias regulatórias.

1. Candidato ao título de Mestre em Políticas Públicas (MPP) pela Hertie School of Governance, em Berlim. Bolsista *Public Policy and Good Governance do DAAD (2013 – 2015)*. Bacharel em Direito pela USP (2009), Mestre em Direito e Desenvolvimento pela EDESP-FGV (2012). E-mail: b.paschoal@gmail.com

CREATIVITY IN REGULATION DESIGN: when the mechanical arm takes on a life of its own // *Bruno Vinicius Luchi Paschoal*

Keywords

Enforcement strategies / Tax regulation / Sanctions / Brazilian tax enforcement

////////////////////////////////////

Abstract:

This piece describes the creative process behind the sales tax incentive program known as *Nota Fiscal Paulista*, and the current strategies employed by the state government of São Paulo to enforce the payment of this tax by retailers. It illustrates how public administrators often enjoy great autonomy to create new strategies for regulation, no longer having to limit themselves to issuing commands backed by punitive sanctions. This creative space, however, may be limited by different factors, which have led to a policy of incremental policy implementation.

1 Introdução²

Nos dias de hoje, o Estado regula as mais diferentes coisas. Regulações sociais, econômicas, políticas, tributárias, ambientais, dentre outras dezenas, estabelecem direitos e deveres de forma a restringir e direcionar o comportamento dos regulados em direção a objetivos imediatos (curto prazo) e objetivos mediatos (longo prazo) pré-estabelecidos. Embora esse seja um tópico bastante tratado pelo direito, muitas das descrições de como esse sistema funciona parecem descoladas da realidade e mais confundem do que ajudam o leitor a entender os instrumentos que o Estado pode utilizar para regular a sociedade.

O presente texto procura mostrar que os gestores públicos – servidores dos Ministérios e Secretarias, da Administração Pública Direta – hoje possuem um alto grau de discricionariedade em sua atividade regulatória. As regras, tal como estabelecidas, permitem que os gestores criem diferentes mecanismos para atingir os mesmos objetivos, sempre utilizando o direito como instrumento, sem no entanto limitar-se ao formato do *command and control*.³

Apesar de bastante utilizada pelo Direito para regular a sociedade, a aplicação de comandos apoiados por sanções punitivas definitivamente não é a única forma jurídica possível para regular a sociedade. Embora essa ideia possa parecer bastante evidente ao leitor leigo – que talvez nunca tenha mesmo imaginado que uma organização tão grande como o Estado disponha apenas de comandos negativos e punições para garantir o cumprimento das normas – ela não é tão comum assim nos manuais e cursos de Direito⁴.

2. Esse texto é um dos frutos de uma pesquisa empírica realizada durante os meses de maio de 2011 a agosto de 2012, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito e Desenvolvimento pela EDESP. Agradeço imensamente a todos que colaboraram com ideias, comentários e críticas. Agradeço especialmente a Bárbara Marra, Bradley Hayes, Máira Rocha Machado e José Roberto Xavier pelas diversas revisões e comentários.

3. O paradigma do *command and control* é identificado por Lodge & Weigrich (2012, p. 21) como o “entendimento tradicional de regulação”. Nesse paradigma, “as regras são elaboradas e fiscalizadas pelas autoridades públicas”, além de haver “regulação estatal envolvendo comandos apoiados por sanções”.

4. Os instrumentos de *enforcement de qualquer tipo de lei – penal, administrativa, civil, etc. – parece não ter muito espaço no Brasil, onde essa questão é tratada de maneira bastante fragmentada. No Direito Administrativo, por exemplo, o chamado “Poder de Polícia”*

Estudos na área da Administração Pública há décadas já diferenciam estratégias utilizadas pelo Estado em sua atividade regulatória⁵. A persuasão – isto é, o uso de argumentos que buscam convencer uma determinada pessoa a alterar o seu comportamento destacando as consequências de sua adoção, sem no entanto lançar mão de qualquer sanção – é uma estratégia largamente empregada por ele. Exemplos são as campanhas publicitárias e cartilhas educativas, duas estratégias regulatórias que, assim como uma regra seguida de sanção, também buscam fazer os cidadãos cumprirem as leis. No entanto, muito pouco se ouve falar sobre a persuasão na literatura jurídica brasileira, embora também seja criada por meio de regras, tenha os mesmos objetivos dos comandos apoiados por sanções e seja desenvolvida por agentes públicos.

Para melhor compreender as estratégias regulatórias do Estado, é preciso levar em consideração que embora a autoridade e a possibilidade do uso da força sejam recursos importantes a sua disposição, eles não são os únicos. O Estado detém recursos de informação, de finanças, de organização e de autoridade que poucas outras instituições possuem. Esses recursos podem por ele ser utilizados – e efetivamente o são – para captar informações e criar estratégias que vão gerar impacto e mudanças que garantam o cumprimento de seus objetivos. Ou seja, eles podem ser usados (e são) para regular⁶.

Retirando todas as amarras ideológicas e doutrinárias

(*que seriam intervenções negativas*), o “Serviço Público” (*que seriam as intervenções positivas*) ou as “Intervenções do Estado na Economia” compreendem estratégias e instrumentos de *enforcement*, embora não se resumam a eles. Cada um desses temas é tratado de forma separada, sempre associados aos mais diversos princípios, o que leva muita gente a ter dificuldades de entender esse cenário. Cf. Di Pietro (2012, cap. 4 e 5, p. 99 - 128), Bandeira de Mello (2009, cap. 11, p. 664 - 695 e cap. 14, p. 811 - 839), Lopes Meireles (1998, cap. 3.7, p. 114 - 123) e até mesmo Marques Neto (2003) para entender a abordagem a que me refiro. Por meio dessa análise fragmentada, abstrata e cheia de regras e princípios, o leitor perde a clareza das opções e dos instrumentos que existem para, por exemplo, modificar comportamentos.

5. Cf. Dunsire (1978), Hood (1976), Ayres & Braithwaite (1992), Braithwaite (2002), Lodge & Weigrich (2012), dentre outros.

6. Hood & Margetts (2007) trazem uma interessante grade – NATO grid – que define esses quatro tipos de recursos e os instrumentos que podem ser criados a partir de cada um deles. Os recursos aqui mencionados foram dali retirados.

rias que muitas teorias do Direito e da Administração Pública buscam incutir-nos, é possível ver que, na verdade, ao Estado são facultadas todas aquelas estratégias que não são proibidas em lei⁷. Ao adotarmos um olhar finalista para as ações do Estado – isto é, se considerarmos que objetivos são pré-determinados pelo Estado para guiar as suas ações – e entendermos que os gestores e legisladores dispõem de quaisquer instrumentos não proibidos por lei para atingir esses fins, é possível visualizar a grande margem de criatividade dos gestores públicos. Poucos, no entanto, parecem se dar conta disso.

No entanto, as grandes dificuldades e complexidades da administração pública – os recursos escassos, o pouco tempo, a pouca familiaridade dos gestores com os assuntos que têm que resolver, dentre muitos outros fatores – parecem dificultar a ocorrência de mudanças regulatórias radicais e favorecer mudanças incrementais⁸. Assim, ao regulador cabe escolher, tendo em conta as restrições a que sua escolha está sujeita⁹, qual é o *meio* com maior chance de atingir o *objetivo* escolhido. Portanto, embora restrita, a margem de criatividade do gestor existe. O objetivo deste texto é evidenciar esse fato e ilustrá-lo com alguns dos instrumentos regulatórios existentes.

É preciso lembrar que, hoje, no Brasil, embora as regulações e as políticas públicas só comecem a valer a partir de sua promulgação por lei, o Poder Legislativo nem sempre participa da elaboração e da discussão das estratégias de regulação (*enforcement*)¹⁰. A com-

plexidade de alguns temas contribui para que algumas das regulações atuais sejam elaboradas por instituições do Poder Executivo que trabalham no dia a dia com o assunto, especialmente porque detêm muito mais informações sobre atividades da Administração Pública do que o Poder Legislativo.

Dessa forma, regulações e outras políticas públicas são muitas vezes elaboradas por órgãos do Poder Executivo, que redigem uma proposta de lei e a enviam ao Congresso para debate. Embora o Poder Legislativo possa vetar ou alterar as regulações, nem sempre as contribuições que traz são importantes. Há frequentemente tanto uma falta de informação e *expertise* sobre determinado assunto quanto uma impossibilidade de fazer alterações mais profundas em virtude das fortes coalizões que o governo possui no Legislativo. Além disso, aprovados os alicerces do projeto regulatório, sua *arquitetura* é realizada pela Administração Pública, por meio de decretos, resoluções e outras medidas legislativas. No caso aqui narrado, a Administração Pública não foi definitivamente o “braço mecânico do legislador”, mas a criadora de grande parte da regulação analisada¹¹.

Este texto busca convidar o leitor a refletir sobre o processo de criação de estratégias regulatórias pela Administração Pública no Brasil, especialmente no Estado de São Paulo. Para tanto, um determinado objetivo regulatório foi escolhido para ser estudado em maiores detalhes. O objetivo em questão é “garantir que o imposto ICMS seja devidamente pago pelas empresas varejistas”. A principal instituição responsável pela elaboração dessa regulação é a Secretária da Fazenda do Estado de São Paulo que, desde 2007, trouxe diferentes estratégias regulatórias para atingir esse objetivo. A maior parte dessas estratégias foi criada por um programa (conjunto de estratégias) chamado “Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal”, mas que ficou mais conhecido como Nota Fiscal Paulista (NFP). O programa e as outras estratégias empreendidas pela Fazenda Paulista para esse mesmo fim foram objeto de uma pesquisa empírica em formato de estudo de caso empreendida por este autor nos anos de 2011 e 2012¹².

11. A expressão “braço mecânico do legislador” foi retirado de Sundfeld (2012) que faz um interessante ensaio sobre o assunto.

12. Com estudo de caso, refiro-me a um método de inquirição em-

7. Até mesmo as que são proibidas em lei, desde que haja uma mudança prévia nessa lei. Afinal de contas, nada é imutável no Direito. Destaco que *lei aqui tem sentido amplo, englobando também princípios e decisões judiciais passadas*.

8. Essa oposição entre um sistema racional e compreensivo (que avalia a relação custo/benefício de todas as opções antes de escolher a *melhor* regulação possível) e outro incremental (em que a regulação é feita de forma gradativa, por meio de análises sucessivas) foi bem descrita e elaborada por Lindbloom (1959). Mais recentemente, Andrews (2012, cap. 7, p. 128 - 160) mostra como esse *incrementalismo* está presente nas políticas elaboradas por instituições internacionais de desenvolvimento.

9. Destaco que nem sempre o Estado estabelece os objetivos a priori e nem sempre o processo de criação de políticas públicas é tão linear quanto o texto procura mostrar. No entanto, essas são simplificações realizadas para facilitar a compreensão do que ocorre em grande parte das regulações.

10. Isso não ocorre apenas porque muito pode ser feito apenas por regras administrativas, conforme o texto mostrará.

Dessa forma, o texto está organizado em seis principais seções, incluindo esta introdução (primeira seção). A segunda seção tem como objetivo explicar de que maneira a pesquisa e este texto foram construídos. Para tanto, o método e as fontes utilizadas serão descritos e a utilidade de cada uma delas para a construção do texto será indicada.

A terceira seção busca descrever o programa Nota Fiscal Paulista e os programas governamentais ligados a ele. Explica-se o seu modo de funcionamento, abordando para tanto algumas questões relacionadas à multiplicidade de estratégias. Aqui, lança-se mão para realizar essa análise da *cultural theory*. O objetivo dessa seção é apontar para o leitor as diferentes estratégias regulatórias encontradas no caso estudado e o espaço de criatividade que os gestores tiveram para criar as estratégias regulatórias.

Em seguida, a quarta seção busca descrever, sucintamente, o modo de construção jurídica do programa Nota Fiscal Paulista. Entende-se que uma estratégia regulatória deve, invariavelmente, ser baseada em enunciados jurídicos, promulgados sob diferentes roupagens: leis, decretos, resoluções, portarias etc. O intuito dessa quarta parte é tanto desmitificar a ideia de que leis, políticas públicas e regulações são criadas pelo Legislativo e seguidas pela Administração Pública, quanto mostrar que os reguladores, no caso analisado, tiveram uma grande margem de discricionariedade e de criatividade para criar e estruturar as suas estratégias regulatórias. No entanto, a seção ressalta que o programa não foi criado por meio de uma análise racional e compreensiva de todas as possibilidades existentes, mas de maneira *incremental*.

Por fim, a quinta seção busca realizar uma breve conclusão e retomar os principais argumentos trazidos pelo texto.

pírica que “investigates a contemporary phenomenon within its real-life context, especially when the boundaries between phenomenon and context are not clearly evident” e que “copes with the technically distinctive situation in which there will be many more variables of interest than data points, and as one result relies on multiple sources of evidence, with data needing to converge in a triangulating fashion, and as another result benefits from the prior development of theoretical propositions to guide data collection and analysis.” Yin (2009, p. 18).

2 Breves considerações metodológicas

A pesquisa realizada utilizou o método do estudo de caso instrumental. Neste texto, assim como em toda a pesquisa realizada, o intuito não é avaliar as estratégias do programa Nota Fiscal Paulista (seus meios), nem tampouco se ele aumentou ou não a arrecadação estadual (seus objetivos). O programa possui um interesse secundário e exerce a função de facilitar a compreensão acerca de um outro tema: como uma regulação pode ser criada e quais são as estratégias que ela pode utilizar para atingir o seu objetivo. Esse programa é de especial interesse, uma vez que, diferentemente dos outros, ele não busca garantir o pagamento dos impostos primordialmente por meio de ameaças de punições (não somente em São Paulo, mas em todo o Brasil). Embora essa estratégia também faça parte do programa, ele também recorre a outras menos convencionais como prêmios, recompensas, persuasão etc. Dessa forma, é possível dizer que o caso interessa mais pela sua *forma* do que pelos seus resultados.

Para melhor compreender o modo de funcionamento e a criação do programa, optei por coletar informações de diferentes maneiras, utilizando fontes diversas. Dentre essas, destacam-se (i) livros e artigos jurídicos, (ii) notícias de jornal sobre o programa e seus antecessores, (iii) a legislação completa do programa, (iv) entrevistas semidiretivas com pessoas envolvidas na criação do programa e (v) observações pessoais do pesquisador.

Os (i) livros e artigos jurídicos foram utilizados para identificar e compreender questões, observações e paradigmas regulatórios. A maior parte dos textos utilizados durante a pesquisa eram estrangeiros, publicados especialmente na língua inglesa. A literatura utilizada está situada não apenas no campo do Direito, mas também em Políticas Públicas e Administração Pública, de forma a dar um caráter interdisciplinar às análises realizadas.

Já (ii) as notícias de jornal sobre o programa e seus antecessores foram bastante úteis, especialmente no momento inicial da pesquisa, para identificar pontos, questões e fatores relevantes para a compreensão e interpretação do programa Nota Fiscal Paulista.

A pesquisa também utilizou (iii) documentos relativos aos processos legislativos que deram origem às principais leis que regulam o programa. Dentre esses documentos, destacam-se os próprios textos normativos, os projetos de lei e suas propostas de emendas, as transcrições das sessões legislativas em que houve discussão pertinente e os pareceres das comissões.

No entanto, a principal fonte foram as (iv) entrevistas semidiretivas¹³. No total, foram realizadas 26 entrevistas, cada uma durando entre uma a duas horas. Dentre os entrevistados, encontram-se funcionários da Fazenda (17 entrevistas) e do PROCON (2 entrevistas), Deputados Estaduais e assessores (3 entrevistas e 1 entrevista, respectivamente), gestores de ONGs (2 entrevistas) e representantes de entidades comerciais (1 entrevista). Todas as entrevistas foram gravadas e transcritas por este pesquisador.

Além disso, (v) observações diretas e pessoais do pesquisador sobre o programa e sobre as impressões e manifestações públicas de seus usuários também foram importantes para a descrição do caso. Muitas informações a respeito da Nota Fiscal Paulista foram obtidas de maneira informal, em conversas com amigos, com lojistas dos estabelecimentos que frequentemente, com políticos e professores mais próximos e até mesmo nas filas e caixas de supermercados. Essas conversas não foram gravadas e analisadas posteriormente; no entanto, elas colaboraram das mais variadas formas para o desenvolvimento do caso.

Em todos os relatos e frutos da pesquisa sobre a Nota Fiscal Paulista, inclusive neste texto, fui obrigado a

selecionar alguns pontos e elementos encontrados para construir as análises e a própria narrativa. Dessa forma, este texto pode ser visto como uma história contada a partir da minha interpretação das informações coletadas, como uma realidade construída para um fim pré-determinado – isto é, entender as diferentes estratégias regulatórias utilizadas pelo Estado no caso estudado. Como diz Charmaz (2003, p. 272):

[...] the research products do not constitute the reality of the respondents' reality. Rather, each is a rendering, one interpretation among multiple interpretations, of a shared or individual reality. That interpretation is objectivist only to the extent that it seeks to construct analyses that show how respondents and the social scientists who study them construct those realities without viewing those realities as unidimensional, universal, and immutable. Researchers' attention to detail in the constructivist approach sensitizes them to multiple realities and the multiple viewpoints within them; it does not represent a quest to capture a single reality.

Note que este texto, em especial, contém descrições e narrativas bastantes simplificadas do caso Nota Fiscal Paulista. Para maiores informações e detalhes sobre as questões aqui abordadas, recomenda-se a leitura de Paschoal (2012) – trabalho mais extenso e detalhado sobre o programa Nota Fiscal Paulista.

Tecidas essas considerações metodológicas iniciais, partamos para o programa.

3 Múltiplas estratégias, um único objetivo: o programa Nota Fiscal Paulista

3.1 O que é a Nota Fiscal Paulista?

A “Nota Fiscal Paulista” foi instituída por meio do “Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal”. Criado em 2007, o programa tem como objetivo imediato garantir que todas as transações, ou a maior parte possível delas, ocorridas no varejo paulista sejam comunicadas para a Secretaria da Fazenda de maneira eletrônica.¹⁴

14. Cf. Lei Estadual 12.685/07.

13. As entrevistas realizadas podem ser classificadas como entrevistas em profundidade de formato semi-diretivo. Com essa denominação, refiro-me a entrevistas que buscam, a partir de formulações e perguntas abertas, obter a percepção do entrevistado sobre temas lançados pelo entrevistador. Levava para cada entrevista apenas cinco ou seis grandes pontos para serem discutidos; todas as outras perguntas variavam a partir do caminho que o entrevistado trilhava. A maior parte das perguntas realizadas pelo entrevistador durante as entrevistas não foi concluída – isto é, o entrevistado começa a responder antes do término da pergunta. Durante a maior parte das entrevistas, o entrevistado, após entender o ponto ou a ideia subjacente à formulação do entrevistador, interrompia-o e começava a tecer as suas considerações. No geral, todas as conversas foram realizadas de maneira bastante amigável, em escritórios, salas de reunião, cafés e, até mesmo, via Skype, com transmissão de vídeo.

O programa ganhou destaque devido às recompensas pagas aos consumidores que colaborarem com o processo de fiscalização, de cobrança e pagamento do ICMS. As recompensas previstas incluem a devolução de até 30% do valor do ICMS devido pelo estabelecimento comercial e o sorteio de milhões de prêmios em dinheiro todos os meses para consumidores e ONGs.

Desde a sua criação até outubro de 2013, o programa já havia distribuído mais de R\$ 7,5 bilhões em créditos para pessoas físicas e jurídicas e mais de R\$ 900 milhões em prêmios por meio de sorteios mensais. São mais de 15 milhões de pessoas físicas, 180 mil pessoas jurídicas e cerca de 3.870 entidades sociais que podem receber créditos e prêmios de documentos fiscais emitidos em mais de 1 milhão de estabelecimentos varejistas no Estado de São Paulo. Todos os meses, mais de 500 milhões de documentos fiscais são emitidos por essas empresas. Cerca de 34% desses documentos, ou seja, mais de 180 milhões mensais, possuem a indicação do CPF ou CNPJ do consumidor.¹⁵

O programa funciona da seguinte forma: a cada compra realizada no varejo paulista, o consumidor, ao realizar o pagamento da mercadoria, pede para que o vendedor inclua seu CPF no documento fiscal.¹⁶ Esse pedido força o vendedor a emitir o documento fiscal e reportar ao Estado a ocorrência daquela determinada “circulação de mercadorias”, fato gerador do ICMS.¹⁷

O vendedor não apenas tem que emitir uma via impressa do documento fiscal para o consumidor, mas também - mensalmente - enviar uma via eletrônica

15. Todos esses dados – e todos os outros dados estatísticos usados nesta subseção – foram elaborados e divulgados pela Secretaria da Fazenda no seguinte endereço virtual: http://bit.ly/placar_nfp [último acesso em 06/01/2014].

16. A Nota Fiscal Paulista compreende cinco diferentes tipos de documento fiscal: a) o cupom fiscal emitido por ECF; b) Nota Fiscal Modelo 2 (talão em papel); c) Nota Fiscal “Online”, em que há emissão diretamente no site do programa; d) Nota Fiscal Modelo 1 ou 1A, e; e) Nota Fiscal Eletrônica Modelo 55, que substituiu a Nota Fiscal Modelo 1 e 1A. Note que as opções “b” e “c” estão disponíveis apenas àqueles estabelecimentos que faturam até R\$ 120 mil por ano.

17. O ICMS é um imposto estadual que possui como fato gerador a circulação de mercadorias. Toda vez que determinada mercadoria deixa o estabelecimento A com destino tanto a um estabelecimento B ou ao consumidor final, há incidência de ICMS sobre o valor da venda do produto. As alíquotas deste imposto variam, no Estado de São Paulo, entre 7% e 25%, sendo a alíquota de 18% a mais comum.

para a Secretaria da Fazenda (SEFAZ). Essa via deve ser transmitida por meio do software Registro Eletrônico de Documento Fiscal (REDF), criado pela SEFAZ especialmente para o programa Nota Fiscal Paulista. O registro eletrônico é requisito para que o documento fiscal seja considerado válido e o não envio do documento fiscal implica na aplicação de multas, tanto pelo regulamento do programa Nota Fiscal Paulista, quanto pelo regulamento do ICMS (RICMS) e pela Lei 8.137/90 (ainda que embora as autoridades competentes para aplicar cada uma dessas penas sejam diferentes)¹⁸.

Uma vez registrado o documento fiscal em seus bancos de dados, a Fazenda apura o valor do crédito que será devolvido para o consumidor. Os créditos podem chegar a 30% do valor do ICMS pago pelo estabelecimento comercial naquele mês ou até 7,5% do valor gasto naquela transação.¹⁹ Eles são apurados em períodos diferentes e liberados para os consumidores a cada seis meses. Esse crédito pode ser depositado na conta corrente ou poupança do consumidor ou utilizado para o pagamento do IPVA de qualquer veículo. Os créditos possuem validade de cinco anos.

Além dos créditos, os consumidores também podem ganhar, a cada R\$ 100 em documentos fiscais, um bilhete eletrônico.²⁰ No início de cada mês, há o sorteio de 1,5 milhão de prêmios cujos valores variam entre R\$ 10 e R\$ 1 milhão cada. No total, todos os meses, são distribuídos R\$ 17 milhões em prêmios para os consumidores.

O papel fiscalizatório do consumidor, no entanto, não termina com a simples exigência do cupom fiscal, embora poucos saibam disso.²¹ Ele também consegue verificar – por meio de sua conta no site do programa – se todos os documentos fiscais com seu CPF foram registrados e aparecem em seu “extrato”.²²

18. Cf. Lei Estadual 12.685/07, art. 7º; Lei Estadual 6.374/89, art. 85, inciso IV, alínea “a” e Lei Federal 8.137/90, art. 1º, inciso V, respectivamente.

19. Cf. Lei Estadual 12.685/07, art. 2º.

20. Cf. Lei Estadual 12.685/07, Art. 3º, §2º. Uso a expressão “podem ganhar” pois é necessário que o usuário se registre na NFP e aceite os termos do sorteio antes de começar a ganhar bilhetes eletrônicos.

21. Pelas observações e comentários com outros usuários do programa, constatei que são poucos os que realmente tinham conhecimento desse fato.

22. O sistema da Nota Fiscal Paulista possibilita, inclusive, que o consumidor tenha acesso a imagem de cada um dos documentos

Caso algum esteja faltando, o consumidor pode dar início a uma reclamação, que pode vir a transformar-se em uma denúncia, que, por sua vez, pode transformar-se em uma autuação e dar início a um procedimento administrativo eletrônico de competência do Procon/SP. Para cada documento fiscal não emitido, não entregue ou não registrado, o estabelecimento comercial está sujeito a uma multa de até 100 UFESP, aproximadamente R\$ 1.800,00, conforme já mencionado acima.

Além disso, o programa também traz a previsão de uma outra punição ao varejista: a publicação de uma espécie de “lista suja” das empresas evasoras com a divulgação do número de reclamações sofridas por cada uma delas.²³ Essas listas podem trazer consequências negativas para a reputação de uma empresa e abalar as suas vendas.²⁴ No entanto, ela nunca foi implementada pela SEFAZ, existindo apenas no papel.

As entidades sociais que atuam em determinados segmentos – assistência social, saúde e meio-ambiente – também podem ganhar créditos e prêmios, desde que registradas no programa. As entidades podem ganhar créditos pelas compras das mercadorias registradas com o seu CNPJ, e também por cadastrarem, no site do programa, notas e cupons fiscais não identificados (sem CPF/CNPJ), referentes a compras realizadas por terceiros.

3.2 Outros programas criados a partir da Nota Fiscal Paulista

Além dessas funcionalidades, é possível verificar que o programa Nota Fiscal Paulista deu origem ou fomentou a criação de diferentes outros programas fazendários. Esses programas foram criados como

bases e acessórios para o programa Nota Fiscal Paulista ou tiveram sua origem a partir de necessidades advindas de sua criação. Quase todos eles buscam facilitar a captação de informações sobre os regulados e suas transações; eles não buscam mudar comportamentos, mas obter informações que, depois, poderão fomentar outras estratégias. Dentre eles, destaco quatro programas: (i) a Nota Fiscal Online (ii) o REDF – Registro Eletrônico de Documento Fiscal; (iii) o SAT – Sistema Autenticador de Transmissão e o (iv) DEC – Domicílio Eletrônico do Contribuinte, com o “Aviso Fiscal”.

A (i) Nota Fiscal Online é um novo tipo de documento fiscal criado pelo programa Nota Fiscal Paulista.²⁵ Segundo o site da Fazenda, “a Nota Fiscal Online é o documento emitido eletronicamente, diretamente no site da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, por opção do contribuinte, em substituição à nota fiscal de venda a consumidor, visando registrar as operações relativas à venda de mercadorias”.²⁶ Ela tem o objetivo de facilitar a emissão do documento fiscal pelo contribuinte e o respectivo envio dessa informação para o governo. Seu principal público alvo são pequenos comerciantes, especialmente aqueles do ramo de *delivery*.²⁷

Já o (ii) REDF é um *software* criado pela Secretaria da Fazenda, com a ajuda da PRODESP, que permite que todos os documentos fiscais emitidos em papel ou *off-line* sejam transformados em um arquivo eletrônico e enviados mensalmente para a Secretaria da Fazenda.²⁸ “Ele é um programa que o estabelecimento baixa em seu ambiente interno; [o contribuinte] formata todos os documentos emitidos dentro [do REDF], ou digita, ou importa os dados para este pro-

fiscais registrados em sua conta. Ele pode até mesmo imprimir uma nova via do documento fiscal pelo site e utilizá-la para, por exemplo, trocar a mercadoria adquirida. Essa funcionalidade, no entanto, não é muito conhecida entre os usuários, talvez por falta de publicidade da SEFAZ acerca dessa funcionalidade.

23. Cf. Lei Estadual 12.685/07, art. 7º.

24. Apenas como ilustração, destaca-se que o DataSenado – instituto de pesquisa vinculado ao Senado Federal – realizou em 2008 uma enquete chamada “Eleições 2008 – O impacto eleitoral da lista suja”. Nessa pesquisa, 88% dos entrevistados disseram que “o fato de um candidato estar na lista suja [mudaria] o seu voto”. Para maiores informações, cf. <http://bit.ly/HQzlfj> [último acesso em 06/01/2014].

25. Cf. Portaria CAT 94/07.

26. Para maiores informações, cf. <http://bit.ly/PbwS1s> [último acesso em 06/01/2014].

27. Entrevista 08 (139). Note que nas referências às entrevistas há um número entre parênteses logo após a indicação de seu número. Esse número diz respeito ao número de entrada do trecho que contém o conteúdo utilizado como citação. Não há nenhuma entrada em números pares, mas apenas em números ímpares (com exceção da entrevista 02, em que vale o exato contrário); isto porque estes números pares são linhas em branco que separam os diálogos. Em todas as transcrições, há intercalação de uma fala do entrevistador e outra do entrevistado.

28. Cf. Portaria CAT 85/07.

grama [que] vai conectar com a Fazenda”, por meio de *webservice*, “e vai transmitir as informações”.²⁹ Com o REDF, todas (ou quase todas) as notas fiscais referentes ao varejo – com todos os itens vendidos e todos os dados dos compradores, uma vez que “todas as informações tanto da nota fiscal quanto do cupom têm que estar dentro do REDF”³⁰ – passaram a ser registradas no banco de dados da Secretaria da Fazenda. Esse enorme banco de dados já está sendo utilizado para fomentar a fiscalização tributária, por meio do cruzamento dos dados realizados em avançados *softwares* de *Business Intelligence*.³¹

O (iii) SAT é um projeto que também foi criado a partir da experiência da Nota Fiscal Paulista, como uma evolução ao ECF e ao processo do REDF.³² Com o SAT, “o cupom fiscal que estava em papel, que era transcrito para um arquivo texto e enviado para a Fazenda, será agora convertido para um cupom fiscal eletrônico mesmo, individual, com a assinatura digital”.³³ Com ele, os estabelecimentos comerciais não vão mais ter que imprimir o papel ou fazer o REDF “porque a própria maquininha já fica responsável por gerar o documento e transmitir para a Fazenda”.³⁴ Ele também deverá ser bem mais barato do que o ECF: estima-se que custará um décimo do preço, cerca de R\$ 400. O SAT também visa ajudar o contribuinte a cumprir a nova obrigação acessória trazida pela Nota Fiscal Paulista – isto é, o envio do documento fiscal para a Secretaria da Fazenda. Sua criação foi estimulada a partir da experiência da Nota Fiscal Paulista.

Por fim, o (iv) DEC é uma caixa postal eletrônica do contribuinte para o recebimento de mensagens da Fazenda, uma espécie de “e-mail oficial”. Por meio do DEC, “toda comunicação da SEFAZ do interesse do contribuinte poderá chegar através de sua caixa postal eletrônica”. Uma das possíveis mensagens que podem ser enviadas pela Fazenda ao contribuinte via DEC é o “aviso fiscal”.³⁵ Dentre outras coisas, o avi-

so informará ao contribuinte que, a partir do cruzamento de dados, foi encontrada alguma divergência entre as informações presentes no banco de dados da Fazenda e aquelas declaradas³⁶. Essa divergência, inclusive, será apontada e especificada ao contribuinte, de forma a evitar a necessidade de busca de esclarecimentos junto à SEFAZ. O “aviso fiscal” é bastante interessante para a empresa, pois possibilita a autorregularização, sem qualquer incidência de multa, uma vez que não acarreta a quebra da espontaneidade do contribuinte.³⁷

3.3 Estratégias regulatórias vigentes antes da criação da Nota Fiscal Paulista

É preciso lembrar que a Nota Fiscal Paulista foi criada em um contexto regulatório no qual já existiam outras estratégias vigentes. O uso de sanções punitivas, como a multa e até mesmo a prisão, são estratégias utilizadas há décadas pelo Estado para regular essa questão. Campanhas educativas, ações nas escolas, propagandas na TV e avisos sobre os caixas do estabelecimento são também exemplos de estratégias persuasivas implementadas pelo Estado de São Paulo para tratar do pagamento de impostos nas últimas décadas.³⁸ Inclusive, o próprio uso de loterias fiscais dos mais variados tipos – Talão da Fortuna (sorteio), Turma do Paulistinha (álbum de figurinhas), além de outros – já haviam sido estabelecidos no Estado de São Paulo nos últimos 50 anos, embora desde a dé-

29. Entrevista 15 (111).

30. Entrevista 15 (115).

31. O *software* de BI (*Business Intelligence*) utilizado pela Fazenda é o *Business Object*.

32. Entrevista 17 (89). Cf. Ajuste SINIEF N° 11/10.

33. Entrevista 08 (167).

34. Entrevista 14 (119).

35. Cf. art 2º, III da Lei Estadual 13.819/09.

36. Com os dados obtidos pela Fazenda – sejam eles oriundos de declarações de cartão de crédito e débito, GIAs ou Notas Fiscais Eletrônicas, como a Nota Fiscal Paulista – diversos cruzamentos são realizados e muitas empresas são analisadas e comparadas com seus pares por meio de índices de comportamento médio do setor.

37. A não exclusão da espontaneidade da denúncia não está claramente determinada no programa DEC do Estado de São Paulo, embora tenha sido mencionada em entrevistas. No entanto, o programa DEC municipal – idealizado pelas mesmas pessoas que o estadual – estabelece que “a expedição de avisos por meio do DEC, a que se refere o inciso III do “caput” deste artigo, não exclui a espontaneidade da denúncia nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional” (Lei Municipal 15.406/11 - SP, art. 42, parágrafo único).

38. Com “avisos sobre os caixas” refiro-me à obrigação dos estabelecimentos comerciais paulistas afixarem, sobre o caixa de suas empresas, a seguinte mensagem “Sonegar é crime! Quem paga por ele? Você. Sua única defesa: exija a Nota Fiscal.” (Art. 1º da Lei Estadual 9.990/98). Para exemplos de campanhas educativas, cf. portaria interministerial MF/MEC n. 413/02.

cada de 1990 não estivessem vigentes³⁹.

Quero, com essa observação, chamar a atenção para o fato de que políticas regulatórias são, usualmente, idealizadas em ambientes nos quais já estão vigentes outras políticas similares com os mesmos objetivos. Isso gera, muitas vezes, um *overlap* (ao menos teórico) de estratégias – isto é, duas estratégias com sanções semelhantes. No cenário em questão, por exemplo, um estabelecimento comercial que não emita o documento fiscal está sujeito – ao menos, em teoria, a três multas diferentes: pela Lei Estadual 6.374/89 (RICMS), pela Lei Federal 8.137/90 e pela Lei Estadual 12.685/07 (Nota Fiscal Paulista). Essas punições têm como sujeitos ativos instituições diferentes, como a Procuradoria da Fazenda (RICMS e NFP) ou o próprio Ministério Público – no caso de alguém entender que houve ali a prática de um ato criminal previsto na lei 8.137/90. Embora não exista qualquer proibição legal que impeça que todas essas estratégias funcionem ao mesmo tempo, talvez essa multiplicidade de procedimentos possa ser questionada ou avaliada em termos de sua eficiência, uma vez que a princípio o *retrabalho* parece ser ineficiente.⁴⁰

3.4 Estratégias utilizadas pelo programa Nota Fiscal Paulista para cumprir seu objetivo

A *Tabela 1* abriga uma análise “finalística” do direito e faz uso de uma gramática que inclui: *objetivos ime-*

39. Ao longo dos últimos cinquenta anos, no Estado de São Paulo, diversos programas com o objetivo de induzir o contribuinte varejista a emitir o documento fiscal foram criados. O primeiro que consegui identificar foi o Talão da Fortuna, vigente entre 1964 e 1970. Nele, os consumidores juntavam as notas fiscais e dirigiam-se até estabelecimentos comerciais cadastrados pelo governo, que efetuavam a troca destas notas por talões de sorteio. Cada Cr\$ 50 mil em documento fiscais podia ser trocado por um talão, que dava direito a prêmios de até um milhão de cruzeiros. Depois deste, teve também o Turma do Paulistinha (álbum de figurinhas que, quando completado, dava direito a concorrer a prêmios, na década de 1980), além dos Programas de Educação Fiscal das décadas de 1990/2000 – em que não havia distribuição de prêmios, mas apenas a persuasão de contribuintes e consumidores por meio de atividades educativas. Para uma descrição mais completa desses programas, recomenda-se a leitura de Batista (2012) ou Paschoal (2012).

40. Com “retrabalho” refiro-me ao ato de refazer um trabalho, de realizar uma atividade já realizada por uma outra pessoa ou instituição. Embora no caso descrito não haja violação formal do princípio do *non bis in idem*, por serem diferentes os sujeitos ativos, nota-se a possibilidade de aplicação da mesma estratégia punitiva três vezes.

diatos, isto é, aqueles que a regulação busca atingir como um todo; *objetivos mediatos*, ou seja, aqueles objetivos intermediários, utilizados para garantir a consecução dos objetivos imediatos; e *estratégias regulatórias*, que são os meios utilizados para atingir os objetivos dados. Busca-se consolidar as diferentes estratégias que a SEFAZ utiliza para garantir, de maneira imediata, que o documento fiscal seja emitido (objetivo imediato) e, conseqüentemente, o imposto ICMS seja pago (objetivo mediato) pelo estabelecimento varejista paulista.

Organizar as estratégias existentes em categorias ajuda o leitor a visualizar as diferentes opções e enxergar de que forma elas se relacionam. Com a referida tabela, é possível notar que para obter um mesmo objetivo mediato, o Estado utiliza *diferentes estratégias*, que vão muito além de simples comandos e sanções – como a persuasão, e a ajuda⁴¹.

Além disso, a tabela mostra que estratégias regulatórias que buscam o mesmo objetivo podem ser *direcionadas a sujeitos diferentes*. No caso em questão, algumas estratégias são direcionadas aos contribuintes; outras, aos consumidores e às ONGs. Embora isso possa parecer trivial, é interessante notar que a Administração Pública pode criar estratégias direcionadas a terceiros (consumidores, ONGs) para que esses colaborem para influenciar o comportamento do “regulado” (estabelecimento varejista). Inclusive, no caso analisado, por exemplo, a aliança com os consumidores e ONGs foi fundamental para atingir um objetivo que a fiscalização do Estado certamente não conseguiria atingir sozinha. Afinal de contas, como fiscalizar sozinho bilhões de transações comerciais realizadas todos os meses em milhares de estabelecimentos comerciais diferentes?

41. Chamo aqui de persuasão as práticas que tendem a incentivar um ator a adotar o comportamento desejado sem, no entanto, utilizar prêmios ou recompensas. Dessa forma, a persuasão tende a adotar duas principais técnicas: (a) informar ao destinatário o objetivo mediato da intervenção e pedir a sua colaboração; (b) informar ao destinatário as sanções às quais está sujeito, caso venha, ou não, praticar o comportamento (in)desejado. No caso estudado, a ajuda pode assumir duas principais formas: (a) a facilitação de certos trâmites, com a criação e o aprimoramento de instrumentos e meios que tornem a sua adoção mais simples e menos custosa; (b) a explicitação dos procedimentos e de outras informações necessárias à adoção da conduta desejada.

Objetivo mediato: fazer com que contribuintes varejistas paguem ICMS com a ocorrência de seu fato gerador.
Objetivo imediato: fazer com que contribuintes varejistas emitam documento fiscal nas transações que efetuarem.

Destinatários das Normas	Estratégias com sanção		Estratégias sem sanção	
	Refere-se à ação passada: atuam após a emissão ou não da Nota Fiscal.		Refere-se à ação passada ou futura: atuam antes ou depois da emissão ou não da Nota Fiscal	
	Sanções punitivas	Sanções premiaias	Persuasão	Ajuda
Contribuintes	(A) Multa e Prisão: Lei Federal 8.137/90, art. 1º, inciso V	Não identificado.	(C2) Programa Aviso Fiscal: Lei 13.918/09, artigo 2º, III.	(D1) SAT Fiscal: Ajuste SINIEF Nº 11/10,
	(A) Multa RICMS: Lei Estadual 6.374/89, art. 85, inciso IV, alínea “a”			(D2) Comunicados CAT. Ex. Comunicado CAT 56/12.
	(A) Multa NFP: Lei Estadual 12.685/07, art. 7º.			(D1) Nota Fiscal Online: Portaria CAT 94/07.
	(A) Ranking de reclamações e denúncias sofridas por empresas. Lei Estadual 12.685/07, art. 7º.			(D2) Call Center - 0800. Lei 12.685/07, art. 6º, §único.
Consumidores	Não identificado.	(B) Créditos: Lei estadual 12.685/07, art. 2º. Também válido para ONGs.	(C1) Programa de Educação Fiscal para a Cidadania e Programa Nacional de Educação Fiscal: Portaria interministerial MF/MEC n. 413/02.	(D1) Meios eletrônicos pra participar da Nota Fiscal Paulista. Ex. Resolução 82/10, 21/08, 14/08, etc.
		(B) Prêmios: Lei estadual 12.685/07, Art. 3º, §2º. Também válido para ONGs.	(C1) Cartaz com dizeres para consumidor pedir nota fiscal: Lei Estadual 9.990/98, art. 1º.	
			(C1) Pergunta “CPF na nota?”: Lei Estadual 12.685/07, art. 6-B	

Tabela 1. Quadro comparativo das estratégias regulatórias. Fonte: elaborado pelo autor

3.5 Detectors vs. Effectors;

Para aplicar grande parte das estratégias destacadas acima, é preciso ter informações que possibilitem a sua aplicação. Por exemplo, para aplicar uma multa é preciso *detectar* aqueles contribuintes que não pagaram o imposto ou que cometeram alguma infração. No entanto, num universo de mais de 1 milhão de contribuintes, saber quais olhar e quando aplicar a multa é um trabalho que exige, antes de mais nada, *informação*.

Hood e Margetts (2007) importam da robótica uma distinção bastante interessante para realçar os procedimentos utilizados pelo Estado para essa função. De acordo com ela, o Estado possui instrumentos de detecção (*detectors*), que são “todos aqueles que o governo utiliza para obter informação”; e os instrumentos de ação (*effectors*), que são “os instrumentos que o governo utiliza para tentar causar impactos no mundo externo”. Embora a tabela acima trate apenas dessa segunda categoria, o programa Nota Fiscal Paulista também trouxe inúmeros instrumentos de detecção.

O banco de dados criado a partir da Nota Fiscal Paulista é, certamente, um dos maiores avanços trazidos pelo programa. As 27 bilhões de transações varejistas que ele possui – que cresce num ritmo de mais de 500 milhões por mês – possibilita à SEFAZ criar instrumentos e análises bastante precisas do comportamento dos estabelecimentos comerciais. Com isso, ela consegue com maior facilidade, por exemplo, saber onde há maiores chances de haver sonegação de ICMS e direcionar suas estratégias persuasivas ou punitivas.⁴²

Para obter essas informações, a SEFAZ criou estratégias direcionadas a sujeitos diferentes. Para os estabelecimentos varejistas, por exemplo, existe o dever de enviar, todos os meses, o documento fiscal de todas as transações varejistas realizadas – por meio do REDF ou do SAT fiscal. Nesse modelo, os próprios regulados fornecem as informações para os reguladores.

Os consumidores também contribuem para que o

42. Análises simples, como verificar quais estabelecimentos têm um alto nível de emissão (superior a 30%) de nota Fiscal com CPF (o que indicaria que ele só está emitindo as notas fiscais quando requisitados pelos clientes) ou análises mais complexas que um banco de dados com mais de 20 bilhões de entradas possibilita são resultados importantes trazidos pelo programa NFP. Entrevista 12 (41).

Estado obtenha informações. Por meio de iniciativas como o *call-center* e, especialmente, por meio das reclamações e denúncias *online*, os cidadãos levam informações ao Estado. Por tudo ser realizado de maneira *online*, os custos de transação para os consumidores são bastante baixos, o que certamente contribuiu para o recebimento das mais de 160.000 denúncias que já possibilitaram à SEFAZ gerar quase 23 mil autos de infração.⁴³

Destaque-se que as informações obtidas com o programa Nota Fiscal Paulista podem ser utilizadas não apenas para delinear e definir estratégias aplicáveis ao próprio programa, mas também a *outras áreas* e atividades da Administração Pública. Entender como os consumidores e como os estabelecimentos operam é importante para que novas estratégias de controle possam ser desenvolvidas. Além disso, com o uso intenso de recursos de TI e de *informação* (o que Hood e Margetts (2007) chamam de *nodality*), um acompanhamento em tempo real do comportamento dos regulados se torna cada vez mais factível. Assim, quando um estabelecimento varejista estiver “fora da curva”, uma mensagem pode ser-lhe logo enviada e, caso a situação persista, uma fiscalização poderá ser realizada e sanções talvez aplicadas⁴⁴.

3.6 Por que uma multiplicidade de estratégias?

As pessoas possuem motivações distintas para seguir as regras (e motivações distintas para seguir diferentes tipos de regras). Embora parte da literatura

43. Informações retiradas da página da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. <http://bit.ly/1hWwwfs> [último acesso em 06/01/2014].

44. Entrevista 14 (273): “Você pega massas de dados gigantescas, que é o que o Nota Paulista proporciona [...]. O que que você faz? [O Business Object] é um programa que consegue analisar volumes de dados gigantes e traçar comportamentos. Então, ele gera uma equação; no final de contas, é isso. Então, ele fala “70% do pessoal nestas situações... estão nesta situação”. O que que é legal isto para mim? A cada nota emitida, que eu recebo na Nota Paulista, eu poderia ver: este cara está na equação? ‘Ah está na equação; então ele está normal’; Ah, ‘este cara não tá; então este cara deve estar sonegando’. É prova? Não. Mas é indicio. Então, com isso eu conseguiria ter um processo de fiscalização muito mais rápido.” Sobre o tempo real: “O sonho dele [do Secretário] era o que... esta parte de Nota Paulista e o SAT vinha neste sentido é quase como se eu pegasse a sonegação mais ou menos na hora. Sabe aquela coisa de filme? De ‘olha, o cara agora está emitindo cupom fraudado, vai lá...? Mão na cabeça, tal”. Entrevista 14 (269).

jurídica entenda o “medo da punição” - ou a própria punição – como o principal motivo de obediência às normas, esse não é o único motivo que faz as pessoas seguirem as regras. Afinal de contas, as chances de ser sancionado usualmente são bastante pequenas, pois não apenas o fato tem que ser descoberto, mas todo um complexo processo de responsabilização e gestão da sanção tem que ser realizado pelo Estado.

É fato, contudo, que as pessoas tendem a acreditar que seus riscos são maiores do que são, especialmente quando leem nos jornais ou ouvem por meio de algum conhecido que uma pessoa que se lhes assemelha levou uma multa ou sofreu uma sanção por aquele determinado comportamento.⁴⁵ No entanto, não é verossímil afirmar que a punição é o principal motivo pelo qual alguém segue uma regra. É possível imaginar que grande parte das pessoas seguem as regras não por medo da punição, mas simplesmente porque essas são as regras e porque acreditam que aquelas regras são válidas e úteis para o convívio social.⁴⁶

Isso nos leva à ideia de que as pessoas têm motivações diferentes para seguirem regras e que, portanto, devem existir instrumentos e estratégias regulatórias mais aptas a modificar o comportamento dos diferentes grupos sociais. Para tentar elucidar essas diferenças, importo aqui uma análise trazida pela *cultural theory*, que utiliza dois elementos diferentes – *grid* e *group* – para identificar quatro tipos ideais de grupos sociais.⁴⁷ Ressalte-se contudo que se trata de uma análise que simplifica a realidade ao criar *grupos ideais* que, muitas vezes, não existem exatamente na forma ideal. No entanto, trata-se de uma forma útil de mostrar essas diferentes motivações para o cumprimento da norma.⁴⁸

45. Thaler e Sunstein (2008) destacam a *representativeness* como um dos elementos utilizados pelo *Automated System dos indivíduos* (aquele não racional) para definir as suas ações.

46. Esse é, inclusive, um dos principais pontos inovadores da teoria de Hart (2009).

47. A *cultural theory* foi criada por Mary Douglas, ainda nos anos 1960. Ela foi bastante influente na literatura da área. A fonte aqui utilizada, no entanto, não é ela, mas sim as obras de Hood (1998, cap. 1, p. 4 - 22) e Lodge e Wegrich (2012) que, certamente, se inspiraram na teoria de Douglas para criar as suas versões.

48. É preciso destacar, no entanto, que a teoria original sugere que os grupos ideias tendem a se fortalecer e a aparecer cada vez mais

Lodge e Wegrich (2012, p. 80) adaptaram a grade teórica da *cultural theory* utilizando dois elementos: a disposição de seguir as regras (“*willingness to comply*”) e o grau de conhecimento dos requisitos regulatórios (“*level of knowledge about regulatory requirements*”). Dessa forma, obtém quatro grupos de cidadãos, que classificam como: “*amoral calculators*”, aqueles que são bem informados, mas que não querem obedecer à lei; *honest triers*, aqueles que são bem informados e querem obedecer à lei; *principled objectors*, aqueles que são mal informados e não querem obedecer à lei; *organization incompetents*, aqueles que são mal informados ou possuem poucos recursos, mas que no fundo querem obedecer à lei.

Para cada um desses grupos, as estratégias regulatórias atuam de forma diferente e têm efeitos colaterais que são variados. A orientação, por exemplo, é uma estratégia que parece mais adequada para levar os *organization incompetents* a cumprir a lei. Afinal de contas, para eles, cumprir ou não a lei é mais uma questão de saber *como seguir* do que, propriamente, *ser forçado a seguir*. Num universo de mais de 1 milhão de contribuintes, com dezenas de regras e centenas de páginas apenas sobre o pagamento do ICMS, é bastante cabível supor que existam ao menos milhares de contribuintes de boa-fé que queiram obedecer à lei, mas por um motivo ou outro acabem não emitindo o documento fiscal e recolhendo o imposto devido.

No entanto, a orientação seria de pouca utilidade para, por exemplo, influenciar um *amoral calculator*. Este já é bem informado, mas não segue a lei porque faz cálculos sobre sua chance de ser punido. – Em outras palavras, quando o risco da punição é menor do que o benefício aferido com o descumprimento da regra, ele não a segue. Nesses casos, o uso de estratégias sancionatórias parece mais útil, pois as sanções desequilibram o custo benefício de agir em conformidade (por meio de recompensas) ou em contrariedade (por meio de punições) à lei – ao menos é isso que se espera.

Campanhas publicitárias, por sua vez, parecem boas

de forma *pura*. Segundo Hood (1998, p. 10), “to some extent the structure may help to generate the belief and values [...]. And the same goes for other forms of organization. Only when the structure matches the appropriate values and beliefs can an organization or way of life be ‘viable’.”

		Disposição em cumprir a lei	
		Baixo	Alto
Nível de conhecimento do conteúdo da lei	Alto	Amoral Calculators bem informado sobre a lei não disposto a cumprir a lei	Honest triers bem informado sobre a lei disposto a cumprir a lei
	Baixo	Principled objectors mau informado sobre a lei não disposto a cumprir a lei	Organizationally incompetent mau informado sobre a lei disposto a cumprir a lei

Tabela 2. Disposição em cumprir a lei vs. nível de conhecimento da lei. Fonte: Lodge & Wegrich (2012, p. 80).

estratégias para fazer com que *principled objectors* se informem sobre a importância do pagamento de impostos e, assim, talvez, mudem o seu comportamento. Muitos não têm ideia da importância dos impostos para a sociedade e sobre quem realmente paga a conta da sonegação. O alto nível de corrupção e uma mídia conservadora, muitas vezes, ajudam a criar nos cidadãos a ideia de que pagar impostos não vale a pena. A sonegação fiscal no Brasil é grande e, diferente do que se possa imaginar, nem sempre são as grandes empresas as principais responsáveis pela maior parte dos recursos sonegados. Até mesmo porque os grandes contribuintes são bem fiscalizados e monitorados pelas entidades tributárias.⁴⁹ Pesquisas mostram que, de um modo geral, grande parte dos prejuízos da “sonegação” podem decorrer dos comportamentos de “pequenos sonegadores” que, quando considerados como um todo, trazem um prejuízo imenso à sociedade⁵⁰.

Por sua vez, os *honest triers*, aqueles que seguem as regras simplesmente porque elas são as regras, parecem entender a importância do pagamento dos impostos e efetivamente optam por pagar os seus impostos. Ou talvez não entendam a importância,

49. Para os grandes contribuintes, a Receita Federal, por exemplo, criou uma delegacia especializada, a “Delegacia Especial de Maiores Contribuintes/DEMAC”, com sede no Rio de Janeiro. Para maiores informações, cf. Portaria RFB nº 547/2010.

50. Experimentos no campo da psicologia social mostram que os grandes impactos do *cheating* são criados por “*little cheaters*” e não pelos “*big cheaters*”. Cf. Ariely (2012). Há um vídeo – “*The Truth About Dishonesty*” – com os principais pontos de seu argumento disponível em <http://bit.ly/19Pfbif> [último acesso em 06/01/2014].

mas pagam mesmo assim já que essa é uma regra e eles acreditam que regras devem ser cumpridas. Embora nenhuma estratégia seja, a princípio, necessária para modificar o comportamento de *honest triers*, é possível pensar que estratégias aplicadas (ou não aplicadas) a outros grupos podem trazer impactos para eles. Por exemplo, caso comecem a perceber que muitas pessoas sonegam os impostos sem sofrer qualquer malefício (obtendo muitas vezes até mesmo vantagens indevidas numa competição de mercado), um *honest trier* pode achar que não vale mais a pena cumprir a lei e se tornar um *amoral calculator*.⁵¹

Estar ciente de que estratégias regulatórias – e sua falência ou sucesso – podem ter impactos negativos não desejados ou não imaginados previamente parece ser de bastante importância para o regulador e/ou gestor. Um outro exemplo de como esses impactos podem ser criados é com o uso *desproporcional* – na perspectiva do regulado – de pesadas sanções punitivas para aqueles que cometeram pequenos erros. Assim, aplicar uma multa de quase R\$ 20.000 para uma empresa que sempre pagou os impostos em dia, mas que, num descuido deixou de emitir 10 notas – ou não soube usar o software direito – tem consequências negativas importantes. Isso pode fazer com que um *organizationally incompetent* fique revoltado por ter sido tratado dessa forma e também vire um *amoral calculator*, o que exigiria muito mais esforços do Estado para mudar o seu comportamento no futuro.

51. Os conceitos trazidos nesse parágrafo e nos quatro abaixo foram adaptados a partir das ideias de Lodge & Wegrich (2012).

Talvez cientes desses riscos, os criadores da multa do Nota Fiscal Paulista tenham pensado no sistema de descontos existentes e, na prática, aguardam 20 denúncias realizadas antes de aplicar qualquer multa.⁵²

Estar ciente de que as motivações para cumprir as regras não são iguais para todos e que elas podem variar com o passar do tempo e das interações com o Estado é algo relevante e que deve ser levado em consideração na criação de uma política regulatória. É importante ter ciência da existência dessa larga margem de criatividade e dos pontos fortes e fracos das opções regulatórias para, frente a um determinado caso, escolher a *melhor* estratégia possível. Como diz Grabosky (1995, p. 258):

The complexity of public policy, of organizational behavior, and of human nature is such that the achievement of regulatory objectives will usually require not a 'magic bullet', but rather a combination of policy tools.

No entanto, embora a multiplicidade de estratégias existentes para garantir o pagamento de ICMS no estado de São Paulo pareça, ao menos na teoria, conseguir incentivar os diferentes tipos de regulados a seguirem objetivos imediatos propostos pelo Estado, não encontrei na pesquisa fatos que me levassem a crer que isso tenha sido levado em consideração pela equipe da Nota Fiscal Paulista – não, ao menos, de uma forma racional.

4 Construindo a Nota Fiscal Paulista: das regras de sistemas às regras jurídicas

Definir objetivos regulatórios prévios, entender as diferentes motivações dos regulados, comparar a eficiência de diferentes estratégias e, ao final, criar a estratégia mais eficiente não parece tão comum na prática quanto a teoria gostaria. As limitações dos recursos à disposição dos gestores – sejam elas relacionadas a tempo, dinheiro, funcionários ou sistemas de TI – criam cenários em que muito raramente as polí-

52. De acordo com informações das entrevistas, é a cada 20 denúncias apuradas contra a mesma empresa que o sistema cria um bloco de denúncias. Esse bloco vai para um outro fiscal que então “confere, assina digitalmente e encaminha para frente”. Entrevista 14 (129).

ticas que regulam um setor são determinadas dessa forma. É fato que, muitas vezes, a Administração Pública tem que criar programas e tomar decisões sem saber a fundo quais serão os resultados almejados ou quais são alguns dos outros meios possíveis para atingir esses mesmos fins (muitas vezes, ela sequer sabe que eles existem). É uma ilusão pensar que os gestores realmente pensam em todas as estratégias possíveis e investigam os seus impactos e só depois tomam a decisão de qual estratégia adotar. Na Administração Pública, as decisões são muitas vezes *incrementais* e dificilmente são efetivamente testadas antes de serem aplicadas.⁵³ Muitas vezes, os gestores não conseguem nem distinguir meios e fins em suas políticas, tamanha complexidade dos problemas e limitações de seus recursos.⁵⁴ Embora a história da Nota Fiscal Paulista tenha sido inovadora, sua criação foi feita de maneira *incremental*.

Todas as estratégias, contudo, possuem um elemento em comum: elas são formalmente criadas e regulada por meio de regras jurídicas. Por mais que as regulações, programas governamentais e políticas públicas tenham que ser pensadas, criadas, preparadas e desenvolvidas tecnicamente, elas só *ganham*

53. O que Lindbloom (1959) chama de “*science of muddling through*” consiste num modelo de comparações sucessivas, em que as políticas são criadas de maneira incremental, passo a passo. Dadas as limitações de recursos mencionados acima, ele chama esse modelo de *branch*, uma que vez que há pequenas modificações em uma estrutura já pré-concebida (como galhos que crescem em árvores). Um outro modelo possível, em oposição a esse primeiro e que também analisamos aqui, seria o modelo *root*, em que se refaz toda a estrutura regulatória. Esse *incrementalismo* faz com que, muitas vezes, mudanças radicais e instrumentos inovadores não sejam tão comuns nas políticas regulatórias do Estado. Especialmente porque muitos assuntos são complexos e envolvem diferentes instituições e *stakeholders* que nem sempre estão dispostos a modificar e abandonar as estratégias já utilizadas para recomeçar tudo novamente.

54. Tanto durante as entrevistas, quanto depois da conclusão do trabalho, ouvi de alguns gestores do programa que a organização das estratégias e parte da análise desenvolvida em minha pesquisa era bastante *interessante* e que “nunca tinha pensado dessa forma” sobre o programa que eles mesmos criaram. O olhar macro e *a posteriori* do pesquisador permite observar coisas e relações que aqueles que estão envolvidos diariamente com o programa nunca puderam ver. Parece nunca ter havido uma análise da estratégia de regulação para garantir o pagamento de ICMS, uma vez que servidores de diferentes órgãos realizam esses programas e muitas vezes não tinham um olhar macro sobre as outras estratégias existentes, até mesmo por desconhecê-las.

vida quando as primeiras regras jurídicas são editadas. Antes disso não existem no mundo jurídico e não são oponíveis a terceiros. Num Estado, como o atual, em que vigora “*a government of laws, not men*”⁵⁵, a edição de regras para guiar a ação do Estado é fundamental. Como visto, todas as estratégias regulatórias da Nota Fiscal Paulista possuem um ou mais fundamentos legais – sejam eles Leis, Decretos, Resoluções, Portarias ou outros.

O objetivo desta seção é narrar a história de criação do programa para mostrar de que maneira ele foi construído e como ele foi regulado juridicamente. Espero, com isso, mostrar que embora a Administração Pública tenha tido um alto grau de criatividade e discricionariedade para criar o programa, ele não foi criado por meio de análises racionais e compreensivas de custos-benefícios. Como veremos na seção seguinte, o que ocorreu foi uma adaptação de um programa similar – o “Nota Fiscal Paulista” – tido pelos gestores envolvidos como uma boa forma para incentivar o pagamento de ICMS. Espero mostrar também que o Legislativo pouco participou em seu processo de criação, explorando os motivos pelos quais isso aconteceu.

4.1 Como a Nota Fiscal Paulista foi construída?

Embora a ideia de premiar os consumidores já tivesse sido utilizada pelo Estado por diversas vezes ao longo dos últimos cinquenta anos,⁵⁶ não consegui identificar por meio de entrevistas ou análise documental qualquer influência direta desses programas no processo de construção da Nota Fiscal Paulista.

Pelo que pude pesquisar, o programa NFP foi diretamente inspirado no programa Nota Fiscal de Serviços Eletrônica da Prefeitura Municipal de São Paulo (NFE Municipal).⁵⁷ Ambos foram coordenados por dois fun-

cionários de carreira da Receita Federal, que trabalham juntos há quase duas décadas: Mauro Ricardo e George Tormin.⁵⁸ Eles assumiram a Secretaria Municipal da Fazenda quando José Serra venceu as eleições municipais de 2004. Mauro, mais próximo de Serra, tornou-se o Secretário e George, o Adjunto.

Em 2005, logo nos primeiros meses de sua gestão, os Secretários ouviram falar sobre um interessante programa que estava sendo implementado pela prefeitura de Angra dos Reis – RJ, um programa de Nota Fiscal Eletrônica Municipal.⁵⁹ George queria saber mais sobre o programa e foi até a Prefeitura de Angra conversar com os responsáveis pela sua gestão.⁶⁰ Ele gostou bastante do projeto – nele vislumbrando uma ótima maneira de aumentar a arrecadação do ISS sem aumentar sua alíquota – e decidiu trazer a ideia para a Prefeitura de São Paulo.⁶¹ A ideia também agradou o então Secretário de Finanças e o Prefeito, que autorizou a implantação do programa.⁶²

O projeto de lei prevendo a criação do programa no município de São Paulo (PL 634/05) foi encaminhado pelo Prefeito José Serra à Câmara Municipal, em outubro de 2005, sendo aprovado dois meses depois e convertendo-se na Lei Municipal 14.097/05. Pouco mais de seis meses depois, em junho de 2006, o programa começou a operar na capital paulista.

No entanto, nesse mesmo ano, o então Prefeito José Serra foi eleito Governador do Estado de São Paulo e levou Mauro e George para a Secretaria da Fazenda. Entusiasmados com o programa da NFS-e Municipal, especialmente porque deixaram seu comando logo que ele estava ganhando fôlego, os Secretários decidiram trazer a ideia para o âmbito estadual. Pensavam eles que o projeto que dá certo numa cidade como São Paulo, daria certo em qualquer lugar.⁶³

55. Pelo que puder pesquisar, essa célebre frase aparece, pela primeira vez, “*Novanglus*” *Essay* n. VIII em 1775 escrito por John Adams: [...] If Aristotle, Livy, and Harrington knew what a republic was, the British constitution is much more like a republic than an empire. They define a republic to be a *government of laws, and not of men.* [...] Disponível em: <http://bit.ly/1g3ibvv>.

56. Cf. nota 37, *supra*.

57. Entrevista 02 (14, 136), entrevista 03 (13), entrevista 06 (05, 17), entrevista 08 (15, 31), entrevista 10 (09), entrevista 13 (05,149), entrevista 14 (13), entrevista 17 (09, 13, 21).

58. Entrevista 02 (14, 96), entrevista 03 (13), entrevista 06 (05), entrevista 08 (15, 27), entrevista 10 (09), entrevista 13 (05), entrevista 14 (05, 29, 193), entrevista 17 (09, 21, 25).

59. O programa, em Angra dos Reis, também se chama Nota Fiscal Eletrônica de Serviços e é regulado pela Lei Municipal 1.445/03.

60. Entrevista 06 (05).

61. Entrevista 02 (14, 136), entrevista 06 (05, 17, 137), entrevista 08 (31) e entrevista 17 (09).

62. Entrevista 06 (56).

63. Entrevista 06 (17), Entrevista 13 (29), Entrevista 23 (3).

A ideia, portanto, era realizar as adaptações necessárias ao projeto já existente e colocar em funcionamento o programa no nível estadual o quanto antes. Apesar de já terem um “pouquinho a experiência da Nota Fiscal Eletrônica de Serviços”⁶⁴, serviços e mercadorias nunca foram muito compatíveis⁶⁵. No entanto, os Secretários provavelmente só viriam a perceber isso algum tempo depois, uma vez que eles não conheciam muito bem o ICMS e sua complexidade.⁶⁶

Para o desenvolvimento do projeto, um grupo de trabalho, coordenado pelo Secretário George, foi formado.⁶⁷ Representantes de diversas partes da Fazenda – como os Diretores das áreas de tecnologia e de informações, assim como funcionários das áreas de fiscalização, arrecadação e jurídica⁶⁸ – encontravam-se, ao menos, toda sexta-feira de manhã para discutir o projeto,⁶⁹ embora muitos se reunissem diariamente com George.⁷⁰ Apesar de, ao mesmo tempo, existirem outros importantes projetos sendo desenvolvidos e expandidos pela Fazenda – como a substituição tributária e a Nota Fiscal Eletrônica Federativa (NFE) – e ser necessário tocar todas as outras atividades rotineiras da administração tributária, os principais esforços da SEFAZ foram voltados para a criação da Nota Fiscal Eletrônica do Estado de São Paulo⁷¹ – que iria ser batizada, num futuro próximo, de Nota Fiscal Paulista.⁷²

Nessas reuniões, tarefas eram atribuídas e contas eram prestadas. Eram “reuniões definindo, batendo

o martelo”⁷³; os integrantes da equipe estavam estudando o programa da NFS-e e pensando em como poderia ser o programa estadual; essas ideias eram submetidas à aprovação do Secretário Adjunto e, quando necessário, do Secretário Mauro.⁷⁴

O projeto foi dividido em diferentes módulos, que começaram a ser gradualmente desenvolvidos. Cada uma das funcionalidades do programa deveria estar inserida dentro de um dado módulo, sendo que, muitas vezes, cada uma delas necessitava de um módulo próprio. Uma vez que a equipe chegava a um consenso sobre quais funcionalidades deveriam estar incorporadas em determinado módulo, iniciava-se uma fase “quase integral de escrevê-lo”.⁷⁵ Para cada um deles, era feita uma “regra de negócios” – documento definido por um dos entrevistados como “a lógica do sistema, o que ele deve fazer, porque ele deve fazer, como é que ele deve fazer, mas sem entrar nos aspectos de implementação de sistemas”⁷⁶. Em outras palavras, essa regra definia “o que o sistema deveria fazer, quais seriam as funcionalidades que o consumidor poderia acessar, o que a fiscalização poderia acessar, como seriam os documentos fiscais que seriam armazenados nessa base de dados”,⁷⁷ dentre outras coisas.

Concluída essa etapa em que já havia uma importante contribuição da consultoria jurídico-legislativa da Fazenda, fazia-se uma “proposta de ordem” que poderia ou não ser aprovada pelos Secretários.⁷⁸ Caso fosse aprovada, a proposta era enviada para o pessoal de sistemas desenvolvê-la.⁷⁹ O sistema de cada módulo era depois testado internamente. Caso funcionasse, era aprovado e uma norma jurídica que regulasse esse módulo era promulgada. Na maior parte dos casos, essa norma era uma Resolução do Secretário da Fazenda. Em seguida, um novo módulo começava a ser definido e desenvolvido.

4.1.1 A construção jurídica do programa Além do aspecto técnico-administrativo, uma políti-

64. Entrevista 13 (149)

65. Entrevista 08 (31)

66. Esta maior complexidade do ICMS em relação ao ISS foi mencionada por grande parte dos entrevistados: Entrevista 02 (18), Entrevista 03 (15), Entrevista 06 (17 e 101), Entrevista 08 (15, 35 e 59), Entrevista 10 (09), Entrevista 12 (21 e 33), Entrevista 13 (05), Entrevista 14 (05), Entrevista 17 (25).

67. Entrevista 17 (25),

68. Entrevista 17 (25), Entrevista 14 (201), Entrevista 23 (3)

69. Entrevista 17 (25)

70. Entrevista 06 (101).

71. A alta prioridade que o programa teve dentro da gestão de Mauro e George foi citado por diversos entrevistados: entrevista 02 (59), entrevista 06 (51), entrevista 07 (47), entrevista 08 (15, 27, 39), entrevista 14 (333), entrevista 17 (25).

72. O nome Nota Fiscal Paulista foi dado, segundo um dos entrevistados, pelo Secretário Mauro Ricardo, para substituir o termo Nota Fiscal Eletrônica, que vinha sendo utilizado pelos gestores e pela imprensa, para batizar o programa. Essa substituição foi feliz e evitou a confusão dos programas Nota Fiscal Eletrônica e o Nota Fiscal Paulista [entrevista 17 (21)].

73. Entrevista 06 (101)

74. Entrevista 08 (35).

75. Entrevista 08 (23).

76. Entrevista 08 (19).

77. Entrevista 08 (23).

78. Entrevista 08 (19).

79. Entrevista 08 (23).

ca pública também possui um aspecto jurídico. Todo programa ou política pública só pode ser formalmente criado por meio de uma lei ou de algum outro tipo de regra jurídica. Trata-se de um pressuposto do Estado de Direito que é contemplado tanto na Constituição Federal, pela obediência ao princípio da legalidade (art. 37), quanto na Constituição do Estado de São Paulo (art. 111). Portanto, é possível dizer que o direito e as regras jurídicas são os instrumentos pelos quais os programas governamentais e as políticas públicas ganham existência formal no mundo atual – embora isso não signifique, como mostrado acima, que os programas ou políticas tenham *nascido* nesse ponto. Muito trabalho é realizada previamente à promulgação da regra.

A construção jurídica de um programa governamental geralmente se dá em duas diferentes etapas. Primeiro, leis gerais são aprovadas pelo Parlamento para depois serem regulamentadas pela Administração Pública por meio de atos infralegais como decretos, portarias, resoluções etc. Como disse um dos entrevistados, embora todas as leis “sejam aprovadas na Assembleia Legislativa ou no Congresso Nacional, [elas] são aprovadas com uma certa técnica de elaboração de texto que deixa um espaço suficiente para a regulação do Executivo [...] e dentro desse espaço dá para fazer muita coisa”.⁸⁰

No caso da Nota Fiscal Paulista, a construção jurídica começou na mesma época da construção do programa. Representantes da Consultoria Tributária da Fazenda paulista – órgão responsável pela elaboração de todas as regras jurídicas do programa – participaram de todas as reuniões iniciais. Nelas, o papel da área jurídica era tanto o de colocar “quais eram os limites que a lei impunha e que não poderiam ser transpostos nas ideias” quanto “ir delineando as grandes regras [...]”.⁸¹

Sempre existem limitações de todos os lados, como de informática – por que às vezes não é viável de alguma forma; limitações operacionais; de ordem política, onde não se desejava ou desejava fazer algum coisa e limitações jurí-

*dicas, que a [Consultoria Tributária tinha] tinha que seguir, sempre de acordo com a primeira lei aprovada.*⁸²

Essa “primeira lei” viria a ser um dos primeiros passos para a construção do programa. Antes dela, no entanto, foi criada a “parte tributária do projeto, o REDF, e os ajustes que levaram a criação de novas obrigações acessórias para o contribuinte”. E, em seguida, elaborou-se uma parte “quase tributária”, aquela diretamente relacionada ao programa Nota Fiscal Paulista.

4.1.2 Criando um marco legal

O projeto de lei que criou o programa foi elaborado integralmente dentro da Secretaria da Fazenda. A proposta normativa de criação do programa foi elaborada pelo próprio secretário George junto com o pessoal da Consultoria Tributária e da área de negócios, uma vez que ela tinha que estar alinhada com o que se entendia que o sistema deveria fazer.⁸³ O projeto de lei, como dito acima, continha previsões bem genéricas do que poderia ser o programa, abrindo possibilidades para a Secretaria, mais tarde, regular cuidadosamente cada um dos módulos por meio de decretos ou resoluções. Assim, no projeto de lei inicial já havia previsão: (i) de estabelecimento de um cronograma, embora esse ainda não tivesse sido elaborado; (ii) de instituição de sistema de sorteio de prêmios, mesmo que isso só viesse a ocorrer no final de 2008; e (iii) de previsão da participação de entidades assistenciais, que só começaram a participar do programa em 2009.⁸⁴

Durante todo o processo legislativo, o projeto de lei sofreu 20 diferentes propostas de emendas. Todas as emendas, com exceção das subemendas, foram propostas por deputados da oposição. Foram aprovadas apenas a emenda aglutinativa nº 20,⁸⁵ as emendas de pauta

82. Entrevista 23 (67).

83. Entrevista 08 (23), Entrevista 06 (175), Entrevista 23 (03).

84. Artigo 4º do projeto de Lei 544/07.

85. A Emenda Aglutinativa foi feita durante o próprio Congresso de Comissões. Ela é uma “espécie de emenda que se propõe a fundir textos de outras emendas ou a fundir texto de emenda com texto de proposição principal.” Definição obtida no site da Câmara dos Deputados; disponível em: <http://bit.ly/z0s1Sc> [último acesso em 06/01/2014].

80. Entrevista 23 (39).

81. Entrevista 23 (67).

nº 1, 3, 10 e 14 e a subemenda à emenda 9, na forma apresentada no parecer do Relator Especial da CCJ.⁸⁶ As demais emendas e subemendas foram rejeitadas.

Em um breve e condensado resumo, é possível dizer que as principais contribuições e críticas trazidas durante o processo legislativo diziam respeito aos seguintes tópicos: (i) a forma unilateral pela qual o governo Serra construiu o programa e, isto é, a pressão exercida sobre deputados para que aprovassem seus projetos rapidamente⁸⁷; (ii) a um suposto vício processual ocorrido no Congresso de Comissões;⁸⁸ (iii) ao pouco tempo que os deputados tiveram para apresentar emendas;⁸⁹ (iv) às críticas em relação ao conceito de cidadania fiscal trazido pelo programa e em relação ao seu nome;⁹⁰ (v) às reclamações sobre a complexidade do cálculo dos créditos e à irrelevância, para os consumidores, dos valores a serem distribuídos na forma de créditos;⁹¹ (vi) à forma pela qual a audiência pública foi feita;⁹² (vii) aos custos e ônus que o programa traria para as pequenas e microempresas;⁹³ (viii) às dúvidas sobre as dificuldades a serem enfrentadas pela população para se beneficiar do programa, uma vez que ele era *online* e muitas pessoas não têm familiaridade com o computador;⁹⁴ (ix) à suposta perda que os municípios e alguns entes públicos com receitas vinculadas ao ICMS poderiam

ter com os créditos trazidos pelo programa.⁹⁵

Embora muitas dessas críticas e observações sejam bastante relevantes, elas não foram longamente debatidas e as mudanças que o projeto de lei sofreu foram mínimas. Dentre as mudanças sofridas, destacam-se as seguintes: (i) financiamento da Nossa Caixa para qualquer gasto que o programa NFP pudesse ocasionar para o comerciante; (ii) a proibição de eventuais prejuízos que poderiam ser causados pelas devoluções do programa⁹⁶; (iii) a garantia de que o aumento da arrecadação gerado pelo programa fosse adicionado à arrecadação “normal” do Estado;⁹⁷ (iv) e o dever de prestar contas para a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP).⁹⁸

Em suma, embora o Projeto de Lei tenha sido alvo de debates na ALESP (muitos projetos nem chegam a ser debatidos, mas são deliberados e acordados no Colégio de Líderes)⁹⁹, ele sofreu poucas alterações substanciais. As principais modificações parecem dizer respeito a um aumento da acessibilidade ao programa, além de explicitar deveres institucionais a serem cumpridos pela própria Fazenda.

Isso já era o esperado pelo pessoal da Fazenda. “Como o governo naquela época, como agora, tinha a maioria na ALESP, todas as alterações foram negociadas entre a base política do governo e a chefia do Executivo [...]”.¹⁰⁰ “O governador de São Paulo, nos últimos anos, tem maioria tranquila na ALESP; dificilmente se aprova alguma coisa contra a iniciativa do Executivo”.¹⁰¹

4.1.3 A construção infralegal

Com a base legal do programa aprovada, parecia possível começar a sua construção infralegal por meio de decretos do governador e de resoluções do próprio secretário da Fazenda. No mesmo dia da

86. Transcrição Integral da Sessão Ordinária 81/2007, p. 86.

87. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 10.

88. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 14 e p. 16. Destaco que o Congresso de Comissões é uma prática comum na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Ele busca reunir diferentes comissões parlamentares de forma a dar maior celeridade ao processo legislativo. Alguns deputados criticam esse instituto e veem nele “uma forma disfarçada de dar celeridade aos projetos de interesse do Executivo. Quando o Executivo quer, três dias depois de o projeto chegar à Casa ele está pronto para votação”. Cf. Transcrição Integral da Sessão Ordinária 48/2012, p. 20.

89. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 25.

90. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Ordinária 81/2007, p. 47.

91. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 47 e p. 53.

92. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 49.

93. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 16, 18 e 19.

94. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 16/2007, p. 18.

95. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 16/2007, p. 26.

96. Cf. Emenda de Pauta 01 ao PL 544/2007.

97. Cf. Emenda de Pauta 10 ao PL 544/2007.

98. Cf. Emenda de Pauta 03 ao PL 544/2007.

99. Cf. Bambini (2009), Figueiredo & Limongi (1995), Limongi (2006) e Abrucio (1998).

100. Entrevista 23 (27)

101. Entrevista 23 (31).

aprovação da Lei, o governador promulgou um decreto regulamentando o programa. Esse documento, praticamente, tem o mesmo conteúdo que a lei aprovada. Note que, nesse momento, o programa ainda não estava integralmente desenvolvido. Muitos módulos – como os de cálculo de créditos, de retirada de dinheiro, de sorteio, de processamento de denúncias e reclamações, dentre outros – ainda não estavam prontos ou regulamentados. Todavia, os já existentes permitiam que o programa fosse implementado.

Cada módulo do programa possui diversas normas regulamentando-o. As diretrizes básicas são dadas pela Lei 12.685/07 e por suas respectivas alterações. O programa conta com decretos para regulamentar dois aspectos principais: o próprio programa como um todo – caso do Decreto 52.096/07, revogado pelo Decreto 54.179/09, hoje vigente – e os valores e os procedimentos para a aplicação das penalidades criadas pelo programa. Todo o restante da regulação, inclusive a descrição dos pormenores de cada um de seus módulos e funcionalidades, foram feitas por meio de resoluções promulgadas numa média de duas por mês.

Um dos entrevistados descreve esse processo de regulamentação infralegal.

Cada secretaria tem sua prática. O que foi estabelecido como norma de procedimento [área jurídica] dentro do programa é que as normas de natureza tributária foram publicadas em Portarias, porque essa era a estrutura jurídica que já existia na SEFAZ e que era muito maior do que o programa NFP. [...] Assim, o REDF (Registro Eletrônico de Documento Fiscal) é regulado por Portarias da CAT. Tudo que não precisasse alterar Lei era disciplinado de forma geral nos decretos, seja o que aplica penalidades, seja o Decreto que disciplina os créditos. Então tem dois grandes Decretos que controlam essas coisas. [...] Abaixo dos decretos você tem as resoluções da SEFAZ disciplinando cálculos do crédito ou prêmios, mas não disciplinando matéria tributária e nem penalidades, pois penalidades são também ligadas ao Procon. Então tem três grupos, [além da lei e do decreto geral]: as penalidades com o Procon, por meio de

decreto; o cálculo e devolução do crédito e os sorteios em resoluções da SEFAZ e obrigações acessórias tributárias (REDF) com portarias.¹⁰²

Um dos entrevistados também ressalta que, além de todas as regras jurídicas descritas acima,

“também publicamos uma outra série de normas denominadas comunicados CAT. Esses não introduzem inovações no campo jurídico, mas orientam contribuintes para alguma situação específica que começa a ficar recorrente, porque tem elevado número de perguntas – ou alguma empresa ou associação leva uma questão relevante para a SEFAZ e diz que o assunto está gerando dúvidas e precisa ser esclarecido”

Além disso, há ainda um último tipo que são as Decisões Normativas da CAT “feitas quando há um conflito aparente de normas dentro da SEFAZ”.¹⁰³ Embora essas regras sejam assinadas por pessoas diferentes – Decreto pelo Governador, Resoluções pelo Secretário e Portarias, Comunicado e Decisões Normativas pelo coordenador da CAT – elas foram todas elaboradas pelo mesmo órgão: a Consultoria Tributária.¹⁰⁴ De acordo com um levantamento efetuado, o programa Nota Fiscal Paulista, desde sua criação até setembro de 2012, foi regulado por cinco leis (sendo uma lei principal e quatro alterações, das quais duas foram de iniciativa de deputados e duas do governador), sete decretos, dezoito portarias, dois comunicados CAT e cento e quatro resoluções, sendo seis destas em conjunto com outras secretarias estaduais e sessenta e nove relativas ao módulo de sorteios (especialmente porque para cada sorteio havia a publicação de até três resoluções para regulá-lo).

O programa sofreu diversas alterações ao longo de sua existência. Cada uma destas, teve que ser acompanhada pela criação de uma nova regra jurídica que alterava a então vigente. Esse processo de alteração normativa é descrito por um dos entrevistados.

A gente sabia que a alteração de legislação, em

102. Entrevista 23 (93).

103. Entrevista 23 (101).

104. Entrevista 23 (113).

nível de lei, é muito difícil; assim, é muito pontual. Você tem uma lei feita, depois você altera ela, sei lá, daqui um ano; depois você altera de novo daqui um ano, é [realmente] uma coisa muito pontual. Então, a gente acumulava as coisas para poder discutir e ser incluso [na próxima alteração legal]. Já a alteração de decreto era uma coisa mais fácil [pois dependia apenas do governador, que dava suporte integral ao programa]. E alteração de resolução – resolução e portaria – estava no âmbito da Fazenda, então era [ainda] mais fácil. Então, estas coisas que envolviam Lei, a gente era muito cuidadoso para poder fazer uma coisa que não tivesse erro, porque não teria chance de consertar depois – quer dizer, teria chance de consertar muito depois. Por isso, eram processos que normalmente acumulavam algumas demandas e quando surgia uma possibilidade – que era política – a gente fazia uma alteração da lei que incluía as pendências. Algumas coisas – a maioria – passava; outras coisas, os próprios deputados solicitavam inclusão na Assembleia. Assim, havia outras demandas que se não viessem direto do Executivo, o Legislativo mesmo se propunha a incluir na Assembleia Legislativa e era votado [lá mesmo]. Mas eram poucas.¹⁰⁵

Para fazer uma mudança legal, na verdade,

Primeiro é feito não um projeto de lei, mas um projeto de mudança: como é hoje, o que está sendo proposto, porque está sendo proposta, quais impactos que vai gerar, seja de aumento de arrecadação, perda de arrecadação, efeitos... Tudo isso é discutido no âmbito da SEFAZ. Se dentro da SEFAZ e da CAT a ideia foi aprovada, ela é apresentada ao Secretário da Fazenda, que se entender conveniente leva esse projeto para o Governador, como faz com um projeto de negócio. Se o governador estiver de acordo para a mudança, isso volta toda a cadeia para poder começar a executar a mudança. Se depender de uma lei, será escrito dentro da SEFAZ uma minuta de projeto de lei; se precisar de um Decreto, será escrito o Decreto... mas

*isso é analisado como um projeto, não como um projeto jurídico apenas, mas como um projeto de negócio.*¹⁰⁶

Desde sua criação, em 2007, o programa foi alterado por meio de quatro diferentes leis: duas propostas pela Secretaria da Fazenda e duas propostas por deputados da ALESP.

Há ainda cinco projetos de lei que aguardam votação na ALESP, todos de iniciativa de Deputados; desses, três projetos visam a incluir algum tipo de entidade do terceiro setor como beneficiária do programa (PL 144/2011, PL 150/2011, 237/2011); outro visa a garantir a devolução dos créditos usados pelo consumidor para pagar seu IPVA caso ele tenha seu carro roubado (PL 109/2009); e o último visa a criar a obrigação de maior divulgação do programa dentro de cada estabelecimento comercial (PL 671/2009).

Nenhuma dessas leis ou projetos de lei efetuados por deputados possuem o potencial de alterar substancialmente o programa, mas lidam apenas com aspectos secundários. Isso talvez não cause surpresas, uma vez que, realmente, o programa é extremamente complexo e há uma grande clivagem de informação e de capacidade para a realização de alterações técnicas entre a Fazenda e a ALESP. Um dos entrevistados ressalta esse ponto ao dizer que

*“o debate dentro do Legislativo é desigual pois eles [a Fazenda] têm todas as informações e a gente não tem acesso a todas as estatísticas, tudo isso. Então, às vezes, é difícil você poder contribuir mais no debate.”*¹⁰⁷

4.2 O que a arquitetura do NFP nos ensina?
A história narrada acima mostra que a política regulatória estudada foi criada numa atividade mista de *incrementalismo* e inovação. Se, por um lado, o programa foi criado a partir de um modelo já existente (Nota Fiscal Paulista), muitas ferramentas foram exclusivamente pensadas para resolver os problemas e as particularidades que os gestores enfrentaram durante a *adaptação* do programa. Enquanto

105. Entrevista 08 (115).

106. Entrevista 23 (121).

107. Entrevista 08 (155)

muitas delas tenham sido desenvolvidas a partir de necessidades e erros e acertos, outras foram feitas por mera intuição dos secretários ou dos gestores de que aquilo poderia dar certo.¹⁰⁸

Conforme registrado pelos próprios entrevistados, eles não tinham ideia do que o programa iria se tornar quando começaram.¹⁰⁹ A partir de uma ideia de um Secretário de adaptar um programa que achou que seria bom para o Estado, a SEFAZ criou diferentes estratégias regulatórias. Essas foram sendo desenvolvidas gradualmente, seja porque algumas eram pré-requisitos de outras (ex: necessidade do REDF para sistema funcionar); ou porque imprevistos apareceram que tiveram ser corrigidos (como o sorteio para compensar baixo ou o incerto valor dos créditos em sistema de ICMS, participação de ONGs para cadastrar cupons não registrados); ou porque novas oportunidades apareceram a partir dos trabalhos já desenvolvidos (como a criação do SAT, uma modernização do REDF ou o aviso fiscal).

Assim, é possível afirmar que o programa Nota Fiscal Paulista foi criado da maneira *incremental*, sem que grandes estudos, grandes experimentos ou projetos pilotos tenham sido feitos para avaliar se ela seria a melhor solução possível para atingir o fim desejado. Nesse processo, novas ferramentas foram pensadas e incorporadas, e embora muitas pareçam bastante inovadoras – como os sorteios e créditos – trata-se apenas de velhas ideias em nova roupagem. Até os instrumentos de detecção trazidos pelo programa – que são bastante inovadores – foram criados de forma *incremental* e nada mais são do que evoluções

108. Como dito anteriormente, o programa Nota Fiscal de Serviços Eletrônica implementado pelo Prefeitura de São Paulo foi comprado da empresa TIPLAN, a mesma empresa que havia desenvolvido o sistema da Prefeitura de Angra dos Reis. Depois de São Paulo, essa empresa vendeu essa mesma solução para diversos outros municípios (como Manaus, Campinas, Blumenau, dentre outras). A Nota Fiscal Paulista, por sua vez, já foi copiada e implementada em outros estados brasileiros, como o Maranhã, o Distrito Federal, Alagoas, dentre outros.

109. Como ressaltado por um dos entrevistados, “Então, veja: o projeto ele foi construído, com o ... vamos dizer assim, não houve um planejamento com todas as etapas bem definidas, com prazos bem definidos, não; ele foi construí... se sabia o que? Aonde se queria chegar e mais ou menos o prazo final, o tempo que a gente tinha. E aí, em cima disso foi construído o cronograma ao contrário e aí cada uma tinha as suas responsabilidades” – Entrevista 17 (25).

de sistemas antigos, versões 2.0 de processos antes realizados em papel, manualmente.

Por outro lado, o processo de construção da regulação estatal estudada mostra que a Administração Pública foi a responsável por elaborar a maior parte das estratégias e instrumentos que regulam o objetivo estudado e todas aquelas trazidas pela Nota Fiscal Paulista. Na verdade, a regulação do programa foi integralmente construída dentro da SEFAZ; embora tenha sido fragmentada em várias regras assinadas e sancionadas por indivíduos diferentes, todas elas foram criadas por uma mesma e reduzida equipe de funcionários da própria Fazenda.¹¹⁰ Inclusive, verifica-se que, no caso concreto, nenhum dos atores que formalmente poderiam ter modificado o programa ou sua regulação – como os Deputados Estaduais ou o Poder Judiciário – realizaram qualquer alteração em sua estrutura. As ideias e os projetos iniciais da Fazenda permaneceram ao longo de todo o processo de sua criação e implementação. As únicas mudanças realizadas no Legislativo buscavam apenas evitar prejuízos para terceiros que essa política poderia criar.

Além disso, é possível verificar que as regras jurídicas do programa não foram criadas aleatoriamente ou em momento anterior à sua idealização, mas foram sendo elaboradas de maneira concomitante à sua construção. Com isso, quero dizer que não foi o *direito* ou a *lei* que vieram primeiro, mas sim os objetivos e as estratégias escolhidas previamente pela Administração Pública. Foi para justificá-los e possibilitá-los que a SEFAZ, em momento posterior, criou as regras jurídicas.

Em suma, foi a SEFAZ quem efetivamente criou o programa, que pensou como ele deveria funcionar, que criou o projeto de lei para possibilitar que funcionasse da forma pensada, que conseguiu aprovação desse projeto no Legislativo e que, a partir de então, começou a emitir regras para criar novas funcionalidades ou corrigir erros do programa. E toda essa regulamentação foi pensada para justificar e permitir a implementação de ideias e estratégias já pré-concebidas pelos gestores. Antes mesmo de ter a lei aprovada, muitos recursos (especialmente aque-

110. Entrevista 23 (73).

les organizacionais e financeiros) haviam sido gastos pela SEFAZ para criação do programa.

Não é de espantar que a atividade regulatória tenha se concentrado no Poder Executivo. Afinal de contas, com políticas cada vez mais complexas e específicas e com muito uma clivagem de informações sobre as políticas entre Poder Executivo e Poder Legislativo, este não tem tantos recursos assim para propor legislações *criativas*. Num processo de criação incremental, como o mostrado acima, parece muito mais fácil que as mudanças nas regulações venham daqueles funcionários que estão com a “mão na massa” todos os dias, do que de um deputado que nem sempre está por dentro do assunto e nem sempre tem as informações necessárias para propor as estratégias regulatórias necessárias.

5 Conclusão

Embora o estudo de um único caso não seja apto a criar grandes generalizações sobre estratégias de regulação ou sobre a atividade de construção de políticas públicas, ele pode ser visto como um passo inicial para a criação de hipóteses a serem testadas no futuro. Estudar e compreender em profundidade um determinado caso permite ao pesquisador descobrir relações, categorias e conceitos que podem ser utilizados como ponto de partida para outras pesquisas – que, talvez, ao analisar um conjunto de casos semelhantes, possa criar generalizações a partir de seu conteúdo.

No entanto, o estudo de um único caso pode mostrar que certas generalizações encontram-se desatualizadas. Se parte da doutrina, por exemplo, diz que “administração é o braço mecânico do legislador”, mostrar, por meio de um único caso, que isso nem sempre é verdade certamente enfraquece a generalização. Somando-se esse resultado a outros casos similares, pode-se fortalecer argumentos contrários a uma tal generalização e levar a novas formas de enxergar a atuação dos gestores públicos.

O caso narrado mostra que, hoje, o Estado pode regular a sociedade por meio de diferentes formas, usando estratégias diversas. Embora diferentes, todas elas apresentam um ponto em comum importante: são criadas por meio do direito. Este, por sua vez,

deixa de limitar-se à forma coercitiva e às sanções negativas, como pode ter feito alguma vez no passado. Pode-se, até mesmo, dizer que, hoje, todas as formas e estratégias que não estão proibidas por lei podem ser adotadas pelo Estado. Na verdade, até mesmo as proibidas por lei, em teoria, poderiam ser adotadas – desde que, é claro, a lei fosse alterada. Conforme destaca um dos entrevistados

“[...] Na área jurídica, mesmo existindo limites como uma lei, sempre tem-se uma última alternativa que é mandar um projeto de lei para a Assembleia e mudar a lei; isso é decisão política. [Isso é diferente da...] informática [que] tem limites que são físicos; lá, se é impossível fazer algo, não tem como fazer [...]. A natureza dos obstáculos é diferente: alguns obstáculos são contornáveis a certo custo, enquanto outros não são contornáveis, são materialmente intransponíveis.”¹¹¹

Conforme teorizado por Hood & Margetts (2007), o Estado possui diferentes recursos (*resources*) – *informação, autoridade, organização, financeiro* – que podem ser combinados das mais diferentes formas para o Estado criar as suas estratégias regulatórias. Esses recursos, inclusive, podem ser criados tanto como *detectors* (para detectar informações para fomentar a atuação do Estado) quanto *effectors* (para modificar o comportamento das pessoas). O programa Nota Fiscal Paulista busca ter um importante papel tanto de obtenção de informações da sociedade quanto de modificação de comportamento social.

Aplicar múltiplas estratégias regulatórias para modificar comportamentos possui claras vantagens quando levamos em consideração que as pessoas seguem as leis pelos motivos mais diversos. Enquanto alguns realizam cálculos de riscos e buscam maximizar os seus interesses mesmo às custas do desrespeito da lei, outros não seguem as regras porque não conseguem cumprir os seus requisitos ou porque possuem valores que são contrários aos tutelados por aquelas (como aqueles que acreditam que o Estado é corrupto e que impostos não devem ser pagos para “alimentar essa corja de bandidos”, argumento bastante

111. Entrevista 23 (77).

ouvido no Estado de São Paulo).¹¹² Dessa forma, ter estratégias variadas para trabalhar com as diferentes motivações dos regulados pode maximizar as mudanças comportamentais buscadas por uma determinada regulação. No entanto, é importante entender que as estratégias escolhidas podem ter efeitos não desejados ou esperados, caso sejam vistas como “brandas” ou “pesadas” demais, por exemplo, em que alguns podem deixar de seguir as regras por se sentirem injustiçados e prejudicados por cumprirem a lei.

Saber as estratégias certas para aplicar num caso concreto ou o grau de intensidade de aplicação de cada uma delas é uma tarefa mais complicada do que se imagina. As diferentes limitações e a escassez de recursos de todos os tipos enfrentados pelos gestores fazem com que elaborar uma política pública seja muito mais uma atividade de *muddle through*¹¹³, bastante incremental, do que propriamente uma atividade racional e compreensiva. A Nota Fiscal Paulista, embora tenha trazido estratégias regulatórias bastante diferenciadas, não foi nem um programa inteiramente criado a partir de estudos e pesquisas fundamentadas, nem tampouco do nada. Ele foi uma adaptação de uma adaptação de um programa que, talvez, tenha sido original, mas que sofreu diferentes mudanças antes de se consolidar como uma estratégia regulatória visível para outros administradores.

Dessa forma, embora o administrador público tenha um alto grau de criatividade e de discricionariedade, a criatividade nem sempre é explorada da maneira como poderia ser e nem sempre é tão evidente aos gestores – seja porque é sempre mais complicado criar algo diferente, seja porque estão tão imersos nos processos existentes que não conseguem vislumbrar alternativas melhores. No entanto, o programa Nota Fiscal Paulista mostra que, em que pese suas restrições e limitações, ser criativo e criar novas estratégias regulatórias não apenas baseadas em comandos e castigos é possível.

Embora as estratégias regulatórias sejam sempre

112. Experimente colocar no Google os termos “impostos” e “corja de bandidos”. São mais de 100.000 resultados.

113. *Muddle through*, numa tradução literal, quer dizer algo parecido com “vaguear por”. Os termos foram retirados de Lindbloom (1959) e Andrews (2012).

institucionalizadas por meio de leis ou normas infra-legais, o processo de criação legislativa nem sempre é realizado pelo Legislativo. No programa Nota Fiscal Paulista, por exemplo, quase toda a regulação foi criada pela Administração Pública, especialmente pela SEFAZ.¹¹⁴ Destacamos que no processo de criação legislativa também é possível observar um processo de criação incremental, em que a primeira lei é promulgada – lei-quadro – com bastante espaço para a legislação infralegal ser posteriormente criada. E essa, então, pouco a pouco, é regulamentada por meio de decretos e especialmente resoluções – na maior parte das vezes de autoria do Poder Executivo.¹¹⁵

Em suma, as estratégias regulatórias que o Estado possui hoje vão muito além da coerção. A margem de criatividade e discricionariedade que o Administrador Público possui é um dos responsáveis pela intensa e minuciosa atividade regulatória que o Estado vem desenvolvendo nas últimas décadas. Para melhor compreendermos esse novo cenário regulatório e as funções que o Estado exerce nos dias de hoje, pesquisas e estudos empíricos que visam a entender e a explicar o real funcionamento do Estado e da Administração Pública – e que não se limitam apenas a interpretar aquilo que está publicado nos grandes manuais e ensinamentos de *antiquados* mestres e doutores – parecem mais necessários do que nunca. É hora de sairmos da bolha criada pelos manuais jurídicos e embarcarmos em estudos interdisciplinares que permitam uma visão mais integrada, empírica e realista do processo de construção de regulações e políticas públicas. O convite está feito.



114. Destaco que o PROCON também participou da elaboração dos módulos do programa responsável pelo processo de denúncias e reclamações. Inclusive, é o PROCON quem julga os eventuais recursos envolvidos no processo eletrônico que pode levar a aplicação de multa pela lei 12.685/07.

115. Há cada vez mais uma crescente participação dos cidadãos e da sociedade civil na elaboração de políticas e regulações públicas. No entanto, nota-se que os últimos governadores de São Paulo não são grandes adeptos da participação popular na elaboração de políticas públicas ou regulações. No caso da Nota Fiscal Paulista, a sociedade civil teve um papel quase nulo. A medida foi levada ao conhecimento da Associação Comercial de São Paulo para sugestões, mas apenas em um momento bastante avançado do programa.

6 Referências

- Abrucio, F. L. (1998). *Os Barões da Federação - os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec. Disponível em <http://bit.ly/1L55Er>.
- Adams, J. (1775). *The Novanglus Essays*. Essay n. 07. Disponível em <http://bit.ly/1g3ibvv>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 16/2007. Disponível em <http://bit.ly/1clw0v0>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007. Disponível em <http://bit.ly/1iKPwzq>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Transcrição Integral da Sessão Ordinária 81/2007. Disponível em <http://bit.ly/1clwwt0>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007) Projeto de Lei 544/2007. Disponível em <http://bit.ly/1bLBy7W>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Emenda de Pauta 01 ao Projeto de Lei 544/2007. Disponível em <http://bit.ly/1bLBy7W>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Emenda de Pauta 03 ao Projeto de Lei 544/2007. Disponível em <http://bit.ly/1bLBy7W>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Emenda de Pauta 10 ao Projeto de Lei 544/2007. Disponível em <http://bit.ly/1bLBy7W>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2012) Transcrição Integral da Sessão Ordinária 48/2012. Disponível em <http://bit.ly/198Drkq>.
- Andrews, M. (2012). *The Limits of Institutional Reform in Developing Countries*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ariely, D. (2012). *The Honest Truth About Dishonesty: How We Lie to Everyone - Especially Ourselves*. London: Harper Perennial.
- Ayres, I., & Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press.
- Bambini de Assis, L. G. (2009). *Processo Legislativo e Orçamento Público: a função de controle do Parlamento*. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil..
- Bandeira de Mello, C. A. (2009). *Curso de Direito Administrativo* (26a ed.). São Paulo; Malheiros.
- Batista, C. L. (ainda não publicado). *Educação Fiscal e Campanhas de Arrecadação Tributária - Os Programas do Estado de São Paulo*.
- Braithwaite J. (2002). 'Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty'. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 47-82. Disponível online em <http://bit.ly/JZd18H>.
- Di Pietro, M. Z. (2012). *Direito Administrativo* (25 ed). São Paulo: Saraiva.
- Dunsire, A. (1978). *The Implementation in a Bureaucracy*. Oxford: Martin Roberston.
- Figueiredo, A. & Limongi, F. (1995). Mudança Constitucional, Desempenho do Legislativo e Consolidação Institucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 29, 175-200. Disponível online em <http://bit.ly/1l4kDFL>.
- Hart, H. L. A (2009). *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Hood, C. (1976). *The Limits of Administration*. London: Wiley.
- Hood, C. (1998). *The Art of the State. Culture, Rhetoric and Public Management*. Oxford: Oxford University Press.
- Hood, C. e Margetts, H. (2007). *The Tools of Government in the Digital Age*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Limongi, F. (2006). A democracia no Brasil - Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos - CEBRAP*, 76. Disponível em <http://bit.ly/O6GpKi>.
- Lindbloom, C.E. (1959). The Science of Muddling Through. *Public Administration Review*, 19(2), 79-88. Disponível online em <http://bit.ly/1egeHUN>.
- Lodge, M. & Wegrich, K. (2012). *Managing Regulation*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Marques Neto, F. A. (2003). Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, 1 (1), 69-93. Disponível em <http://bit.ly/19XGAlg>.
- Meireles, H. L. (1998). *Direito Administrativo Brasileiro* (23 ed.). São Paulo: Malheiros.
- Paschoal, B. (2012). *Punição, recompensa, persuasão e ajuda: estratégias regulatórias a partir do caso Nota Fiscal Paulista* (Dissertação de Mestrado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Brasil.
- Sundfeld, C. A. (2012). *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros.
- Thaler, R.A. & Sunstein, C. (2008). *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*.

London: Penguin Books.

Yin, R. K. (2009). *Case Study Research: Design and Methods*. Thousand Oaks; Sage Publications.

PROCESSO DECISÓRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

aprofundando o diagnóstico das onze ilhas¹ // *Guilherme Forma Klafke*²
e *Bruna Romano Pretzel*³

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal / Processo decisório / Razões de decidir

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Um esclarecimento necessário sobre a metáfora das “onze ilhas”**
- 3 O modelo de confecção dos acórdãos no Supremo Tribunal Federal**
- 4 O universo de pesquisa e os critérios de concentração e dispersão dos fundamentos**
 - 4.1 Universo de análise: o Banco de Ações do Observatório do STF
 - 4.2 Categorias para análise: concentração e dispersão da fundamentação
 - 4.3 Procedimento de análise: os graus de concentração e dispersão
- 5 Onze ilhas, concentração e dispersão: como pensar as razões de decidir do STF?**
 - 5.1 Apresentação dos dados do colegiado: o predomínio de acórdãos com fundamentação concentrada
 - 5.2 Revisitando a questão das ilhas na apresentação dos fundamentos determinantes
- 6 Considerações Finais**
- 7 Referências**

Resumo

A metáfora das “onze ilhas” é frequentemente utilizada para criticar processo decisório do Supremo Tribunal Federal. O artigo explora essa crítica. Ele procura explicá-la sob a perspectiva da apresentação das razões de decidir do tribunal, buscando apresentar elementos empíricos para que o diagnóstico das “onze ilhas” seja repensado ou aprofundado. Presumimos que os votos apenas registrados em ata (não anexados ao acórdão) possuem carga argumentativa neutra. Trabalhamos com a hipótese de que a fundamentação dos acórdãos pode ser concentrada em um ou poucos votos ou dispersa entre vários votos, o que caracteriza o processo decisório do STF como bastante flexível em termos de apresentação dos fundamentos: ora se aproxima de uma corte com opinião única, ora tende ao pluralismo. Apresentamos dados que mostram que, em um número relevante de acórdãos no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o STF se pronuncia com uma *ratio decidendi* facilmente identificável, que frequentemente coincide com a opinião do ministro relator. Assim, a crítica das «onze ilhas», ao menos no sentido da apresentação das razões de decidir, não se aplica sem restrições. O artigo, então, propõe que as seguintes questões sejam consideradas: o que faz os juízes do STF evitarem anexar seus votos ao documento final em cada caso, levando a uma concentração da *ratio decidendi* em poucos votos? Este fenômeno é causado por uma tendência ao consenso entre os juízes ou, ao contrário, por um padrão de comportamento excessivamente individualista?

1. Gostaríamos de agradecer a Alynne Nunes, Guilherme Jardim, Hilem Oliveira, Luiza Corrêa, Marcela Pedrazzoli, Natália Pires, Rodrigo Barata e Rodrigo Pagani, da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), que acompanharam o andamento da pesquisa durante o ano de 2012 e fizeram importantes comentários para este artigo.

2. Mestrando em Direito Constitucional na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo, pesquisador

da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e pesquisador da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV). Contato: gfkklafke@yahoo.com.br.

3. Mestranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo, coordenadora da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV). Contato: pretzel.bruna@gmail.com.

THE DECISION-MAKING PROCESS OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT: enhancing the “eleven islands” criticism //

Guilherme Forma Klafke e Bruna Romano Pretzel

Palavras-chave

Brazilian Federal Supreme Court / Decision-making process / *Ratio decidendi*

////////////////////

Abstract

The “eleven islands” metaphor is commonly used to criticize the decision-making process of the Brazilian Federal Supreme Court (STF). This article explores that criticism. It seeks to explain it from the perspective of the presentation of the court’s opinion. We aim to present empirical elements that could enhance or even assist in the reformulation of the “eleven islands” diagnosis. We assume that opinions of STF judges which are merely stated on records - that is, opinions that are not attached to the final document - have a neutral argumentative force. Our hypothesis is that the *rationes* of the court’s decisions may be concentrated on one or a few opinions or dispersed among several opinions. This characterizes the court’s decision-making process as a flexible model for presenting its arguments: it sometimes approaches an institutional opinion model and sometimes an individual opinion model. The data presented here demonstrates that a significant number of the court’s decisions in “abstract judicial review” have an easily identifiable *ratio decidendi*, which frequently coincides with the opinion of the judge who delivers the first opinion (*relator*). Therefore, the “eleven islands” criticism has to be rethought, at least from the perspective of the presentation of the court’s opinions. The article then proposes the following questions to be considered: what makes STF judges avoid attaching their opinions to the final document of each case, leading to the concentration of the *ratio decidendi* in few opinions? Is this phenomenon caused by a consensual tendency among the judges or, on the contrary, does it only reflect an excessively individualistic behavioral standard?

1 Introdução

Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, (...) esbarramos numa outra dificuldade: argumentos ‘do tribunal’ quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudessemos generalizar como do tribunal.

Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros. E por que isso deveria nos preocupar? (Mendes, 2010)

A imagem das ilhas é muitas vezes usada como metáfora para retratar o isolamento dos integrantes de um órgão colegiado durante o processo decisório. Há a expectativa de que os membros de um tribunal atuem em conjunto e que suas decisões tenham consistência argumentativa, clareza e completude – ou pelo menos que elas sejam convincentes tanto para os próprios julgadores, quanto para o público externo (Silva, 2009, p. 211-212).

No sentido das críticas de Conrado Hübner Mendes constantes no excerto que abre esta introdução, costuma-se citar com frequência a metáfora das “onze ilhas” para se referir ao modelo presente no Supremo Tribunal Federal (STF). Nele, cada ministro vota separadamente, e, ao final, a decisão colegiada é formada pela mera soma de todos os votos, sem uma opinião comum à instituição (Silva, 2009, p. 219-220). Ao estudarem o STF, em consequência, os críticos verificam um “tribunal de ilhas”, no qual falta uma troca de argumentos entre os ministros e uma fundamentação atribuível ao colegiado (Mendes, 2012, p. 71).

Trocando em miúdos, a ausência de uma verdadeira deliberação entre os ministros do Supremo e de uma opinião da corte é vista como algo prejudicial ao desempenho de suas funções. Essa preocupação ganha destaque na literatura jurídica brasileira na proporção da importância que o órgão adquire no cenário político nacional.

Nosso objetivo, com este artigo, não é endossar ou

refutar essa crítica. Antes, procuraremos demonstrar a existência de possíveis nuances por meio da análise de dados empíricos. Para tanto, questionamos se e como os acórdãos da corte revelam a questão das ilhas⁴. Procuramos acrescentar ao debate o estudo de um elemento pouco mencionado: os votos apenas registrados em ata (isto é, sem declaração de voto). A análise se dá por meio das noções de *concentração* e *dispersão* da fundamentação, que serão explicadas detalhadamente. Trata-se de um trabalho exploratório das possibilidades que a pesquisa desses votos traz para a compreensão do funcionamento da nossa corte suprema.

A primeira seção esclarece uma ambiguidade na metáfora das “onze ilhas”, situando nosso argumento na forma como a fundamentação é apresentada ao público, não no processo de tomada de decisão. A segunda seção apresenta como a elaboração dos acórdãos é regulada no STF. A terceira seção apresenta quais os métodos utilizados para coletar e analisar os dados, principalmente os critérios de concentração e dispersão da fundamentação. A quarta seção traz a análise dos dados propriamente dita, por colegiado. Finalmente, retomamos a argumentação do artigo nas considerações finais e indicamos algumas reflexões que poderão ser esmiuçadas em estudos posteriores.

2 Um esclarecimento necessário sobre a metáfora das “onze ilhas”

Inicialmente, é importante mencionar que há uma ambiguidade na questão das ilhas. Normalmente apresentada como uma crítica única, na verdade ela pode ser identificada em dois momentos principais: (a) no momento de construção da decisão, ou seja, de elaboração dos votos e da própria deliberação em plenário; (b) no momento de apresentação do resultado final, ou seja, da formulação do acórdão e da opinião da corte.⁵

4. A expressão “questão das ilhas” é aqui adotada para fins de concisão; isto é, para indicar as características do processo decisório do STF que são consideradas problemáticas por parte dos estudiosos brasileiros, como será explicado adiante.

5. Apresentamos os momentos com uma pequena diferença em relação ao modo como Conrado Hübner Mendes (2012) apresenta as fases deliberativas das cortes. O autor diferencia uma fase pré-decisional, que inclui todo o trâmite processual, de uma fase

Em relação ao primeiro momento, consideramos um “tribunal de ilhas” aquele no qual cada julgador elabora seu voto no gabinete, com ou sem ajuda de seus assessores, sendo ausente ou de menor importância uma ocasião de construção conjunta da decisão por troca de argumentos entre todos os membros do colegiado. Referindo-se à Suprema Corte dos EUA, por exemplo, Lawrence Baum menciona determinada frase atribuída ao *Justice Powell*, segundo a qual “na maior parte, talvez nada menos de 90 por cento de nosso tempo total, funcionamos como nove escritórios de advocacia pequenos, independentes” (Baum, 1987, p. 225). Esse isolamento é trazido para a deliberação colegiada, na medida em que cada julgador expõe seu próprio voto, sem trocar argumentos com seus pares. As onze ilhas existem, então, porque os votos são feitos individualmente e a decisão final é elaborada sem debates e troca de opiniões, mas pela mera soma dos pronunciamentos. Não há deliberação e é difícil a obtenção de um consenso.⁶

Diferente é o momento em que o pronunciamento da corte é apresentado ao público. Caracteriza-se como “tribunal de ilhas” aquele cujos acórdãos não são estruturados de modo a apresentar claramente uma opinião consensual do colegiado sobre determinado ou determinados pontos do julgamento.⁷ A constru-

decisional, correspondente “ao momento em que juízes interagem entre si em busca de uma decisão”, e de uma fase pós-decisional, que “abarca primeiramente a redação da decisão colegiada, e então toda a sorte de debates que sucede na esfera pública informal em reação à decisão” (p. 59). Conjugamos parte da fase pré-decisional e a fase decisional no momento de construção da decisão e restringimos a fase pós-decisional apenas à redação da decisão colegiada no momento de apresentação do resultado final.

6. Usamos os termos “deliberação” e “consenso” tal como sugeridos por J. Ferejohn & P. Pasquino (2004). Segundo eles, “deliberação” é “o esforço de usar persuasão e fundamentação” com vistas a convencer um interlocutor a tomar certas atitudes, podendo ser interna ou externa, conforme o esforço dirija-se para os membros do colegiado ou para o público externo (p. 1692). O “consenso”, de acordo com o que se depreende do artigo, é a decisão de agir em um sentido comum (Ferejohn & Pasquino, 2004, p. 1693).

7. Os acórdãos constituem o documento que será apresentado para o público profissional e leigo. Há diversas maneiras de confecção desses documentos, ponto que será exposto mais à frente no artigo. Contudo, desde logo é possível afirmar que existem formas mais ou menos sistemáticas para expor os pontos sobre os quais há um consenso da corte. Não se exige que haja consenso, uma vez que questões fáticas ou jurídicas sempre poderão suscitar divergência. O problema reside em não se saber, *a priori* ou *a posteriori*, a posição dos membros do tribunal sobre determinado caso.

ção da decisão pode até ser colegiada, mas seu resultado pode ser composto por declarações individuais de voto, cada uma com sua própria estrutura e seus próprios argumentos. Exemplificando, mesmo que haja reuniões prévias para que os ministros discutam uma solução única, costurando seus votos conjuntamente, continuará válida a metáfora das ilhas se não for possível extrair do acórdão uma opinião clara e comum aos membros do tribunal. O mesmo valerá se, devido à extensão dele e à multiplicidade de declarações, a tarefa se mostrar trabalhosa e exigir uma análise cuidadosa de todo o conteúdo do acórdão, o que, em si, representa uma dificuldade tanto para o público leigo quanto para os juristas, marcada por inevitáveis controvérsias interpretativas. Por esses motivos, o tribunal é incapaz de falar com uma “única voz”.

Vale ressaltar que os problemas apontados podem surgir por influência tanto de variáveis institucionais quanto de variáveis da cultura interna do tribunal. Como principal variável institucional que influencia a construção das decisões do STF, podemos apontar seu regimento interno, que estabelece o procedimento de formação de um acórdão e de seu registro formal – o que será visto com mais detalhes adiante. Isto inclui desde a ordem de votação dos ministros nas sessões plenárias até a possibilidade de interrupção do julgamento por pedidos de vista. Como elemento da cultura interna do STF, é possível considerar, por exemplo, a liderança exercida pela Presidência do tribunal ou pelo ministro-relator, que por vezes pode conduzir o julgamento a um desfecho unânime (Kapiszewski, 2010). Não procuramos, neste artigo, investigar essas variáveis; apenas deixamos registrado que a questão das ilhas no STF pode ter origem em uma variedade de elementos institucionais e culturais.

Os críticos utilizam a metáfora de “onze ilhas” tanto em relação à construção da decisão (momento “a”), quanto em relação à apresentação das razões de decidir (momento “b”) pelo STF (MENDES, 2012, pp. 70-71; SILVA, 2009, p. 217). No primeiro momento, apontam um problema de *formação* de consensos para a decisão final; no segundo, apontam um problema de *identificação* desses mesmos consensos no documento final. Pensamos que, ao tratarem desses momentos, os autores lidam com *dois tipos de maiorias*: a *maioria decisora* e a *maioria fundamentadora*.

Na maioria decisora, o tribunal deve se preocupar em formar (momento “a”) e apresentar (momento “b”) um pronunciamento sobre o resultado da ação em julgamento – há unanimidade ou correntes vencedoras e vencidas.⁸ No STF, ele vem representado normalmente na parte dispositiva do acórdão, precedido da expressão “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em”, indicando se o tribunal conheceu ou não da ação, e se a julgou procedente ou não.

Na maioria fundamentadora, por outro lado, o tribunal deve se preocupar em formar (momento “a”) e apresentar (momento “b”) a fundamentação que embasará o resultado final, sendo tanto melhor quanto mais refletir os consensos e os dissensos da instituição como um todo.⁹ Não existe nos acórdãos uma parte que traga algo como um placar da fundamentação, embora a ementa pudesse ser o instrumento apto a traduzi-lo. Ao contrário do que ocorre em outros países, no Brasil essa maioria fundamentadora é aferida somente na corrente vencedora, que é a base para o pronunciamento do resultado final.¹⁰

Podemos, então, detalhar a questão das ilhas e esclarecer sua ambiguidade. Três críticas são frequentemente veiculadas quando se usa a metáfora das onze ilhas: (i) primeiro, a dificuldade em se encontrar uma maioria decisora clara, principalmente em casos de divergência acentuada; (ii) segundo, a inexistência de uma maioria fundamentadora em alguns casos, em razão da ausência de fundamentos adotados pela maio-

ria dos ministros da corrente vencedora; (iii) terceiro, a dificuldade em se encontrar a maioria fundamentadora acaso existente, o que ocorre principalmente quando vários votos no mesmo sentido são juntados ao acórdão. A multiplicidade de declarações de voto, ainda que veiculando os mesmos fundamentos, representa em si uma dificuldade para que se encontre a opinião do tribunal. Em outras palavras, demanda um esforço de leitura e interpretação que, como ressalta a crítica à questão das ilhas, poderia ser evitado caso o desenho institucional da corte fosse outro.

Neste artigo, abordaremos especificamente o problema da identificação da maioria fundamentadora no momento da apresentação do acórdão, relacionado à terceira crítica. A hipótese é que, quanto a esse momento, apesar de existir uma dificuldade de identificação da maioria fundamentadora em razão do desenho institucional do STF (um voto por ministro) e das próprias práticas de seus membros (falta de diálogo), ela é frequentemente mitigada em razão da concentração dos pronunciamentos em uma ou poucas declarações de voto.

Essa concentração resulta do fato de que, em muitos casos, a maioria da corrente vencedora é formada por votos apenas registrados em ata, ou seja, o voto que não é registrado em uma declaração anexada ao acórdão. Desse modo, no extrato de ata de julgamento ao final do documento, existe o pronunciamento de um ministro em favor de um determinado resultado, compondo uma das correntes de julgamento (vencedora ou vencida), mas ele não é acompanhado por qualquer argumentação.

Não obstante essa impossibilidade, a opinião comum sobre esses votos sustenta que eles seguem a fundamentação exposta pelo relator (ou pelo ministro que conduz a corrente em que se inserem).¹¹ Equivaleriam, assim, aos pronunciamentos em que os julgadores meramente acompanham um voto anterior. Presumimos, ao contrário, que eles são neu-

8. Quando falamos em “corrente vencedora” ou “bloco vencedor”, referimo-nos unicamente a esse tipo de maioria.

9. Para uma concepção sobre o que seria uma decisão escrita deliberativa, veja-se Mendes (2012, p.63-69).

10. Nesse sentido, a prática do STF parece diferir, por exemplo, da prática do Tribunal Constitucional espanhol, que exige uma maioria nos fundamentos para que a decisão seja tomada. Assim, segundo explica M. A. Ruiz, se quatro magistrados consideram que uma lei não é inconstitucional; se outros quatro entendem que há inconstitucionalidade formal; e se os últimos quatro entendem que a inconstitucionalidade é material, a lei deverá ser considerada constitucional, porque não houve acordo quanto aos fundamentos. Somente se os juízes que votaram pela inconstitucionalidade chegarem a um consenso mínimo, a lei será declarada inconstitucional (Ruiz, 2000, p. 179). Como se pode perceber, o resultado seria outro se o mesmo julgamento ocorresse no Brasil, havendo uma decisão pela inconstitucionalidade da lei, ainda que por razões divergentes.

11. Qualquer pesquisador que se dispõe a verificar a fundamentação adotada pela Corte em determinado julgamento enfrenta o problema de definir como contabilizar esses votos que não possuem qualquer fundamentação documentada. Apontando esse problema na ADI 4.274, sobre a constitucionalidade da criminalização da “marcha da maconha”, veja-se Klafke & Laurentiis (2013, p. 202).

tros em termos de carga argumentativa, ou seja, que não corroboram, não acrescentam, nem refutam algum fundamento. Apesar de influenciarem a decisão final, não influenciam a fundamentação final. Assim, a *ratio decidendi* da decisão será identificada apenas pelos votos escritos, seja ela consensual ou não.

Esse modo de formação das decisões não evita a questão das ilhas num sentido deliberativo, já que permanecem os votos individuais e a ausência de deliberação entre os ministros (momento “a”), mas contorna – de maneira mais ou menos satisfatória – o problema da identificação da maioria fundamentadora (momento “b”).¹² As principais questões que aqui propomos são as seguintes: dada a possibilidade dessa mitigação, com que frequência ela ocorre? Trata-se de uma situação com algum respaldo na prática do STF?

Buscaremos respondê-la através da observação de uma variável empírica simples, como já sinalizado anteriormente: o modo de manifestação dos ministros no julgamento. Discutiremos, então, como o diagnóstico das “onze ilhas” pode ser aprofundado a partir dos dados obtidos. Antes, porém, procederemos a uma breve explicação sobre o modo de confecção dos acórdãos no STF, passando para considerações de ordem metodológica e terminando com a análise propriamente dita.

3 O modelo de confecção dos acórdãos no Supremo Tribunal Federal

O procedimento para a elaboração do acórdão final é descrito nos artigos 93 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com redação de 2008.¹³

12. Ressaltamos desde logo uma distinção importante: não estamos tratando da clareza ou falta de clareza dos votos dos ministros em si, mas sim da possibilidade ou não de uma fundamentação comum ao colegiado ser claramente identificável. Essa ressalva é importante porque, como será visto adiante, é possível haver uma decisão colegiada cuja fundamentação seja razoavelmente fácil de ser encontrada, sem que, no entanto, o voto no qual constam as razões de decidir seja preciso e claro. Enfim, não podemos presumir que, mesmo resumido a um único voto, o acórdão terá uma *ratio decidendi* de clareza solar, mas podemos afirmar que ela estará evidentemente contida num ou em poucos votos, o que, por si só, já facilita sua análise.

13. Ressalvamos que as previsões normativas indicam como o pro-

Segundo o art. 93, o acórdão conterá as conclusões e a transcrição do áudio do julgamento. Essa transcrição diz respeito ao relatório, à discussão, aos votos fundamentados e às perguntas feitas aos advogados, bem como suas respostas (art. 96). Importa salientar que há dois modos não-excludentes de confecção do documento: (i) por meio da anexação dos votos escritos liberados pelos Gabinetes; (ii) por meio da anexação da transcrição do áudio do julgamento. O acórdão final pode ser composto, portanto, por votos liberados pelo Gabinete e/ou por transcrições de áudio do julgamento.

No primeiro caso, os ministros participantes encaminham os votos escritos para a Secretaria das Sessões, que os anexa ao acórdão. Recentemente, em especial nos casos mais polêmicos, alguns ministros vêm adotando a prática de liberar a íntegra de seus votos escritos na Seção “Imprensa: Notícias STF” do sítio eletrônico. Nem sempre, porém, eles corresponderão ao voto original levado ao julgamento. Isso porque o voto pode ser revisado de modo a conter posições surgidas nos debates em Plenário, inclusive mudanças no resultado. Ademais, se houver situação de conflito entre um e outro, prevalece a gravação de áudio, como o tribunal já teve a oportunidade de decidir.¹⁴

Por outro lado, pode acontecer de os Gabinetes não liberarem os votos no prazo exigido (20 dias a partir da sessão). Nesse caso, a Secretaria das Sessões transcreve o áudio, com a ressalva de que não houve revisão. Ministros ainda podem cancelar o registro de suas participações, como apartes ou mesmo votos.

Terminada a transcrição, com ou sem todos os votos, os autos são encaminhados ao relator original ou ao redator para o acórdão, a fim de que ele elabore o acórdão e a ementa, dentro de 10 dias (art. 96, §4º). Ele pode aguardar pelos pronunciamentos faltantes ou pode publicar o documento sem os votos. A ementa é responsável por apresentar a síntese

cedimento deveria ser, não como ele efetivamente é. Além disso, elas não tratam exaustivamente de todas as etapas. Um retrato do que ocorre na prática poderia ser obtido por meio de entrevistas com os atores envolvidos, por exemplo. Entretanto, para os fins do presente artigo a falta desse retrato não compromete a análise.

14. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 2581 ED, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.04.2009.

do que foi o julgamento, tendo o potencial de ser a “opinião da corte”. Vale lembrar que as ementas, embora apresentem problemas, são citadas com grande frequência como representativas dos precedentes que se deseja invocar.¹⁵

Em tese, portanto, aquilo que chamamos de “votos registrados em ata” podem ser tanto a mera anuência do ministro ao resultado proclamado pelo Presidente do tribunal, como a ausência de declaração escrita, seja porque ela não foi liberada, seja porque ela foi cancelada. É possível, assim, haver a manifestação sem declaração de voto mesmo que o julgador tenha apresentado sua fundamentação na sessão.

Ao final, ainda é acrescentado o extrato da ata, que contém as informações básicas, como a decisão tomada, os nomes daqueles que participaram do julgamento e daqueles que não participaram, seus pronunciamentos, etc. (art. 97). No extrato é possível verificar a posição dos ministros cujos votos não estão no acórdão. Este, então, é publicado no Diário de Justiça.

4 O universo de pesquisa e os critérios de concentração e dispersão dos fundamentos

4.1 Universo de análise: o Banco de Ações do Observatório do STF

Para a elaboração deste artigo, obtivemos dados do Banco de Ações do Observatório do STF, em *site* criado pelo Núcleo de Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)¹⁶. Este banco de dados foi

15. A elaboração das ementas não é livre de críticas: o exame da prática brasileira demonstra que, por serem redigidas pelo ministro relator ou relator para o acórdão, cumprem com grande frequência o papel de mero resumo do voto desse ministro, caso no qual somente os votos fornecerão os verdadeiros fundamentos do acórdão. Não é preciso ir muito longe. Na ADI-ED 2591/DF, Rel. Min. Eros Grau, sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos, ficou consignada a “contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão”, de tal sorte que os Embargos foram “providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 [...] dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso”. Essa situação real demonstra como é possível haver divergência entre votos que aparentemente seguem o mesmo fio condutor.

16. Disponível em: <<http://www.observatoriodostf.org.br/acoes>>.

elaborado inicialmente como suporte para a pesquisa “*Accountability* e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões” (Sundfeld e Souza, 2012), cujos objetivos foram: (i) mapear a estrutura das decisões das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), ações diretas de constitucionalidade (ADCs) e arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) proferidas no período de 21 de junho de 2006 a 10 de janeiro de 2010, disponibilizando as informações mapeadas em *site* de acesso público; e (ii) apresentar um diagnóstico do perfil decisório do STF, em sua composição no período pesquisado, e de cada ministro, individualmente. Nosso universo de análise limita-se, portanto, aos 266 acórdãos selecionados pelos critérios da pesquisa mencionada¹⁷. Cada um deles possui uma ficha no Banco de Ações, onde há informações gerais (tipo de ação, tema, data de julgamento, resultado, placar, entre outros), além de detalhes sobre os atores envolvidos (requerentes, requeridos, e eventualmente *amici curiae* e participantes de audiência pública) e sobre os votos de cada ministro (manifestação com ou sem declaração de voto, citações feitas etc.).

Uma vez que o banco contém decisões de um período temporal definido e somente de controle abstrato de constitucionalidade, não é possível, a princípio, estender automaticamente todas as conclusões deste artigo para outras épocas e outros tipos de ação. Nesse sentido, nosso estudo assume caráter exploratório.¹⁸

4.2 Categorias para análise: concentração e dispersão da fundamentação

Com o objetivo de verificar com que frequência os acórdãos são compostos por menos votos na corrente vencedora, adotamos duas categorias fundamentais: concentração e dispersão da fundamentação dada pelo tribunal. *Concentração da fundamentação* é o deslocamento, para apenas um voto ou poucos

acesso em: 28 de junho de 2013.

17. Esses 266 acórdãos foram obtidos em acesso na data de 21.01.2011. É possível que o *site* do Supremo Tribunal Federal tenha sido carregado com mais julgamento realizados entre 2006 e 2010, mas que, na época em que o universo de decisões foi definido, ainda não tinham sido publicizados no *site* do tribunal.

18. Não obstante, é plausível a hipótese de que os padrões aqui identificados se repitam em outros grupos de acórdãos do STF.

votos, das razões de decidir do bloco vencedor. *Dispersão da fundamentação*, ao contrário, é a apresentação fragmentada e plural das razões, mesmo que idênticas, em diversos votos.

Frisamos que concentração e dispersão são atributos da opinião do colegiado, não dos votos de cada ministro. Nossa preocupação não é identificar se os votos dos ministros são coerentes ou claros, mas analisar como as razões se distribuem (concentradas ou dispersas) na soma dos votos de todos os ministros do STF. Essa análise tem relação com o problema de identificação anteriormente mencionado.

Pensamos que é mais difícil identificar as razões da corte à medida que mais ministros se pronunciam, não somente pela possibilidade de novos argumentos serem apresentados, mas também porque os mesmos fundamentos podem estar presentes em diferentes votos – algo que só se constata pela leitura do inteiro teor do acórdão. Em suma, a dispersão dificulta a análise da fundamentação.

Inversamente, quanto mais ministros registram seus votos em ata, declarando apenas por qual resultado votaram, sem a respectiva manifestação escrita, mais fácil é encontrar os fundamentos adotados pelo bloco vencedor. A partir de um determinado ponto, basta a leitura do voto do relator para que saibamos o que o tribunal decidiu (em termos de dispositivo e fundamentação do acórdão). Dizemos, nessa hipótese, que a fundamentação concentra-se no voto do relator (ou relator para acórdão).

Concentração e dispersão são definidas pelo modo como os ministros se manifestam nos julgamentos.¹⁹

19. O uso dos critérios da concentração e dispersão pressupõe a diferenciação entre as variáveis “modo de manifestação dos ministros” e “placar do julgamento”: a observação da primeira variável nos permite concluir qual é o grau de concentração dos fundamentos da decisão. Já a observação da segunda variável apenas nos informa se a decisão foi unânime ou enfrentou divergência. A separação entre as referidas variáveis mostra como falar em “voz única” do tribunal pode induzir a erro: essa expressão pode ser utilizada em referência tanto à unanimidade quanto à concentração de razões nos acórdãos do tribunal, não sendo totalmente esclarecedora. Por esse motivo é que evitaremos o uso da expressão “voz única” e daremos preferência a *concentração*, que diz respeito à apresentação das razões da corte e não ao resultado do julgamento.

Essa diferenciação foi facilitada pela pesquisa no Banco de Ações. A ficha de cada acórdão indica não apenas o placar, mas também o modo de participação dos ministros, segundo as seguintes categorias: (i) apenas por voto escrito ou transcrito (isto é, com declaração de voto); (ii) apenas em debates; (iii) tanto por voto escrito ou transcrito (declaração de voto) quanto em debates; (iv) apenas por voto registrado em ata (isto é, sem declaração de voto).

Há, porém, duas ressalvas metodológicas importantes a serem feitas. Em primeiro lugar, em algumas situações, os ministros registram suas declarações de voto no acórdão, mas apenas para dizer claramente e em poucas linhas que acompanham o relator e adotam seus fundamentos. São meros *votos de acompanhamento*. Para os fins deste artigo, consideramos esse tipo de manifestação equivalente aos votos apenas registrados em ata e, nesse sentido, mais um elemento de concentração da fundamentação da decisão do tribunal.

Em segundo lugar, fixamos como premissa a equivalência entre participação apenas em debates e manifestação por voto escrito. Caso contrário, seria necessário verificar debate por debate para saber se o julgador fez algum pronunciamento sobre a decisão ou se apenas pediu esclarecimentos a outro ministro, por exemplo, tarefa que não assumimos neste breve estudo. Assim, mesmo que a participação do ministro seja “apenas nos debates”, consideramos como tendo aportado voto escrito. Essa opção traz duas consequências: primeiro, impede-nos de aproveitar separadamente os dados do Banco de Ações sobre existência ou não de debates nos julgamentos; segundo, inflaciona o número de votos escritos, de tal sorte que as conclusões apresentadas correm o risco de superestimar a dispersão das decisões. Porém, tendo em vista que as manifestações apenas em debates são raras, esse risco parece ser desprezível.²⁰

4.3 Procedimento de análise: os graus de concentração e dispersão

Com base nos critérios de concentração e disper-

20. De acordo com os dados do Banco de Ações, apenas 8% das manifestações dos ministros em julgamentos são feitas apenas em debates.



Figura 1. Espectro de apresentação dos fundamentos nas decisões do STF

são da fundamentação, verificamos as fichas dos 266 acórdãos contabilizando quantos votos em ata (ou equivalentes) existiam em cada um, e em quais correntes (vencedora ou vencida) eles estavam. Situamos as decisões do STF num espectro entre a *concentração máxima* dos fundamentos, em que apenas o voto do relator veiculou a fundamentação da corrente vencedora, e a *dispersão máxima*, em que todos os ministros do bloco vencedor apresentaram declarações de voto.

Com o intuito de simplificar a análise dos acórdãos, e assumindo conscientemente os riscos desta simplificação, adotamos uma determinada quantidade de votos em ata na corrente vencedora como critério objetivo para aferir a concentração ou dispersão da fundamentação. A fundamentação será concentrada se o número de votos apenas registrados em ata for pelo menos metade do bloco vencedor (ou o número inteiro imediatamente inferior à metade).

Para os fins do presente artigo, adotamos ainda uma terceira categoria, a *concentração submáxima*: refere-se aos acórdãos em que há mais de um voto escrito na corrente vencedora, mas eles estão em número menor que a metade desse bloco.²¹ Se de fato veicularem diferentes argumentos, esses votos escritos “compe-

tem” entre si, de modo que o voto que sair “vitorioso” dessa competição representará as razões da decisão.

Em casos de concentração submáxima, o intérprete do acórdão poderia colocar fim a essa competição por um critério formal, definindo a fundamentação do relator como vitoriosa. Essa solução está longe de ser a ideal, mas aparenta ser bastante comum, especialmente como base para a elaboração da ementa. Numa situação de dispersão, ao contrário, o intérprete sente-se pouco ou nada seguro ao apontar o voto do relator como o único portador das razões de decidir da corte.

A ADI 3533-9/DF é um exemplo de análise sobre acórdão que apresenta concentração submáxima de fundamentação. No extrato de ata, consta que “O tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade [...], nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio”. Como não houve nenhuma ausência e a Presidente participou do julgamento, devemos contabilizar todos os 11 votos. Desses, três formaram a minoria vencida e não devem ser considerados para a fundamentação da decisão. A corrente vencedora restou composta (i) pelo voto do relator, Min. Eros Grau, (ii) por dois votos escritos, (iii) por uma mera declaração de acompanhamento, equivalente ao voto em ata, e (iv) por quatro votos em ata. Em que pese haver oito pronunciamentos vencedores, é certo que a fundamentação da decisão se resume a três votos: o voto do relator

21. Também é possível trabalhar com uma quarta categoria: dispersão submáxima. No entanto, preferimos trabalhar apenas com as outras três categorias neste primeiro momento.

Corrente vencedora	Total de votos menos os votos divergentes quanto ao resultado	
Fundamentação concentrada	Votos em ata \geq metade da corrente vencedora ¹	
	Concentração máxima	Apenas o relator apresenta voto escrito
	Concentração submáxima	Há mais de um voto escrito
Fundamentação Dispersa	Votos em ata $<$ metade da corrente vencedora ²	

Tabela 1. Resumo dos critérios de apresentação das razões da decisão

mais os outros dois votos escritos, que podem complementar ou rebater o do colega. Supondo que os dois votos concordem minimamente com o do relator, ainda que apresentem argumentos adicionais, não seria atípico sustentar que a “voz do relator” é a “voz da corte” na ADI 3533-9/DF.

Sinteticamente, então, temos o que segue na *Tabela 1*.

5 Onze ilhas, concentração e dispersão: como pensar as razões de decidir do STF?

5.1 Apresentação dos dados do colegiado: o predomínio de acórdãos com fundamentação concentrada

Os 266 acórdãos foram planilhados no programa Microsoft Office Excel 2010 com informações relativas ao número total de votos no julgamento, ao número de votos na corrente vencedora e ao número de votos em ata e anexados. Ao lado, constaram colunas que classificavam os acórdãos conforme as categorias apresentadas anteriormente, segundo as respectivas fórmulas, revertendo um resultado binário de sim (1) ou não (0) para cada uma delas. Ao final, esse banco de dados foi trabalhado com o recurso de tabela dinâmica, que permite o cruzamento de diferentes variáveis.

De modo sintético, o *Gráfico 1* ilustra a divisão dos

22. Em caso de número ímpar de votos na corrente vencedora, para que a fundamentação seja concentrada, o número de votos em ata deve ser o imediatamente inferior à metade dos votos da corrente vencedora.

23. Em caso de número ímpar na corrente vencedora, para que a fundamentação seja dispersa, o número de votos em ata deve ser menor que o número inteiro imediatamente inferior à metade dos votos da corrente vencedora.

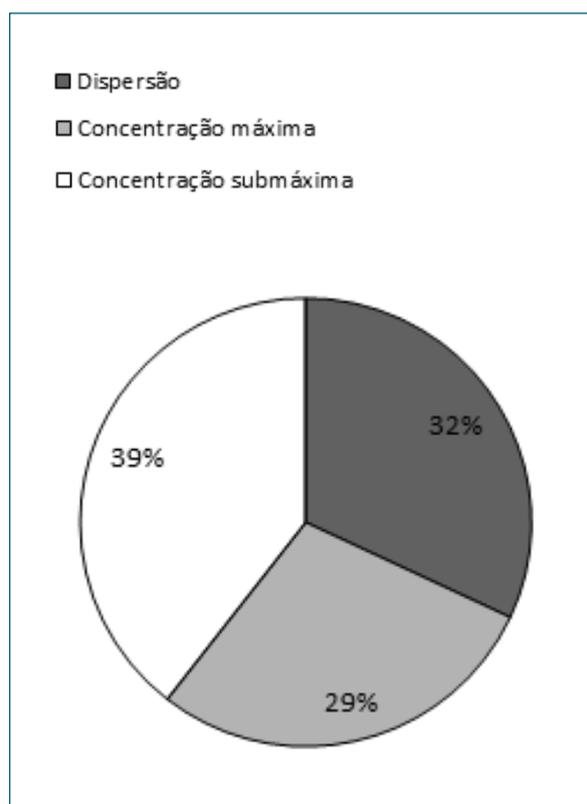


Gráfico 1. Distribuição dos acórdãos do Banco de Ações por tipo de fundamentação

acórdãos do Banco de Ações entre decisões de fundamentação concentrada e decisões de fundamentação dispersa.

Observa-se que as decisões de fundamentação concentrada em grau máximo (76 acórdãos ou 29%) somadas com as de concentração em grau submáximo (104 acórdãos ou 39%) perfazem 68% dos acórdãos analisados, ou 180 acórdãos.

Lembramos que, no primeiro grupo de casos, em que há concentração máxima, a metáfora das onze ilhas é inaplicável no que se refere à *apresentação*

		Apresentação das razões da decisão		
		Concentração máxima	Concentração submáxima	Dispersão
Número de votos na corrente vencedora	11 votos	9 acórdãos	13 acórdãos	3 acórdão
	10 votos	14 acórdãos	28 acórdãos	13 acórdãos
	9 votos	29 acórdãos	25 acórdãos	26 acórdãos
	8 votos	22 acórdãos	31 acórdãos	19 acórdãos
	7 votos	1 acórdão	4 acórdãos	14 acórdãos
	6 votos	1 acórdão	3 acórdãos	10 acórdãos
	5 votos	-		1 acórdão
Total		76 acórdãos	104 acórdãos	86 acórdãos

Tabela 2. Número de acórdãos segundo o número de votos em ata na corrente vencedora

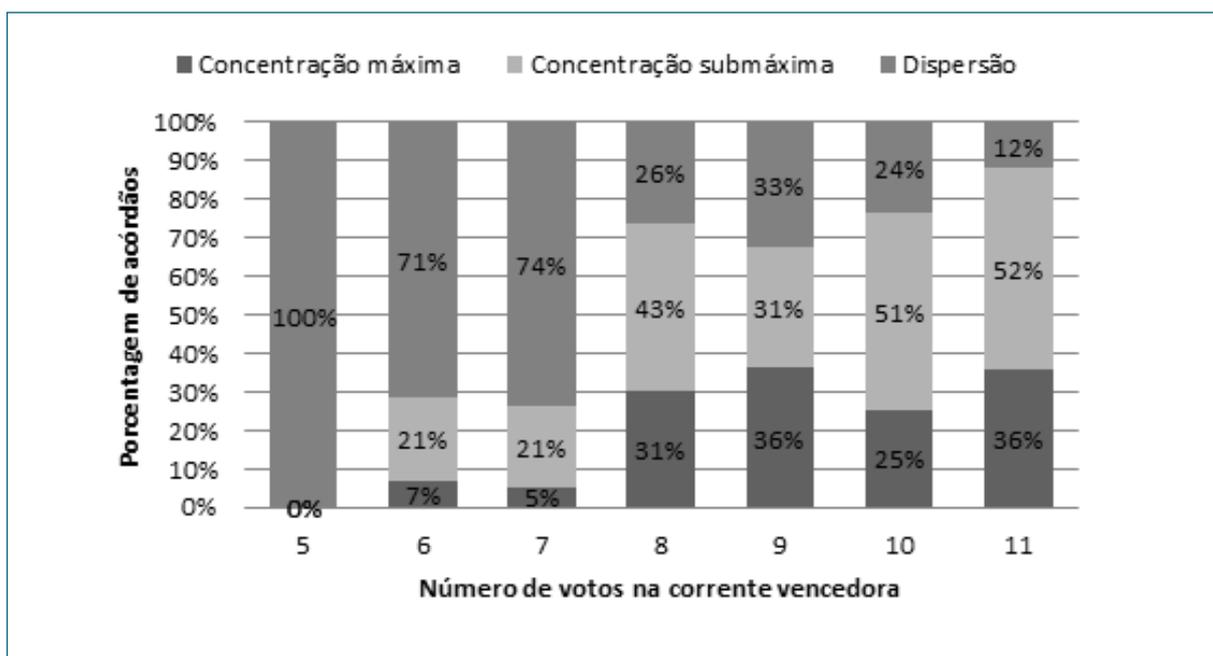


Gráfico 2. Porcentagem de acórdãos segundo a quantidade de votos em ata na corrente vencedora

das razões da corte. Não é difícil identificar em qual voto está a razão de decidir – é o voto do relator. Já em aproximadamente dois quintos dos acórdãos, com concentração submáxima das razões de decidir, a questão das ilhas é mitigada, cabendo ao intérprete da decisão apontar em qual ou quais votos da corrente vencedora estão os fundamentos preponderantes.²⁴

24. Apenas para reforçar o argumento central do artigo, se os votos em ata forem considerados integralmente concordantes com o voto do relator (em termos de resultado e fundamentação), não

A Tabela 2 e o Gráfico 2 detalham os dados apresentados no Gráfico 1 ao cruzarem o número de ministros na corrente vencedora (de 5, maioria mínima, a

é sequer necessário utilizar a categoria da concentração submáxima. Basta que a maioria da corrente vencedora seja composta pelo voto do relator e por votos em ata para que a *ratio decidendi* da decisão seja a fundamentação do relator. Com esse cenário, haveria apenas concentração ou dispersão. O resultado seria 68% de acórdãos com fundamentação concentrada, evidenciando, mais uma vez, que a maioria dos julgados possui uma “voz do tribunal” facilmente identificável.

11 ministros) com o número de votos registrados em ata (sempre limitado pela existência de pelo menos um voto escrito, o do ministro relator). Os resultados são apresentados de acordo com as categorias apresentadas de concentração e dispersão.

O que a *Tabela 2* e o *Gráfico 2* mostram é que existe uma maior quantidade de acórdãos classificados como de concentração máxima (concentração no voto do relator) quando a corrente vencedora possui mais de 8 votos. Dos 80 julgados nos quais a corrente vencedora foi formada por nove ministros, por exemplo, em 29 deles encontramos apenas o voto do ministro relator e nada mais. No *Gráfico 2*, essa realidade é apresentada sob a forma de porcentagem: 36% dos acórdãos possuem concentração máxima.

Em geral, esse padrão de concentração máxima com uma grande corrente vencedora representa julgados decididos pela unanimidade dos ministros presentes na sessão. É o que demonstra a coluna dedicada às correntes vencedoras com onze ministros (unanimidade): cerca de um terço dos casos foi decidido dessa maneira (36%). Outra situação que apresenta concentração máxima ocorre quando apenas a divergência anexa votos escritos ao acórdão. Nesses acórdãos, não há uma dificuldade especial para se encontrar a *ratio decidendi* comum ao colegiado, e a ementa poderia perfeitamente se resumir ao voto do ministro relator.

Por outro lado, a dispersão dos fundamentos aumenta conforme diminui o número de votos da corrente vencedora (71% dos acórdãos com maiorias de 6 votos; 74% dos acórdãos com maiorias de 7 votos). Isso demonstra que há uma forte tendência de ministros da corrente vencedora juntarem declaração de voto ao acórdão em votações mais acirradas. Ou seja, os dados permitem a suposição de que os casos que mais dividem o STF são aqueles em que os ministros sentem-se mais compelidos a apresentar votos escritos. Comparativamente, a dispersão é muito menor (12% dos acórdãos) quando os onze ministros tomam uma decisão unânime.

Por fim, visto que a concentração máxima é tendencialmente maior quando a corrente vencedora tem mais votos e que a dispersão é tendencialmente maior quando a corrente vencedora tem menos vo-

tos, cabe uma última observação quanto à categoria da concentração submáxima.

Conforme apontado na *Tabela 2*, essa é a categoria com maior número absoluto de elementos (104 acórdãos), cerca de um terço a mais do que a concentração máxima e um quinto a mais do que a dispersão. Nota-se, no *Gráfico 2*, que a concentração submáxima também segue a tendência da concentração máxima e se torna mais frequente quando as maiorias possuem maior número de votos. Observa-se também que quando a corrente vencedora conta com onze ou dez ministros, a concentração submáxima corresponde à maioria absoluta dos acórdãos.

Diante do que foi dito anteriormente, chegamos a uma conclusão parcial de que o Supremo Tribunal Federal publica quase o mesmo número de acórdãos em que as razões de decidir do colegiado são facilmente identificáveis porque se encontram no voto do relator (concentração máxima), em relação ao número de acórdãos em que é necessário ler mais da metade dos votos da corrente vencedora para identificá-las (dispersão). Só isso parece ser suficiente para relativizar a ideia de que as decisões da corte sempre envolvem uma dificuldade na identificação da *ratio decidendi* do colegiado.

Contudo, com um número tão grande de elementos na categoria de concentração submáxima, alguém poderia objetar que são casos que se aproximam da dispersão e, portanto, tornam a dificuldade de identificação das razões de decidir do tribunal uma regra para o STF.

Uma análise mais detida dos acórdãos dessa categoria, porém, demonstra que eles se aproximam mais da concentração máxima do que da dispersão. Para tanto, devemos apresentar quantos ministros da corrente vencedora, além do relator, anexam votos escritos. Quanto menos votos escritos competirem com o voto do relator, mais próximo da concentração máxima da fundamentação estará o acórdão e mais fácil será a identificação das razões de decidir do colegiado. A tabela a seguir detalha esses dados:

Verifica-se que há um número relevante de acórdãos nos quais a leitura de até três votos (relator mais até dois outros votos) seria suficiente para a identifica-

ção da *ratio decidendi* adotada pelo plenário. São 70 acórdãos, num total de 104, que apresentam esse padrão. Em 34 julgados com concentração submáxima (33%) é necessário ler quatro ou cinco votos escritos.

Portanto, dos 266 acórdãos selecionados para este estudo, em 146 deles (55%) até três votos escritos fornecem toda a fundamentação da decisão. São 76 acórdãos nos quais constam apenas o voto do ministro relator e outros 70 nos quais até dois outros ministros anexaram voto escrito. Apenas para comparar, em 16 casos (6%) todas as manifestações dos ministros da corrente vencedora constaram no documento final.

5.2 Revisitando a questão das ilhas na apresentação dos fundamentos determinantes

Podemos concluir que a metáfora das onze ilhas não nos é totalmente útil quando analisamos a relação entre o processo decisório do STF e a apresentação dos fundamentos determinantes adotados pelo colegiado nos acórdãos, uma vez que esse mesmo processo enseja diferentes modos de apresentação da fundamentação – dispersa ou concentrada em diferentes graus, com maioria de casos com concentração dos fundamentos em poucos votos.

Os dados e exemplos apresentados ilustram por que é necessário aprofundar o diagnóstico das onze ilhas. Em primeiro lugar, quando se questiona a dificuldade

na identificação de uma *ratio decidendi* comum ao colegiado, tal crítica não deve ser direcionada para a totalidade dos acórdãos, mas somente para aqueles em que o pronunciamento do relator não é capaz de, por si só, fundamentar a decisão da corrente vencedora.

Em segundo lugar, nos casos em que há concentração de fundamentos, mas ela não ocorre em nível máximo, ainda assim o problema da identificação das razões da corte é mitigado, visto que o número de declarações de voto a serem analisadas é consideravelmente diminuído. Verificamos, por exemplo, uma grande quantidade de acórdãos nos quais o voto do relator rivaliza com apenas um ou dois votos escritos.

Para os casos de fundamentação concentrada em nível máximo, a verdadeira questão não é se existem onze *rationes decidendi*, mas se a decisão apoiada no voto do relator (ou redator para o acórdão) é resultado de um consenso não declarado ou, ao contrário, equivale apenas a uma decisão monocrática tomada no âmbito do plenário. Trata-se de uma pergunta que foge do tema do presente artigo por exigir uma análise do momento de construção da decisão, mas respondê-la pode aprofundar a compreensão da crítica das onze ilhas.

Assim, por um lado, se a prática indicar que os 68% dos julgamentos analisados que possuem fundamentação concentrada resultam de consenso entre

		Número de votos escritos além do voto do relator		
		Mais um voto escrito	Mais dois votos escritos	Mais de dois votos escritos
Número de votos na corrente vencedora	11 votos	3 acórdãos	1 acórdão	9 acórdãos
	10 votos	8 acórdãos	10 acórdãos	10 acórdãos
	9 votos	11 acórdãos	8 acórdãos	6 acórdãos
	8 votos	13 acórdãos	9 acórdãos	9 acórdãos
	7 votos	3 acórdãos	1 acórdão	-
	6 votos	1 acórdão	2 acórdãos	-
Total de acórdãos		39 acórdãos	31 acórdãos	34 acórdãos

Tabela 3. Número de acórdãos segundo o número de votos na corrente vencedora e o número de votos escritos além do voto do relator (apenas casos de concentração submáxima)

eles, a crítica deve ser revisitada. Por outro lado, se a prática indicar que o STF fundamenta suas decisões monocraticamente mesmo quando julga em plenário, então haverá pelo menos um grave problema: dizer que a razão de decidir é a fundamentação adotada pelo relator não significa dizer que todos os ministros tenham a mesma opinião, o que implica num falso consenso do tribunal.

Em suma, é possível concluir que o modelo decisório do STF não determina uma forma única de apresentação das suas decisões. Ele é flexível o bastante para permitir que a corte ora emita fundamentos claros, ora se comporte como um órgão dividido e plural.

Assim, a análise dos acórdãos também pode levar a questionamentos importantes sobre a motivação dos ministros para juntar um pronunciamento escrito, ainda que adotando as mesmas razões de votos anteriores, em vez de simplesmente registrar em ata sua posição quanto ao resultado do julgamento. Uma questão relevante, portanto, é a seguinte: quais fatores possivelmente colaboram para a concentração ou para a dispersão da fundamentação nos acórdãos do STF?

É possível levantar algumas hipóteses, que não buscaremos testar neste artigo, com base nos dados apresentados e na percepção geral sobre o processo decisório no STF. Elas podem se referir, mas sem esgotar os motivos, a fatores institucionais, conjunturais ou fatores comportamentais.

Institucionalmente, há uma série de regras que podem ter alguma influência e que merecem aprofundamento. A primeira é a possibilidade de que todos os ministros aporem votos escritos. Ao contrário de outras cortes, no Supremo Tribunal Federal cada julgador se manifesta separadamente e, ao final, a decisão é composta pela soma de todos os votos. Esse desenho institucional é condição *sine qua non* para que se possa discutir a existência de votos anexados e não anexados no documento final.

Uma segunda regra é aquela que determina a votação em sequência. Podemos supor que sempre que o voto do relator (ou de outro ministro) esgotar todos os argumentos, restará aos últimos apenas mani-

festar sua concordância.²⁵ Comprovar essa hipótese passa pela comparação do número de votos em ata por ministro e por sequência de voto no julgamento.

Outra regra diz respeito ao processo de elaboração do acórdão. Há prazos para que os Gabinetes liberem os votos e façam a revisão das transcrições do áudio. Votos não liberados ou cancelados podem contribuir para uma maior quantidade de votos apenas registrados em ata. Nesse caso, somente por meio da observação do funcionamento do STF seria possível comprovar a hipótese.

Vale também notar que algumas circunstâncias institucionais podem ser questionadas. É o caso, por exemplo, da transmissão ao vivo dos julgamentos na TV Justiça. Também é razoável supor que a sobrecarga de trabalho no STF contribui para que os ministros queiram formular e apresentar declarações de voto no menor número possível de julgamentos – preferencialmente, apenas quando sejam relatores. Essa opinião é fortalecida ao se verificar que a mesma situação ocorre em outras cortes no Brasil e no exterior.²⁶

Conjuntamente, podemos tomar como ponto de partida a tendência de que as decisões com votações mais acirradas possuem fundamentação dispersa em mais votos. Isso parece demonstrar uma relação entre casos difíceis, com maior divergência, e disposição dos ministros a anexarem votos escritos. Nesse sentido,

25. Nesse sentido, o esgotamento dos fundamentos estará vinculado à concepção que a corte tem sobre o seu papel ao julgar os casos: deve ela se ater aos aspectos suficientes para o deslinde da questão ou deve ela se manifestar também sobre outros problemas, construindo uma doutrina constitucional que aponte para a sociedade respostas futuras? Trata-se de uma discussão em torno da postura minimalista ou maximalista de um tribunal.

26. Veja-se, por exemplo, a opinião da atual *Justice* da Suprema Corte dos EUA, Ruth Ginsburg, em tradução livre: “Alguns juízes são mais inclinados a priorizar a individualidade do que outros, mas todos operam sob uma limitação prática intensa: tempo. O Professor Paul Freund escreveu sobre o *Justice* Brandeis, a quem assessorou: ‘Não raramente a preparação de uma opinião dissidente era abandonada porque a demanda de outros itens de trabalho impedia um tratamento adequado...’. Em cortes colegiadas, ninguém ganha o crédito por escrever opiniões dissidentes ou concorrentes; por mais que a preparação de uma opinião separada seja algo trabalhoso, o juiz deve mesmo assim apresentar sua cota de opiniões para a corte. Dissensos ou concorrências são escritos no tempo próprio de cada um” (Ginsburg, 1990, p. 142).

podemos procurar relações entre votos registrados em ata e situações que normalmente associamos a casos polêmicos, como temas complexos, ausência de precedentes, participação de representantes da sociedade civil (como *amici curiae* ou como requerentes), grande expectativa da opinião pública, dentre outras.

Além dessas hipóteses, podemos atentar ainda para diferenças nos pedidos e nas causas de pedir de cada ação, para a possível influência dos pedidos de vista (ou da falta destes) em cada julgamento, dentre outros fatores conjunturais. Somente uma análise de cada uma dessas variáveis poderia demonstrar a influência ou não desses fatores.

Por fim, podemos apontar o próprio comportamento dos ministros como elemento a ser investigado. A rápida leitura dos acórdãos, por exemplo, parece mostrar que alguns ministros anexam menos votos ao documento final do que outros. Isso pode resultar de dinâmicas diferentes de trabalho no gabinete ou de condições particulares deles.

6 Considerações Finais

Para sintetizar as conclusões deste artigo, podemos ressaltar os seguintes pontos:

1. A metáfora das “onze ilhas” é utilizada para evidenciar os problemas decisórios no Supremo Tribunal Federal. Para essa crítica, os problemas podem ser encontrados tanto no momento de construção da decisão (elaboração individual dos votos e falta de deliberação) como no momento de apresentação do resultado final (dificuldade na identificação de uma *ratio decidendi*). Critica-se a mera soma de votos como um fator de obscuridade dos acórdãos;
2. Não foi nossa intenção confirmar ou refutar globalmente essa crítica, mas realçar aspectos que permitem aprofundá-la num ponto determinado: a apresentação da fundamentação nos acórdãos. Os resultados apresentados procuram tão somente verificar o problema da *dificuldade de identificação da ratio decidendi nos acórdãos em razão de o Supremo Tribunal Federal ser um tribunal de “onze ilhas”*;
3. Para isso, tomamos a existência de votos ape-

nas registrados em ata, ou seja, sem declarações escritas anexadas ao acórdão, como um fator relevante na análise da apresentação final da decisão. Utilizando os conceitos de *concentração* e *dispersão* da fundamentação, mostramos que o modelo de acórdão do STF não compromete a identificação dos votos que contêm a *ratio decidendi* na maioria dos julgados do universo de análise, uma vez que ela se encontra apenas no voto do ministro relator ou em poucos votos. Se a *ratio* é facilmente identificável no voto em si, esse é outro problema que não nos propomos a enfrentar neste artigo, visto que envolveria uma análise detalhada de argumentação;

4. Refletindo sobre o possível teor argumentativo dos votos registrados em ata, é comum a ideia de que os ministros que não anexam voto concordam integralmente com o relator. Partindo dessa premissa, em 68% dos acórdãos analisados somente o voto do relator já é suficiente para dar a *ratio decidendi* adotada pelo tribunal. Não consideramos, porém, que o voto em ata pode ser presumido como integralmente coincidente com o voto do ministro relator. Ao contrário, pensamos que ele deve ser considerado neutro. Dessa forma, a concentração passa a admitir graus, sendo o mais intenso deles a concentração total da fundamentação no voto do ministro relator;
5. A partir dos dados coletados, verificamos que uma quantidade não desprezível de acórdãos no universo de pesquisa apresenta grau máximo ou muito intenso de concentração. Dessa maneira, acreditamos ser possível direcionar a crítica das “onze ilhas” para dois questionamentos importantes: (i) Quais as razões que levam um ministro a anexar um voto escrito no acórdão ou apenas registrar em ata? (ii) O fenômeno da concentração é retrato de uma tendência à construção de consensos no tribunal ou é a máxima evidência de que o individualismo impera também na dinâmica colegiada da corte?

Esperamos, portanto, que os dados e as reflexões aqui apresentados contribuam para uma avaliação mais profunda do processo decisório do STF, atenta para as nuances observáveis na prática do tribunal.

7 Referências

- Baum, L. (1987). *A Suprema Corte americana*. (É. Cerqueira, Trad.) Rio de Janeiro: Forense-Universitária.
- Ferejohn, J., & Pasquino, P. (2003-2004). Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, 82, 1671-1704.
- Ginsburg, R. B. (1990). Remarks on writing separately. *Washington Law Review*, 65, 133-150.
- Kapiszewski, D. (2010). How courts work: institutions, culture and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: J. Couso, A. Huneeus, & R. Sieder, *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press.
- Klafke, G. F., & Laurentiis, L. C. (2013). A interpretação conforme a constituição do art. 33, § 2º da Lei de Drogas: trivialização de um conceito? In: R. N. Filho, *STF e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos* (pp. 193-234). Salvador: JusPodium.
- Mendes, C. H. (2010, 1 de fevereiro). Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, p. 3.
- Mendes, C. H. (2012). O projeto de uma corte deliberativa. In: H. M. Pinto, *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros.
- Ruiz, M. A. (2000). La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: rationes decidendi en la STC 136/1999. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20 (58), 155-188.
- Silva, V. A. (2009). O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, 250, 197-227.
- Sundfeld, C. A.; Souza, R. P. (2012). *Accountability* e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: H. M. Pinto, *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros.
- Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 3533, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.08.2006.
- Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI-ED 2591, Rel. Min. Eros Grau, j. 14.12.2006.
- Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI-ED 2581, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.04.2009.
- Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 4274, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23.11.2011.

A PESQUISA EM DIREITO E AS BASES ELETRÔNICAS DE JULGADOS

DOS TRIBUNAIS: matrizes de análise e aplicação no supremo tribunal

federal e no superior tribunal de justiça // *Fabia Fernandes Carvalho Veçoso*¹,

*Bruno Ramos Pereira*², *Camila Akemi Perruso*³, *Carolina Martins Marinho*⁴, *Daniel*

*Bernardes de Oliveira Babinski*⁵, *Daniel Wei Liang Wang*⁶, *Estela Waksberg*

*Guerrini*⁷, *Juliana Bonacorsi de Palma*⁸ e *Natasha Schmitt Caccia Salinas*⁹

Palavras-chave

Bases eletrônicas de julgados / Pesquisa de jurisprudência / Matrizes de análise

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Panorama do problema: bancos de dados eletrônicos e pesquisas com jurisprudência**
- 3 Proposta de uma matriz de análise dos bancos de dados**
- 4 Modelos de aplicação das matrizes de análise das bases eletrônicas de jurisprudência**
 - 4.1 O banco de dados eletrônico do Supremo Tribunal Federal
 - 4.2 O banco de dados eletrônico do Superior Tribunal de Justiça
- 5 Considerações finais**
- 6 Referências**
- 7 Apêndice I-A Matriz base de análise das bases eletrônicas de jurisprudência**
- 8 Apêndice I-B Matriz de operadores booleanos**

Resumo

O presente artigo tem por finalidade abordar a completude e a funcionalidade das bases eletrônicas de julgados dos tribunais. O artigo toma como base a demanda por acesso à informação oriunda de instituições estatais, o que cria aos tribunais o dever de ampla transparência de seus atos. Nessa medida, as bases eletrônicas de julgados mostram-se hoje um importante meio de divulgação das atividades do Poder Judiciário. Para avaliar o grau de transparência dos tribunais com relação à publicização de sua jurisprudência, o artigo propõe duas matrizes de análise de bases eletrônicas de julgados (matriz base e matriz de operadores booleanos), a partir da premissa de que essas bases devem conter a totalidade dos julgados proferidos pelo tribunal, em seu inteiro teor, e apresentar ferramentas de pesquisa que percorram toda a decisão para recuperação de julgados. Para ilustrar a aplicação dessas matrizes, foram analisadas as bases eletrônicas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

1. Professora da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM); mestre e doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo

2. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo; advogado no Barbosa e Spalding Advogados e Coordenador do portal PPP Brasil (www.pppbrasil.com.br).

3. Doutoranda em Direito Internacional na Université Paris Descartes - Sorbonne Paris Cité; mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.

4. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

5. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

6. Post-Doctoral Fellow na London School of Economics and Political Science; doutor em Direito pela London School of Economics

and Political Science; mestrado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e mestrado em MSc in Philosophy and Public Policies pela London School of Economics and Political Science.

7. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo; defensora pública na Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

8. Professora de Direito Administrativo e Economia na Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu e da Escola Nacional de Administração Pública no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; mestre e doutoranda em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo.

9. Professora Adjunta da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP); doutora e mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo; Master of Laws (LL.M.) pela Yale University.

LEGAL RESEARCH AND ELECTRONIC DATABASES OF JUDICIAL

DECISIONS: evaluation matrices and analysis of the brazilian federal supreme court and the brazilian superior court of justice // *Fabia*

Fernandes Carvalho Veçoso, Bruno Ramos Pereira, Camila Akemi Perruso, Carolina Martins Marinho, Daniel Bernardes de Oliveira Babinski, Daniel Wei Liang Wang, Estela Waksberg Guerrini, Juliana Bonacorsi de Palma e Natasha Schmitt Caccia Salinas

Keywords

Electronic databases of judicial decision /
Jurisprudential research / Evaluation matrices

////////////////////

Abstract

The article aims to evaluate the completeness and the functioning of the courts' electronic databases of judicial decisions. Assuming that access to information from public institutions is necessary, courts have the duty to make their decisions public and easily accessible to citizens. On this basis, electronic databases of judicial decisions are currently the most adequate means for this task. In order to access the courts' transparency in publicizing their case law, the article presents two evaluation matrices (the basic matrix and the boolean operators matrix), stemming from the premise that the courts' electronic databases should contain the complete content of all rendered decisions, and should supply adequate research tools for online research, covering the entire decision. To illustrate the use of the presented matrices, they are applied to assess the electronic databases of the Brazilian Federal Supreme Court and the Brazilian Superior Court of Justice.

1 Introdução

No contexto de um Estado Democrático de Direito, há sempre uma especial atenção às constantes interações entre os tomadores de decisões e aqueles que serão por elas afetados. Uma das preocupações centrais na democracia é garantir que os cidadãos possam controlar as atividades do Poder Público. Daí nasce, nos últimos 20 anos, a imensa literatura que discute *accountability* das instituições públicas¹⁰. Essa literatura é imensa não só em razão da quantidade de livros e artigos escritos sobre o tema, mas também em virtude dos diversos desdobramentos que o tema possibilita.

Neste artigo, contudo, estamos preocupados apenas com um aspecto da *accountability*: o acesso à informação. A ideia de que o controle das escolhas e *performance* do Poder Público depende da transparência de seus atos é amplamente reconhecida por organizações internacionais como a Organização dos Estados Americanos (Organization of American States [OAS], 2000), o Banco Mundial (World Bank, 2010) e a Organização das Nações Unidas (Mendel, 2008). Essa também é uma aposta feita em diversos países que aprovaram leis obrigando instituições públicas a tornarem públicas informações sobre suas atividades. Apenas a título de exemplos: a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal 12.527/11) no Brasil, a *Freedom of Information Act* no Reino Unido (2000), a *Freedom of Information Act* nos Estados Unidos (1966) e a *Access to Information Act* no Canadá (1985).

Focaremos, ademais, no acesso à informação em apenas uma instituição, o Poder Judiciário, e com especial ênfase ao problema da disponibilização dos julgados dos tribunais em suas bases eletrônicas de julgados para acesso via Internet.

Em um contexto onde a legitimidade política e social do Judiciário é questionada (Santos, 2005, p. 87) e o interesse na atuação dos tribunais é crescente, a transparência de seus atos ganha especial importância. Isso se reflete, por exemplo, na Lei de Acesso à Informação Pública que, de forma explícita,

10. Duas obras coletivas centrais, uma nos Estados Unidos e outra na América Latina são, respectivamente, Przeworski, Stokes & Manin (1999) e Peruzzotti & Smulovitz (2002).

estende sua aplicação ao Judiciário¹¹. Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹² tem buscado estruturar política de acesso às decisões judiciais. Em 2009 foi editada a Resolução n. 79 que dispõe sobre a transparência na divulgação das atividades do Poder Judiciário, prevendo como princípio a preferência pela disponibilização de informação pública por meio eletrônico. Na sequência, em 2010, o CNJ editou a Resolução n. 121 para disciplinar especificamente a divulgação de dados processuais eletrônicos na Internet com a finalidade de garantir o direito de os cidadãos consultarem os dados básicos dos processos judiciais, que compreendem: número, classe e assuntos do processo; nome das partes e seus advogados; movimentação processual; e inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos¹³.

Porém, a política de consulta às informações processuais no âmbito do Judiciário ainda é um desafio. No ano de 2012, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) disponibilizou em seu banco de dados eletrônico – disponível em página eletrônica institucional¹⁴ e acessível pela população em geral – 51% das decisões julgadas no ano, um significativo progresso tendo em vista em que 2008 foram apenas 26% as decisões alimentadas na mesma plataforma. Trata-se, portanto, de uma política em construção.

É neste contexto que o presente artigo se insere. O seu principal objetivo é mostrar a importância da questão do acesso às informações processuais no Judiciário, contextualizá-lo e propor reflexão sobre possíveis mudanças para aprimoramento desta ferramenta fundamental às pesquisas empíricas, mas igualmente relevante à cidadania e à democracia.

11. Cf. art. 1º, inc. I, da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011).

12. “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.” Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em 11.12.2013.

13. Cf. art. 1º e art. 2º da Resolução 121/2010 do CNJ.

14. <<http://www.stf.jus.br>>

2 Panorama do problema: bancos de dados eletrônicos e pesquisas com jurisprudência

O desenvolvimento das tecnologias da informação, assim como a popularização do acesso a páginas disponíveis na Internet, propiciaram meios mais efetivos para a publicização das informações produzidas pelos tribunais. Uma vez disponível *online*, a informação possui custos de acesso muito baixos. Ela está disponível de forma ampla e imediata, bastando acessar a rede mundial de computadores.

O uso da Internet como meio de acessar informação produzida pelos tribunais remodelou a função jurisdicional em termos de transparência e de acessibilidade (Fragale, 2009), afetando tanto a relação entre (i) tribunais e advogados – que, por meio do acompanhamento processual nos *sites* e do peticionamento eletrônico, precisam se deslocar menos aos cartórios dos tribunais (Santos, 2005, p. 93); (ii) advogados e seus clientes – que, por meio do acompanhamento processual nos *sites* dos tribunais, possuem mais fácil acesso ao que ocorre em seus processos e conseguem acompanhar e controlar melhor a atuação de seus representantes (Fragale, 2009, p. 349); quanto (iii) tribunais e o público em geral – que têm no sistema de busca de jurisprudência em bases eletrônicas *online* de julgados uma forma de escrutinar as decisões judiciais. Neste artigo, contudo, o foco será apenas na segunda relação: a dos tribunais e o público interessado em acompanhar sua atividade jurisdicional.

Nesse sentido, as bases eletrônicas de julgados onde são feitas as pesquisas de jurisprudência constituem hoje um importante meio para conferir publicidade à atividade judicial. Na ponta, a disponibilização dos julgados em um banco de dados eletrônico permite que a sociedade controle as decisões judiciais de modo mais efetivo e simplificado. O *controle social* é importante porque é uma das formas de averiguar se decisões judiciais são racionais, coerentes e baseadas em premissas moralmente e juridicamente justificáveis e, eventualmente, de questionar a atuação das cortes. Esse controle pode ser realizado por atores sociais como a mídia, a sociedade civil organizada, advogados, entre outros. Contudo, neste artigo focaremos em um tipo de controle – aquele exercido pelos acadêmicos em Direito e Ciências Sociais por

meio de suas pesquisas de jurisprudência. Não se trata, por certo, de pesquisas jurisprudenciais para seleção de acórdãos que subsidiem teses argumentativas utilizadas em petições e em pareceres para fins de ilustração e convencimento. A forma como o banco de dados eletrônico é construído – do qual serão extraídas as decisões judiciais para composição da amostra de análise – importa para a realização de pesquisas jurisprudenciais com rigor metodológico. Afinal, todos os acórdãos são efetivamente disponibilizados no banco de dados eletrônico de determinado tribunal? Se nem todos os acórdãos apreciados constam no banco de dados eletrônico, quais são os critérios utilizados pelo tribunal para seleção daqueles que são incluídos? A pesquisa de jurisprudência realizada em determinado banco de dados eletrônico permite ao pesquisador constituir uma amostra que reflita exatamente a realidade das decisões proferidas do tribunal? Ou será que os critérios de pesquisa são frágeis, impedindo que o pesquisador tome contato com os principais julgados ou com significativo número de acórdãos sobre o tema pesquisado? Essas questões – fundamentais em qualquer pesquisa de jurisprudência – têm direto relacionamento com o formato do banco de dados eletrônicos dos tribunais.

Essas perguntas são muito importantes no contexto atual em que existe uma preocupação crescente em se estudar a jurisprudência no Brasil. O estudo do Direito com uma abordagem meramente doutrinária e dogmática baseada na hermenêutica de princípios abstratos ou na descrição da legislação positiva tem cedido espaço a pesquisas focadas em entender como os tribunais aplicam (criam?), de fato, o Direito. Aos poucos a jurisprudência deixa de ser estudada de forma secundária nas monografias e nos trabalhos jurídicos, e ela passa a ser o objeto principal de estudo – ou, ao menos, um objeto de igual importância se comparado à legislação e à doutrina.

A título de exemplo, instituições como a DIREITO GV, a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) e o Instituto de Pesquisa Econômicas Aplicadas por meio da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED) têm fomentado pesquisas empíricas em Direito com uso de jurisprudência. A quantidade crescente de dissertações e de teses em Direito que fazem da pesquisa

de jurisprudência seu principal método é também notável. E, como seria de se esperar, dada a facilidade do acesso a julgados pela Internet, os bancos de dados eletrônicos dos tribunais são a principal fonte de pesquisa da imensa maioria das pesquisas de jurisprudência. Daí a importância de se questionar criticamente esse objeto de estudo.

A pesquisa de jurisprudência não é, no entanto, apenas relevante para acadêmicos em Direito. Com a promulgação da Constituição de 1988, cientistas políticos assumiram um especial interesse em analisar as decisões do judiciário, o qual assumiu *status* de ator político no cenário nacional. Para estudar o fenômeno da “judicialização da política” e do “ativismo judicial”, cientistas políticos também analisam de forma sistemática as decisões dos tribunais – com destaque para as do Supremo Tribunal Federal – para avaliar de que modo as decisões do Poder Judiciário afetam o sistema político. Deste modo, instituições como o Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – antigo IUPERJ – se valem extensivamente de pesquisas jurisprudenciais de cunho quantitativo e qualitativo, para as quais a completude e o bom funcionamento dos sistemas de busca se tornam imprescindíveis.

José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 325-6) já apontava problemas para realizar pesquisas empíricas com jurisprudência em razão da dificuldade de acesso a um universo maior de decisões judiciais. O autor fez um trabalho sobre ações civis públicas envolvendo direito à saúde e direito à educação no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e concluiu que no Brasil a pesquisa da “cultura” dos tribunais está sujeita a diversos filtros. Primeiramente depende do fato de ter havido algum caso que consiga chegar pelo menos aos tribunais de segunda instância, e também porque depende da sensibilidade dos editores e das comissões editoriais das revistas, oficiais ou não, dos tribunais. Além do mais, “nem todas as decisões eram publicadas, nem todas as revistas têm a mesma circulação nacional”. Entre suas considerações acerca dos obstáculos encontrados, vale citar: o STJ e o TJ/SP não dispõem de sistema único de classificação das ações e nem de sistemas fáceis de busca; não há, no sistema de buscas para todo o período (a partir de 1995), um sistema de indexação

eletrônica confiável; nem todas as decisões estão transcritas integralmente em seus bancos de dados; as revistas oficialmente editadas não publicam todas as decisões e estão sujeitas a algumas políticas de publicação; os recursos de pesquisa eletrônica via rede de computadores são ainda muito limitados quando comparados com outros tribunais brasileiros.

Ao explicar as possíveis razões para a falta de tradição no Brasil de se usar a jurisprudência como material de trabalho nos trabalhos acadêmicos, Virgílio Afonso da Silva levanta como hipótese o problema do acesso à informação. De acordo com ele, o acesso à informação é “complicado e restrito”, muitas vezes é restrito “às informações constantes das ementas dos acórdãos ou a algumas palavras-chaves” e há casos em que os resultados da pesquisa “não se ajustam à expressão pesquisada” (Afonso da Silva, 2009, p. 33). De acordo com o autor, esses obstáculos dificultam o uso da jurisprudência de forma mais sistemática, ou seja, não apenas de forma exemplificativa ou como argumento de autoridade (Afonso da Silva, 2009, p. 33).

Problemas semelhantes foram enfrentados pelos autores do presente artigo que, em 2007, eram pesquisadores do programa de especialização *lato sensu* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Dentre as funções de pesquisa assumidas, os autores estavam encarregados de desenvolver pesquisa jurisprudencial para auxiliar professores na produção de material bibliográfico para o programa.

Ao empreender esta tarefa, os autores perceberam certas dificuldades para a realização de pesquisa jurisprudencial nos bancos de dados disponibilizados nas respectivas páginas eletrônicas dos tribunais, tais como: disparidade entre o conteúdo da ementa da decisão e o conteúdo de seu inteiro teor, ferramentas de busca confusas, recuperação de julgados sem qualquer relação com os termos de pesquisa utilizados na busca, existência de diferentes bancos de dados de julgados para pesquisa em um mesmo tribunal, dentre outros. Além disso, percebeu-se uma total falta de uniformidade nos mecanismos de busca utilizados pelos diferentes tribunais do país.

Nesse sentido, as ferramentas de pesquisa de jurisprudência disponíveis nas páginas eletrônicas dos

tribunais pesquisados não pareciam ser suficientes para que os usuários da Internet (principalmente aqueles que não possuem o domínio da pesquisa avançada) pudessem ter acesso pleno às decisões. Além das dificuldades no uso das ferramentas de busca, os autores também perceberam que os bancos de dados *online* de jurisprudência não continham todos os julgados. Portanto, os julgados disponíveis ao público para acesso por meio da Internet consistiam em apenas uma amostra do total de casos decididos pelos tribunais – uma amostra cujos critérios de escolha não estavam explícitos e que, portanto, não garantiam ao usuário que o resultado de sua pesquisa *online* representasse fidedignamente a posição dos tribunais sobre o tema pesquisado.

A equipe de pesquisadores organizou, assim, um projeto de investigação para buscar compreender a estrutura e a composição desses bancos de dados¹⁵. A primeira etapa desse projeto – realizada durante o segundo semestre de 2007 – teve como objeto de pesquisa as bases eletrônicas de julgados dos tribunais localizados na cidade de São Paulo¹⁶. Por meio de observação sistematizada das páginas eletrônicas e de entrevistas, foram investigados os seguintes aspectos: o formato e a estrutura dos bancos de julgados, as características das decisões inseridas nos bancos e seus respectivos métodos de alimentação, bem como a regulamentação existente nos tribunais para a atividade de processamento e divulgação de julgados ao público.

Nessa investigação foi possível observar que: (i) nem todos os bancos eletrônicos disponibilizam a totalidade das decisões, (ii) nem todas as decisões disponibilizadas estão na íntegra; e (iii) nem sempre as ferramentas de busca apresentadas são precisas ou permitem fácil acesso aos julgados – o que confirmou nossa hipótese de pesquisa. O TJ de São Paulo pu-

blicava, por exemplo, apenas 5% dos seus julgados, sendo que o critério de publicação ficava a critério de cada desembargador (Pereira *et al.*, 2008).

Nessa perspectiva, parece haver uma subutilização de uma tecnologia como a Internet, o que cria diversos óbices nas pesquisas com jurisprudência feita pela comunidade acadêmica. A superação destes entraves é a discussão que faremos nos próximos itens.

Problemas deste tipo são muito atenuados em países como os Estados Unidos, em que o pleno acesso à produção jurisprudencial dos tribunais americanos é crucial para o próprio funcionamento do sistema jurídico, no qual a decisão judicial constitui fonte primordial do direito. Além disso, uma das razões pelas quais a pesquisa empírica em Direito é tão avançada neste país se deve ao fato de que há uma profusão de bancos de dados completos e altamente organizados, impressos e eletrônicos, públicos e privados, à disposição do público. É certo que neste país os melhores bancos de dados eletrônicos são privados, com destaque para o *Westlaw* e o *Lexis Nexis*. Além de disponibilizarem a integralidade das decisões proferidas pelas cortes estaduais e federais, esses bancos de dados desenvolvem ementários e indexações padronizadas e colocam à disposição do público ferramentas de busca intuitivas e de fácil utilização. Apesar de privados, o uso destes bancos de dados eletrônicos é amplamente disseminado no meio acadêmico, já que os seus custos de acesso são amplamente custeados pelas universidades. Caso o pesquisador não tenha vínculo com uma universidade ou com uma instituição de pesquisa que custeie o acesso a estes bancos, meios alternativos de pesquisa – sobretudo impressos – estão à disposição. Em primeiro lugar, as cortes estaduais e federais em sua grande maioria disponibilizam em suas respectivas páginas eletrônicas todos os seus acórdãos, em inteiro teor, minutos depois que as decisões são proferidas. Estas decisões só deixam de fazer parte das páginas eletrônicas dos tribunais após serem reunidas e publicadas periodicamente, em ordem cronológica, em veículo impresso oficial. As decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, são publicadas oficialmente na publicação *United States Reports*. Nela, o usuário tem acesso a todas as decisões deste tribunal, sem exceção. Esta publicação está disponível tanto na forma impressa quanto na própria página do

15. Além do banco de dados de julgados, os Tribunais tendem a fornecer também banco de dados para acompanhamento processual, o que não é objeto da presente pesquisa.

16. Foram investigados, nessa pesquisa, os bancos de dados dos tribunais sediados no município de São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP), Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJM/SP) e Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região (TRT).

tribunal. Além disso, empresas como a *West Publishing Company* também publicam as decisões das cortes federais e estaduais em um conjunto de publicações denominado *National Reporter System*. Para os estados que não possuem publicação oficial a equivalente aos *United States Reports* da Suprema Corte americana, as publicações do *National Reporter System* constituem o veículo principal de disponibilização destas decisões. Os volumes desta publicação não só estão disponibilizados na grande maioria das bibliotecas jurídicas do país, como também compõem o acervo dos bancos digitais *WestLaw* e *Lexis Nexis* acima mencionados.¹⁷

3 Proposta de uma matriz de análise dos bancos de dados

Uma forma de enfrentar a questão da consulta a decisões judiciais é *apresentar matrizes de análise de bancos de dados eletrônicos de julgados*¹⁸. Optamos por elaborar matrizes de análise de banco de dados eletrônico de julgados a partir dos aspectos que consideramos indispensáveis à compreensão do funcionamento do banco de dados e à avaliação de sua efetividade. As matrizes servem à realização de pesquisas empíricas de jurisprudência na medida em que permitam compreender a *estruturação* e o *funcionamento* do banco de dados eletrônico de jurisprudência investigado e que salientem os *problemas* que o pesquisador deve enfrentar para compor a sua amostra da forma mais satisfatória possível. Em termos de gestão pública, as matrizes que propomos podem ser úteis ao endereçamento de soluções concretas para fins de aprimoramento do banco de dados eletrônico de julgados de determinado tribunal.

Essas matrizes podem ser aplicadas a qualquer banco de dados, como realizado a título exemplificativo com relação aos bancos de dados eletrônicos do STF e do STJ, para reconhecer como esses tribunais for-

mam seus bancos de dados de julgados e em que medida eles favorecem uma efetiva pesquisa jurisprudencial. Trata-se, ainda, de uma etapa preliminar aos estudos jurisprudenciais que permite aperfeiçoar as pesquisas de jurisprudência e diagnosticar eventuais disfuncionalidades que podem tornar o trabalho do intérprete custoso ou mesmo comprometer o rigor metodológico da busca de julgados que comporão a amostra de pesquisa.

O método propõe que um modelo de base eletrônica de jurisprudência deve ter as seguintes características fundamentais: (i) banco de dados composto pela totalidade dos julgados proferidos pelo tribunal; (ii) disponibilização dos julgados em seu inteiro teor; (iii) ferramentas de pesquisa que possibilitem a varredura de toda a decisão para a recuperação de julgados, não somente de partes da decisão; e (iv) os sistemas de busca de fáceis compreensão e utilização. Desse modo, a matriz permite avaliar a forma pela qual os tribunais disponibilizam seus julgados em suas páginas eletrônicas e contribuir para a realização de pesquisas jurisprudenciais mais rigorosas.

A completude do banco de dados jurisprudencial corresponde à disponibilização de todas as decisões judiciais na íntegra para pesquisa, não apenas às partes do processo, mas a qualquer interessado pelas decisões dos tribunais. A constituição do banco de dados integral se mostra relevante na medida em que possibilita extrair informações seguras e efetivamente representativas da produção jurisprudencial. Isso impede qualquer tipo de viés na seleção das decisões que serão acessíveis para pesquisa *online* e possibilita ao pesquisador selecionar sua própria amostra de pesquisa, definindo a informação que considera relevante para sua pesquisa, de acordo com os parâmetros e com a confiabilidade que ele mesmo quer estabelecer para sua pesquisa. A completude do banco de dados é de especial importância para pesquisas quantitativas, em que a definição de uma amostra representativa, confiável e não enviesada é essencial.

Disponibilizar a totalidade dos acórdãos, embora seja relevante, não é suficiente para revestir de transparência a pesquisa jurisprudencial. Além da integridade dos acórdãos, o banco de dados deve necessariamente disponibilizar os julgados em seu inteiro

17. Esta descrição sobre as fontes de pesquisa da jurisprudência dos Estados Unidos foi extraída de Cohen; Olson (2010), bem como da página eletrônica da Suprema Corte dos Estados Unidos: http://www.supremecourt.gov/opinions/info_opinions.aspx

18. Cf. Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. “Cartilha de Usabilidade para Sítios e Portais do Governo Federal”. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/cartilha-de-usabilidade-para-sitios-e-portais-do-governo-federal/view>>. Último acesso em 13 de setembro de 2012.

teor e permitir que o sistema varra toda a decisão em busca do termo de pesquisa utilizado – e não apenas a ementa ou indexação. Quando apenas a ementa ou indexação estão disponíveis para consulta ou quando a varredura é feita apenas nelas, o pesquisador precisa confiar que ementa ou indexação tenham sido adequadamente elaboradas pelos tribunais, isto é, que contenham precisamente os elementos essenciais da decisão. Se houver problemas na qualidade da ementa ou indexação, a pesquisa pode ficar seriamente prejudicada porque decisões que poderiam constituir a amostra podem não ser localizadas.

Além do problema de como a ementa e a indexação são feitas, limitar a consulta a esses elementos pode comprometer o resultado da pesquisa, pois muitas vezes o que interessa ao pesquisador pode estar no inteiro teor da decisão, por melhor que seja feito o trabalho do tribunal em redigir esses elementos da decisão. Principalmente em pesquisas qualitativas, o que se busca pesquisar é menos o resultado de uma decisão judicial e mais a forma como os magistrados desenvolveram sua argumentação ou o debate que houve no tribunal durante o julgamento, o que dificilmente pode ser apreendido apenas pela leitura da ementa ou da indexação.

Existem também aspectos outros de uma decisão que dificilmente apareceriam em uma ementa ou indexação e que poderiam ser localizados apenas se o sistema varresse o inteiro teor. A título de exemplo, em um trabalho sobre o uso de dados empíricos nas decisões judiciais, Paul Yowell (2012) encontrou centenas de decisões nos Estados Unidos, Canadá e Europa cuja fundamentação era baseada em dados da *Wikipedia*. Embora isso dificilmente fosse informado em uma ementa, é um dado de central importância para se discutir a qualidade das decisões judiciais.

Por fim, o banco de dados deve ser de fácil manuseio. Longe de constituir um argumento de comodidade ou simplesmente pragmático, é necessário entender que o banco de dados formado pelo tribunal deve servir de meio de consulta e de controle. O caráter universal atinente ao princípio da publicidade impõe a obrigação de facilitar o recolhimento de informações, contando o banco de dados, para tanto, com classificações objetivas, claras e não contraditórias.

Além de propor um método, o presente artigo também o aplica para abordar se há completude dos bancos de dados eletrônicos do STF e do STJ e como é a funcionalidade de seus sistemas de pesquisa via Internet, respondendo às seguintes questões: os bancos de dados eletrônicos do STF e do STJ disponibilizam todas as decisões de modo a permitir uma pesquisa jurisprudencial completa? Essas decisões são apresentadas em seu inteiro teor? As ferramentas de busca permitem um fácil acesso às decisões?

Para responder essas questões, torna-se necessário observar sistematicamente as páginas eletrônicas dos tribunais, recorrendo a estratégias de comunicação com os responsáveis pelo gerenciamento dessas páginas, procurando investigar o formato e a estrutura dos bancos, as características das decisões inseridas nas bases e seus respectivos métodos de alimentação, bem como da eventual regulamentação existente nos tribunais para a atividade de processamento e de divulgação dos julgados ao público.

A partir do modelo de base eletrônica de jurisprudência mencionado acima, categorias de investigação foram construídas versando sobre os seguintes temas: (i) estrutura administrativa do setor responsável pelo processamento das decisões – em especial no que diz respeito às atribuições e perfis dos funcionários; (ii) métodos utilizados para elaboração de conteúdos auxiliares ao teor das decisões, como ementas e palavras-chave indexadas; (iii) métodos utilizados na alimentação das decisões na base de dados, averiguando a periodicidade de alimentação dos bancos, o período em que se iniciou a alimentação de decisões, o volume e a qualidade das decisões disponibilizadas na página eletrônica; e (iv) formato do banco de dados, em especial a identificação dos campos de busca, o formato e eficácia dos operadores booleanos, as maneiras de recuperação das decisões – varredura de toda a decisão, varredura somente da ementa e/ou de palavras-chave previamente selecionadas.

Da observação das páginas eletrônicas dos tribunais, duas matrizes de pesquisa, ou dois questionários, foram gerados: (i) uma *matriz base*, contemplando todos os temas acima mencionados, e (ii) uma matriz exclusiva para a averiguação dos operadores booleanos – a que denominamos de *Matriz de Operadores Booleanos*.

A *matriz base* possibilita o levantamento de diversos dados essenciais para descrição do banco de dados no que se refere a sua estrutura e ao seu funcionamento, bem como para a avaliação do grau de transparência do tribunal com relação às suas decisões judiciais. Dentre tais dados, destacam-se a identificação da existência de um ou mais bancos de dados gerenciados pelo tribunal, os campos e os critérios de busca e a forma de varredura dos acórdãos, a periodicidade da alimentação dos bancos de dados, a taxatividade dos acórdãos neles disponibilizados, os eventuais responsáveis pela seleção das decisões disponibilizadas e os procedimentos adotados para a disponibilização dos julgados. A esse respeito, algumas observações merecem ser traçadas acerca dos critérios de análise presentes nas matrizes.

Quanto à necessidade de se identificar se existe um *banco de dados eletrônico alternativo* ao banco de dados apresentado na Internet, isso se justifica pelo fato de que há tribunais que possuem bancos de dados internos mais completos que os bancos de dados disponibilizados publicamente por meio da Internet. Esses bancos podem ou não ser acessíveis ao público, a critério da administração de cada tribunal.

No que diz respeito aos *campos e critérios de busca* das bases de dados, a matriz base procurou contemplar todos os possíveis campos disponibilizados para pesquisa pelos tribunais, cabendo ao pesquisador que aplica a matriz identificar quais campos de busca são de fato adotados pelo banco de dados de cada tribunal. Aplicando-se as matrizes numa perspectiva comparativa, percebe-se claramente a enorme disparidade de critérios de busca utilizados pelos tribunais brasileiros.

A forma de *varredura dos acórdãos* também é normalmente utilizada de forma não padronizada pelos tribunais: enquanto os bancos de dados de alguns tribunais permitem a varredura completa dos acórdãos para a realização da pesquisa, outros bancos de dados possibilitam apenas a varredura da ementa dos acórdãos disponibilizadas na internet.

Já a *periodicidade e taxatividade de alimentação dos bancos eletrônicos*, bem como os procedimentos para classificação e disponibilização dos julgados consti-

tuem dados presentes na matriz que normalmente não são obtidos a partir da mera observação e do uso da página eletrônica dos tribunais. Normalmente não é possível verificar, a partir da observância e da utilização dos bancos de dados da Internet, se todas as decisões proferidas por um determinado tribunal estão de fato disponíveis para a população. Tampouco se torna possível identificar os critérios utilizados, por exemplo, na indexação de palavras-chave relacionadas a um determinado acórdão, critérios estes que exercerão enorme influência na produção de resultados da pesquisa jurisprudencial eletrônica. É preciso, recorrer, para a análise desses e de outros importantes dados, à comunicação por correio eletrônico, ligações telefônicas e/ou entrevistas presenciais, já que estas informações normalmente não são publicizadas. Por essa razão, o preenchimento da matriz base se realiza fundamentalmente por meio da observação do banco de dados eletrônico de determinado tribunal e de entrevista com os responsáveis pelos setores de jurisprudência.

Além da *matriz base*, a *matriz de operadores booleanos* é outra importante ferramenta de análise da presente pesquisa. Operadores booleanos são códigos e símbolos disponibilizados pelos bancos de dados eletrônicos para auxiliar os usuários em suas pesquisas. Desde a realização dos primeiros testes empreendidos com esta matriz, percebeu-se que os operadores booleanos, que podem tanto ser explícitos¹⁹ quanto implícitos²⁰, dependendo da maneira como são disponibilizados aos usuários, podem tanto facilitar quanto dificultar enormemente a pesquisa empreendida por meio da Internet. É por esta razão que testes foram empreendidos com os operadores booleanos mais recorrentes visando identificar se estes são de fato dotados de funcionalidade, ou seja, se cumprem a função para a qual foram construídos e disponibilizados ao público-usuário.

Para ilustrar a aplicação das matrizes mencionadas, foram analisadas as páginas eletrônicas do STF e do STJ. Os resultados serão discutidos nos próximos

19. Este é o caso dos operadores “e”, “ou”, “adj”, “adj(número de 1 a 99)”, “não”, “prox”, “prox(número de 1 a 99)”, “\$”, “\$(número de 1 a 99)”, “mesmo”.

20. Eis alguns exemplos de operadores implícitos: “ ”, (), - , { }, [], # #, %, / , +, -, =.

itens do presente artigo e as matrizes ora propostas seguem em apêndice. Vale sublinhar que o objetivo deste trabalho não é discutir os resultados relacionados ao STF e STJ, mas sim possibilitar a discussão a respeito das categorias de análise criadas para observação e análise de qualquer banco de julgados disponibilizado em página eletrônica de qualquer tribunal. Nosso argumento central é que um modelo ideal de banco de dados é composto pela totalidade das decisões de um tribunal (ressalvados os casos de sigilo processual determinados em lei), disponibilizadas em seu inteiro teor e com ferramentas de pesquisa que possibilitam a varredura em toda a decisão, favorecendo uma pesquisa jurisprudencial criteriosa, independentemente do tipo de uso que se pretende fazer com o julgado.

4 Modelos de aplicação das matrizes de análise das bases eletrônicas de jurisprudência

4.1 O banco de dados eletrônico do Supremo Tribunal Federal²¹

A página eletrônica do STF²² foi criada em 1996 e desde esta data é possível realizar pesquisas de jurisprudência em seu campo. No começo, o banco de dados eletrônico dispunha de poucos acórdãos. Gradativamente os acórdãos foram digitalizados e incorporados ao banco de dados até a conclusão dos trabalhos em 2000, quando os acórdãos publicados após 5 de julho de 1950 foram disponibilizados. Nesse período, o STF contou com uma empresa terceirizada para construção do banco de dados e para a alimentação de seu conteúdo. Após 2002, o trabalho de digitalização e disponibilização dos acórdãos passou a ser feito pelo próprio tribunal.

21. Para desenvolver este item, contamos com a resposta do Chefe da Seção de Gerenciamento do Banco de Jurisprudência do STF, Sr. Anderson Alves dos Santos, a quem agradecemos. As informações também se apoiam nas matrizes base e de operadores booleanos preenchidas com a observação do site do STF, bem como de documentos fornecidos pelo Supremo (tesauros – sistema de indexação de acórdãos, organograma e manual de análise de jurisprudência). Todas as conclusões alcançadas são de inteira responsabilidade dos autores.

22. <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 8 de setembro de 2012.

O banco de dados eletrônico não é o único banco de dados existente no STF, que também conta com o *Ementário de Jurisprudência*, repositório físico onde se encontram os acórdãos publicados após 5 de julho de 1950. Trata-se de um banco de dados físico acessível a qualquer interessado mediante agendamento com o chefe da Seção de Gerenciamento do Banco de Jurisprudência. Dessa forma, o público tem à disposição tanto o banco de dados eletrônico – que pode ser acessado diretamente pelo usuário por meio eletrônico de formulário disponível na página ou pessoalmente na Seção de Pesquisa de Jurisprudência – quanto o ementário de jurisprudência para tomar contato com as decisões do Supremo. Adverte-se, porém, que o usuário pode obter resultados de pesquisa diferentes conforme a fonte acessada, dada a diferença de mecanismos de busca entre o banco de dados eletrônico e o banco de dados físico.

Outra relevante fonte de pesquisa de jurisprudência do Supremo corresponde aos repositórios de jurisprudência, assim compreendidos os “repertórios e revistas impressos ou em meio digital que reproduzem, na íntegra, decisões do Supremo Tribunal Federal, obrigatoriamente, e de outros tribunais do País”, nos termos do art. 1º, caput, da Resolução n.º 330/06 do STF²³. Os repositórios de jurisprudência são classificados em repositórios oficiais²⁴, repositórios tradicionais²⁵ e repositórios autorizados²⁶, todos igualmente

23.A Resolução n.º 330/96 disciplina o registro de repositórios autorizados de jurisprudência para indicação de julgados proferidos pelo STF, revogando o disposto na Resolução n.º 19/85. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO330-2006.PDF>. Acesso em 8 de setembro de 2012.

24. São considerados repositórios oficiais de jurisprudência do STF aqueles previstos no art. 99 do Regimento Interno do Supremo, quais sejam: Diário de Justiça (DJ), Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Revista do Supremo Tribunal Federal (RSTF), Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ), Súmula Vinculante, Súmula da Jurisprudência Predominante do STF e Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência (1892 – 1898). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepositorioJurisprudencia/anexo/ListadosRepositoriosdeJurisprudenciaCMS.pdf>. Acesso em 8 de setembro de 2012.

25. São considerados repositórios tradicionais aqueles listados no art. 6º da Resolução n.º 330/06 do STF, quais sejam: Arquivo Judiciário, Direito, O Direito, Revista de Crítica Judiciária, Revista de Direito (Bento Faria), Revista de Jurisprudência Brasileira e Revista Jurídica. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO330-2006.PDF>. Acesso em 8 de setembro de 2012.

26. São considerados repositórios autorizados aqueles que rece-

Formulário para Solicitação

Nome Completo:

E-mail: Confirme seu e-mail:

Telefone para contato: Cidade: UF:

Tipo de Pesquisa:
 Jurisprudência Inteiro Teor

Assunto:

Legislação pertinente e/ou mais informações:

Figura 1. Formulário para solicitação de pesquisa de jurisprudência junto ao STF. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaEmail/criarSolicitacaoEmail.asp>

voltados a colecionar e conferir publicidade aos julgados do Supremo. Em outros termos, apesar da classificação feita pelo Supremo, inexistente diferença prática entre os tipos de repositórios de jurisprudência.

Ademais, é possível solicitar uma *pesquisa via e-mail* ao próprio STF. O contato é feito pelo e-mail “jurisprudencia@stf.jus.br”. A *solicitação de pesquisa* perante o Supremo, por sua vez, toma por base o preenchimento de formulário disponível no próprio site do STF²⁷, como reproduzido na *Figura 1*.

O pedido de pesquisa de jurisprudência é apreciado e respondido pela Coordenadoria de Análise de Jurisprudência da Secretaria de Documentação. Este foi o recurso utilizado pelo grupo de pesquisa para obter as informações sobre a composição do banco

beram registro do STF mediante procedimento formal segundo rito estabelecido na Resolução n.º 330/06, a exemplo da Jurisprudência Brasileira Criminal, LEX-Jurisprudência do STF, Revista Ciência Jurídica, Revista de Direito Público, Revista de Direito Administrativo, Revista Dialética de Direito Tributário, Revista dos Tribunais, Revista Forense e Revista Trimestral de Jurisprudência. A listagem completa dos repositórios autorizados está disponibilizada na página da internet <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepositorioJurisprudencia/anexo/ListadosRepositoriosdeJurisprudenciaCMS.pdf>. Acesso em 8 de setembro de 2012.

27. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaEmail/criarSolicitacaoEmail.asp>. Acesso em 8 de setembro de 2012.

de dados eletrônico do tribunal, por exemplo. Importante advertir que há o limite máximo de duas solicitações por dia, as quais serão respondidas em até 72 horas. Em experiências antecedentes, as solicitações de pesquisa foram prontamente atendidas, inclusive com resultado de busca contemplando maior número de julgados em comparação com a pesquisa de jurisprudência eletrônica disponibilizada pelo tribunal aos usuários em geral.

Tal diferença decorre, fundamentalmente, do fato de o Supremo trabalhar com *programas de busca internos*, de acesso restrito aos funcionários, por meio do qual a pesquisa de jurisprudência solicitada ao setor de análise de jurisprudência se efetiva. Assim, embora a base de dados seja a mesma para tribunal e usuários externos na página da internet, os recursos de busca são diferentes, sendo o programa de busca do STF mais sofisticado quando comparado com o fornecido pela página eletrônica de pesquisa de jurisprudência, o que permite alcançar resultados mais efetivos.

O *banco de dados eletrônico* de livre acesso aos cidadãos encontra-se no *site* do Supremo²⁸, com o forma-

28. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 8 de setembro de 2012.

Pesquisa Livre:

e ou adj não prox mesmo \$ Consultar Vocabulário Jurídico (Tesauro)

Pesquisa por campo específico:

Número:

Ministro: Todos

Data: a

Órgão Julgador:

Ementa/Indexação:

Legislação:

Número

ART PAR INC LET +

Acórdãos Repercussão Geral Súmulas Vinculantes Súmulas
 Decisões Monocráticas * Decisões da Presidência * Informativo
 Questões de Ordem Todas

AJUDA PESQUISAR LIMPAR

* Esta base contém apenas decisões selecionadas.

Figura 2. Campo de pesquisa eletrônico de jurisprudência do STF. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

to que é apresentado na *Figura 2*.

Como características gerais, o campo de pesquisa de jurisprudência do Supremo é informado por campo para realização de *pesquisa livre* de jurisprudência, onde o usuário insere as palavras-chave que julgar estrategicamente mais adequadas à coleta do maior número possível de julgados, com ou sem recurso aos operadores booleanos, indicados no campo abaixo. Caso prefira, o usuário tem à sua disposição campo específico de pesquisa de jurisprudência, em que são discriminados critérios de busca por julgados, quais sejam: número da decisão; Ministro (Relator); período de busca (em que se deve prever a data inicial e a data final da varredura); o órgão julgador (se Plenário, 1ª Turma ou 2ª Turma); ferramenta de busca na indexação e na ementa; legislação invocada no julgado; e preceito normativo apreciado na decisão.

Muito embora a pesquisa de jurisprudência seja fun-

damentalmente realizada com a finalidade de compor amostra de julgados jurisprudenciais – o que é especialmente caro em pesquisas acadêmicas, outros resultados podem ser alcançados com a pesquisa, a exemplo da relação de súmulas, súmulas vinculantes, decisões monocráticas e informativos²⁹. Registra-se que após a reformulação do banco de dados eletrônico de jurisprudência, não são mais contemplados como resultados de busca a jurisprudência relevante³⁰ e coletânea de acórdãos (COLAC)³¹, antes previstos.

29. De modo taxativo, são resultados que podem ser obtidos por meio de pesquisa de jurisprudência eletrônica no site do STF: *acórdãos em geral; acórdãos proferidos em repercussão geral; súmulas vinculantes; súmulas; decisões monocráticas; decisões da Presidência; Informativos; e Questões de Ordem.*

30. A jurisprudência relevante era formada por acórdãos e decisões monocráticas apontadas pelos Ministros do Supremo como relevantes.

31. A coletânea de acórdãos (COLAC) era formada por acórdãos sem comprovação de autenticidade, devido à falta de dados de suas publicações.

Duas positivas mudanças podem ser apontadas com relação à nova formatação do campo de pesquisa eletrônica de jurisprudência no *site* do STF.

Primeiramente, é notório o aprimoramento do Tesouro do Supremo Tribunal Federal (TSTF). O STF apresenta o seguinte entendimento sobre Tesouro: “[é] um tipo de vocabulário utilizado por pessoas que compartilham uma mesma linguagem em dada área de conhecimento. É uma ferramenta de controle terminológico que tem por objetivo a padronização da informação”³². Trata-se de útil mecanismo que confere maior eficiência à pesquisa de jurisprudência na medida em que as variantes da palavra-chave pesquisada são indicadas. Como consequência, a pesquisa de jurisprudência torna-se mais segura e completa.

O TSTF encontra-se melhor localizado na página da internet, oportunamente abaixo do espaço destinado à pesquisa livre de jurisprudência, o que facilita o reconhecimento desta útil ferramenta pelo usuário. Ademais, o TSTF é agora eletrônico, bastando que o usuário indique a palavra-chave no espaço destinado. Abaixo está a imagem do resultado da análise da expressão “desapropriação” (Figura 3).

Vocabulário Jurídico (Tesouro)

Termo:

Resultado da Pesquisa Tesouro: "desapropriação"

AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

CAT	DPC DIREITO PROCESSUAL CIVIL
-----	------------------------------

DESAPROPRIAÇÃO

NOTA	Veja art. 5º, inciso XXIV, art. 182 e art. 184 da Constituição Federal. A desapropriação é um procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo por justa indenização. É forma originária de aquisição da propriedade, pois não prevê nenhum título anterior
UP	DESAPROPRIAÇÃO DIRETA PROCEDIMENTO DE DESAPROPRIAÇÃO
TE	DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA DESAPROPRIAÇÃO POR NECESSIDADE PÚBLICA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA EXPROPRIAÇÃO
TG	INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE
TR	ÁREA PARTICULAR ASSENTAMENTO RURAL
	DAG DIREITO AGRÁRIO DCT DIREITO CONSTITUCIONAL

DESAPROPRIAÇÃO DIRETA

USE	DESAPROPRIAÇÃO
CAT	DAD DIREITO ADMINISTRATIVO DAG DIREITO AGRÁRIO DCT DIREITO CONSTITUCIONAL

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

NOTA	Desapropriação de fato, operada mediante o apossamento unilateral, pela Administração Pública, de bem pertencente a particular. (HORCAIO, Ivan. Dicionário Jurídico. São Paulo: Primeira Impressão, 2008. p. 590).
UP	EXPROPRIAÇÃO INDIRETA
TG	DESAPROPRIAÇÃO
TR	PRINCÍPIO DA PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO
CAT	DAD DIREITO ADMINISTRATIVO DAG DIREITO AGRÁRIO

Figura 3. Campo de pesquisa eletrônica Tesouro Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp>.³³

A segunda inovação encontrada nessa nova configuração do banco de dados eletrônico disponibilizado pelo STF corresponde à especificação de que nem todos os julgados proferidos pelo Supremo estão relacionados na base, nos seguintes termos: “[e]sta base contém apenas decisões selecionadas”. Esta informação é relevante às pesquisas acadêmicas, pois permite concluir que os achados de pesquisa

descriptor, revelando a situação concreta em que o descriptor foi empregado e *identificadores* (agrupam nomes de pessoas, instituições, países, estados-membros, programas etc.)”. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarVocabularioJuridico.asp>.

32. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarVocabularioJuridico.asp> Acesso em 8 de setembro de 2012.

33. “*Descriptor*: termo escolhido para representar um conceito no Tesouro que será utilizado na indexação e na recuperação de determinado assunto. Quando houver outros termos que representem o mesmo conceito, antes do termo descriptor, constará a sigla *USE*. *Não-descriptor*: termo que, embora descreva o mesmo conceito que o descriptor, não é autorizado na indexação, para evitar a proliferação de sinônimos. Antes de cada não-descriptor, constará a sigla *UP*. *Nota explicativa (NE)*: fornece uma definição do termo ou uma orientação sobre como utilizá-lo em um indexação. *Termo genérico (TG)*: indica que há relação hierárquica entre termos com relação gênero-espécie e que este descriptor representa o termo com o conceito mais abrangente. *Termo específico (TE)*: indica os termos subordinados ao termo genérico da cadeia hierárquica. *Termo relacionado (TR)*: indicação relação entre termos que não formam uma hierarquia (gênero-espécie), mas que são associados mentalmente, de forma automática. Serve para orientar o indexados quanto às possibilidades de encadeamento de descritores e para sugerir ao usuário formas de limitar ou expandir uma pesquisa. *Categoria (CAT)*: o STSF é organizado em três grupos de categorias: *ramos do direito* (direito constitucional, direito civil etc.), *especificadores* (agrupam termos que restringem o conceito de um

são limitados e tão somente representativos da dinâmica institucional de controle judicial conduzido pelo Supremo. No entanto, a disponibilização de decisões selecionadas aos usuários é passível de crítica porque obriga o pesquisador a trabalhar com uma amostra selecionada a partir de critérios que podem não ser as que ele precisa e porque o impede de conhecer a totalidade dos julgados, o que pode comprometer o resultado das pesquisas, principalmente as de caráter quantitativo.

Nos *Gráficos 1 e 2*, apresentamos o grau de representatividade do banco de dados jurisprudenciais disponibilizado aos usuários na página eletrônica do STF.

Como se verifica, nem todas as decisões judiciais integram o banco de dados eletrônico. Nele constam apenas os acórdãos publicados após 5 de julho de 1950 reconhecidos como “principais”, ou seja, que apresentem novo posicionamento do STF com relação a determinado tema (algo próximo do que se conhece por *leading case*). Os acórdãos “sucessivos” são apenas indicados nos acórdãos principais, sem que o inteiro teor esteja disponível no banco de dados. Para tomar contato com os acórdãos sucessivos, o usuário deve buscar o inteiro teor por meio de pesquisa com o correspondente número ou contatar a Coordenadoria de Análise de Jurisprudência para solicitar a íntegra do acórdão. O efeito prático é evidente: para acessar o conjunto de acórdãos sobre determinado tema, deve-se recorrer aos acórdãos sucessivos, dado que o banco de dados apresenta ao usuário apenas os acórdãos principais relacionados.

A divisão entre acórdãos principais e sucessivos é feita pela Seção de Análise de Sucessivos. Os acórdãos sucessivos correspondem aos acórdãos de conteúdo semelhante, e às vezes idêntico, ao principal, segundo apreciação dos analistas do órgão. Isso significa que os acórdãos reiterados no mesmo sentido não estão disponibilizados no banco de dados eletrônicos, mas apenas o acórdão principal, ao qual se agregam os reiterados. Apesar de a divisão dos acórdãos em principal e sucessivo ser uma estratégia interessante para evitar que o usuário tome contato com alto número de acórdãos idênticos, deve-se salientar que a filtragem da jurisprudência é realizada pelo Supremo, e não pelo usuário. Em outros termos, a ausência

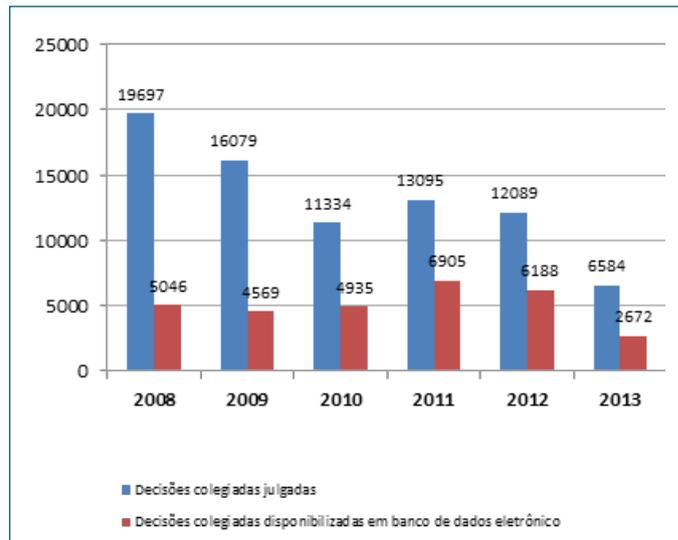


Gráfico 1. Relação de decisões colegiadas julgadas pelo STF e decisões colegiadas disponibilizadas na base eletrônica de julgados da página do STF. Fonte: elaboração própria.

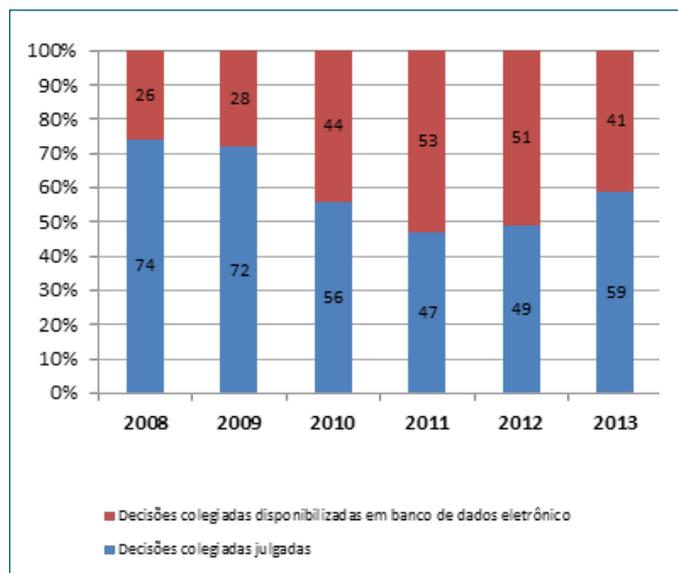


Gráfico 2. representatividade das decisões colegiadas disponibilizadas frente ao total de decisões colegiadas julgadas pelo STF. Fonte: elaboração própria.

de um banco de dados completo dificulta a interpretação do usuário sobre o significado do conjunto de julgados na jurisprudência do Supremo, assim como impede análises quantitativas mais precisas. Os acórdãos sucessivos não são indexados.

Para trabalhar com a divisão acórdãos principais e sucessivos, o Supremo dispõe de um *manual de pro-*

cedimentos, o “manual de análise de jurisprudência”. Nesse manual são estabelecidas importantes balizas aos funcionários da Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, em especial aos lotados na Seção de Análise de Acórdãos e na Seção de Acórdãos Sucessivos, como os formulários de acórdãos principais e sucessivos e a forma que deve ser obrigatoriamente seguida pelos analistas para elaboração da indexação. Trata-se de um documento elaborado pelos próprios servidores do STF que segue as políticas de indexação usualmente adotadas pelo tribunal. Ao lado do Tesaurus, o manual de análise de jurisprudência confere uniformidade ao tratamento da jurisprudência do Supremo, cujo conhecimento auxilia o usuário a desenvolver uma pesquisa de jurisprudência com resultados mais eficazes.

A indexação é elaborada pela própria Coordenadoria de Análise de Jurisprudência com a finalidade de conferir ao usuário informações objetivas acerca do acórdão indexado. A indexação equipara-se ao “resumo” do acórdão em que são apresentados seus principais elementos: questão debatida, situação fática, posicionamento adotado pelo Supremo e *ratio decidendi*. Sua construção importa na medida em que a pesquisa de jurisprudência percorre os termos da ementa e da indexação para recolher acórdãos relacionados à expressão de busca. De uma forma geral, o Supremo tende a elaborar indexações diretas com emprego de termos técnicos.

Até a disponibilização ao público por meio do banco de dados eletrônico, o acórdão tem um caminho a percorrer na estrutura administrativa da Coordenadoria de Análise de Jurisprudência³⁴. Basicamente, esta trajetória se inicia com o recebimento semanal pela Seção de Acórdãos Sucessivos dos acórdãos publicados para incluí-los no ementário e de realizar a triagem entre acórdãos principais e sucessivos. Os

34. A Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (COAJ) consiste em um órgão da Secretaria de Documentação responsável pela análise e pesquisa de acórdãos e decisões monocráticas, inclusão no banco de dados eletrônico e divulgação das decisões jurisprudenciais. Em sua estrutura encontram-se os seguintes órgãos: Seção de Gerenciamento do Banco de Jurisprudência, Seção de Acórdãos Sucessivos, Seção de Análise de Acórdãos, Seção de Jurisprudência Internacional e Gestão de Tesaurus, bem como a Seção de Pesquisa de Jurisprudência.

acórdãos principais são distribuídos à Seção de Análise de Acórdãos, enquanto os sucessivos permanecem no âmbito da Seção de Acórdãos Sucessivos. Os acórdãos são distribuídos entre os analistas de formação jurídica pelos chefes das correspondentes seções para análise, preenchimento dos formulários correspondentes e elaboração da indexação. É nesta etapa do processo que se verifica a formação física do acórdão tal qual encontrado no banco de dados eletrônico. Na sequência, os acórdãos são direcionados à Seção de Gerenciamento do Banco de Jurisprudência para disponibilização no banco de dados eletrônico.

O inteiro teor dos acórdãos é disponibilizado no dia em que são publicados, via de regra às sextas-feiras.³⁵ Já as decisões monocráticas – disponíveis para pesquisa no sistema *online* de busca de jurisprudência – passaram a partir de 2010 a ter todas suas decisões publicadas disponíveis na Internet, com alimentação diária. Com essa periodicidade, o STF consegue manter seu banco de dados eletrônico atualizado com a pauta de julgamentos da semana. Alguns acórdãos são inseridos na Revista Trimestral de Jurisprudência que dispõe de versão eletrônica (a RTJ eletrônica) que funciona na prática como mais um mecanismo de pesquisa de jurisprudência em formato eletrônico à disposição do usuário.

Na página de pesquisa de jurisprudência do STF, há um campo para pesquisa livre de jurisprudência por meio do qual o usuário pode levantar os acórdãos pretendidos pela indicação dos argumentos de pesquisa, com ou sem auxílio de operadores booleanos. No tópico “ajuda”, de fácil visualização na página, o usuário recebe informações básicas sobre como manusear o campo de pesquisa livre, inclusive com o emprego dos principais operadores booleanos conferidos pelo Supremo³⁶. Tais informações permitem que

35. Em notícia recentemente publicada em sua página eletrônica, o STF relata ao público o caminho percorrido pelo acórdão do julgamento pelo tribunal até a publicação no Diário da Justiça. “Acórdão: do julgamento pelo STF até a publicação no Diário da Justiça”, 31 de janeiro de 2013, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=229547>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

36. São eles: “e”, “adj”, “prox”, “ou”, “nao”, “mesmo” e “\$”. Todavia, a aplicação da matriz de operadores booleanos indicou a presença do booleano implícito *aspas* (“ ”), com a função de fornecer exato argumento fornecido na campo de pesquisa livre de jurisprudência.

o usuário estabeleça estratégias de pesquisa que lhe confirmem melhores resultados. Analisando o banco de dados eletrônico fornecido pelo STF com as premissas afirmadas neste trabalho, constata-se que o Supremo tem se preocupado em disponibilizar os julgados ao público em geral: é possível verificar o progressivo aprimoramento das bases de dados (como a iniciativa de disponibilizar todas as decisões monocráticas publicadas, algo então inédito no STF), a existência de diversos canais de comunicação entre o usuário e o tribunal, bem como a existência de estrutura interna equipada para lidar com a sistematização da jurisprudência produzida pelo Supremo. Nota-se, assim, o empenho do órgão em conferir transparência à sua base eletrônica de jurisprudência.

4.2 O banco de dados eletrônico do Superior Tribunal de Justiça³⁷

A Secretaria de Jurisprudência existe, com outras nomenclaturas, desde 1980, na estrutura do extinto Tribunal Federal de Recursos. A partir do ano de 1988 houve mudanças nos serviços prestados pela Secretaria – dentre as mais significativas, o abandono das “fichinhas”, nas quais era registrada a jurisprudência do Tribunal, em prol da implantação do sistema informatizado. A disponibilização da jurisprudência pela Internet ocorreu no ano de 1997. Em abril de 1999, com o recebimento dos acórdãos por meio eletrônico, foi eliminada a redigitação das ementas, o que redundou em melhoria e na racionalização dos serviços. Em 14 de maio de 2002 foi criada a Revista Eletrônica, por meio da qual se pode obter o inteiro teor certificado dos acórdãos oriundos do STJ.

A estrutura e a organização da página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça³⁸ revelam grande preocupação com a questão do acesso aos julgados proferidos pelo tribunal. No início da página eletrônica

37. Para desenvolver este item, contamos com a colaboração dos funcionários da Secretaria de Jurisprudência do STJ, Estefânia Ferraresi, Gilsérgio Santos e Ana Cristina, a quem agradecemos. Foram realizados contatos por email com a Secretaria de Jurisprudência do STJ (endereço eletrônico secretaria.jurisprudencia@stj.jus.br). As informações também se apoiam nas matrizes base e de operadores booleanos preenchidas com a observação do site do STJ, bem como de documentos fornecidos no site. Todas as conclusões alcançadas são de inteira responsabilidade dos autores.

38. Página eletrônica do STJ disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

há um campo de pesquisa livre de jurisprudência. Ao lado da expressão “Jurisprudência”, clicando-se sobre um ponto de interrogação abre-se a tela “Dicas de Pesquisa”, como se vê na *Figura 4*.

Em outro *link*, o tribunal define o que deve ser entendido como jurisprudência: “orientação que resulta de um conjunto de decisões judiciais proferidas num mesmo sentido sobre determinada matéria.”³⁹

De uma forma geral, pode-se afirmar que o tribunal

Figura 4. Fonte: http://www.stjunior.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1260

faz um uso preciso do termo – um julgado isolado não forma jurisprudência, além de ser necessário compreender as razões de decidir dos julgados para agrupá-los. Neste sentido, vale questionar como o tribunal organiza e classifica suas decisões, eis que a identificação da jurisprudência do STJ em determinada matéria depende diretamente dessa atividade do tribunal, em especial, da triagem de julgados efetivada pelos servidores da Secretaria de Jurisprudência, órgão responsável pela base de pesquisa de jurisprudência do tribunal.

As matrizes de análise de bases eletrônicas de julgados permitem esse tipo de esclarecimento. Como já visto, quatro grandes categorias foram observadas

39. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=399>. Acesso em 28 de junho de 2013.

Figura 5. Fonte: <http://www.stj.jus.br/SCON/>

relativamente ao banco eletrônico de julgados do STJ: regulamentação, formato do banco, características das decisões e características da alimentação do banco de dados.

Primeiramente, foi realizada observação sistematizada da página eletrônica do tribunal. Diversos itens das matrizes foram preenchidos neste momento, mas foi necessário estabelecer contato com o tribunal por meio de mensagem eletrônica e contato telefônico para preenchimento dos demais itens das matrizes – em especial da matriz base.

A página de consulta à jurisprudência do STJ não disponibiliza o endereço eletrônico da Secretaria de Jurisprudência. Sob a rubrica “Fale Conosco”, em *link* específico, oferecem-se ao usuário diversos canais de comunicação. O endereço eletrônico da Secretaria de Jurisprudência poderá ser encontrado somente clican-

do-se no *link* para a lista de endereços eletrônicos.⁴⁰

As pesquisas de jurisprudência devem ser feitas exclusivamente em *link* específico da página eletrônica do tribunal, conforme a *Figura 5*.

Inicialmente, vale destacar que o STJ não possui apenas uma base de dados eletrônica de julgados. Para acesso ao inteiro teor dos acórdãos, há a base chamada “Revista Eletrônica de Jurisprudência” e a base chamada “Inteiro Teor do Acórdão”.⁴¹ A primeira é uma base de acórdãos proferidos a partir de 25 de setembro de 2000;⁴² já na segunda encontram-se

40. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=157>. Acesso em 28 Jun. 2013

41. Informação prestada na página eletrônica do STJ em *link* que sistematiza os questionamentos surgidos na pesquisa de satisfação da Secretaria de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Jurisp/PesquisaResumoEstruturado/TiraDuvidas.asp?vPortalArea=804&vPortalAreaPai=459&vPortalAreaRaiz=333#campos>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

42. *Link* para a base “Revista Eletrônica de Jurisprudência” dispo-

acórdãos proferidos antes dessa data.⁴³ Dois setores diferentes do tribunal são responsáveis pelos bancos de dados: a Secretaria de Documentação cuida da base “Inteiro Teor” e a Secretaria dos Órgãos Julgadores é o órgão responsável pela “Revista Eletrônica de Jurisprudência”⁴⁴.

Ademais, o tribunal oferece outras possibilidades de consulta à sua jurisprudência, sistematizando previamente suas decisões, conforme critérios escolhidos pelo próprio tribunal. Assim, o STJ disponibiliza a chamada “Pesquisa Pronta”, em que é possível consultar algumas pesquisas previamente realizadas sobre determinados temas jurídicos, além de acórdãos com julgamento de casos notórios. Ao clicar nos *links* com os temas pré-selecionados, o consulente terá acesso aos acórdãos e às súmulas do tribunal sobre o assunto (Figura 6).

O STJ também oferece um “Índice-Remissivo de Repetitivos”, organizado a partir de institutos jurídicos de diversos ramos do direito, em conformidade com o procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil (Figura 7).

A jurisprudência do tribunal também foi organizada a partir da legislação infraconstitucional correspondente, na página chamada “Legislação Aplicada”. Aqui o consulente pode tanto efetuar pesquisa livre de jurisprudência a partir da legislação relacionada, como pesquisar julgados a partir de sete diplomas legais escolhidos pelo tribunal: Decreto-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), Lei n. 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária aos necessitados), Lei n. 8.009/90 (Impenhorabilidade do bem de família), Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei n. 9.494/97 (Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública), Lei n. 9.784/99 (Processo Ad-

ministrativo) e Lei n. 9.800/99 (Transmissão de dados para a prática de atos processuais) (Figura 8).

Vale mencionar ainda: os “Informativos de Jurisprudência”, documentos elaborados pela Assessoria das Comissões Permanentes de Ministros que são publicados desde 1998 e que contêm o resumo de algumas decisões do STJ;⁴⁵ a possibilidade de consulta à jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, somente por meio do campo pesquisa livre;⁴⁶ a página eletrônica das “Súmulas Anotadas”,⁴⁷ em que julgados relacionados aos temas das súmulas são relacionados e a pesquisa pode ser feita por meio do campo pesquisa livre ou pelo número da súmula e, por fim, o “Tesouro Jurídico”,⁴⁸ vocabulário jurídico

Pesquisa Pronta

Nesta página você poderá consultar algumas pesquisas previamente realizadas sobre temas jurídicos bem como acórdãos com julgamento de casos notórios. Clicando nos *links* intitulados com os temas, você terá acesso aos acórdãos e súmulas do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. A busca dos documentos é feita em tempo real e, por isso, o resultado encontrado estará sempre atualizado. Eventualmente, tendo em vista as particularidades do sistema de pesquisa, podem ser recuperadas decisões com termos congêneres ao tema disponibilizado.

Caso não encontre o tema desejado, sugerimos que utilize os recursos de nossa [página de jurisprudência](#).

Pesquisar por Ramo do Direito/Categoria

- ASSUNTOS RECENTES
- CASOS NOTÓRIOS
- DIREITO ADMINISTRATIVO
- DIREITO AMBIENTAL
- DIREITO CIVIL
- DIREITO CONSTITUCIONAL
- DIREITO DO CONSUMIDOR
- DIREITO EMPRESARIAL
- DIREITO PENAL
- DIREITO PREVIDENCIÁRIO
- DIREITO PROCESSUAL CIVIL
- DIREITO PROCESSUAL PENAL
- DIREITO TRIBUTÁRIO

Pesquisa Livre

Critério de pesquisa:

Ramo do direito/categoria:

Figura 6. Fonte: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/?vPortalArea=1182

nível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaelectronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp>. Acesso em 28 de junho de 2013.

43. *Link* para a base “Inteiro Teor do Acórdão” disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/inicio>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

44. Informação disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaelectronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp?vPortalAreaPai=289&vPortalArea=335&vPortalAreaRaiz=#>. Acesso em 28 de junho de 2013. Sobre a responsabilidade da Secretaria dos Órgãos Julgadores pela “Revista Eletrônica de Jurisprudência”, informação obtida por email recebido em 3 de dezembro de 2012.

45. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/?vPortalArea=466>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

46. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/juritfr/?vPortalAreaRaiz=333&vPortalAreaPai=473&vportalArea=473>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

47. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/?vPortalArea=1184>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

48. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/thesaurus/>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

Repetitivos



O [Índice-Remissivo de Repetitivos](#) disponibiliza os acórdãos de Recursos Especiais julgados no STJ e sujeitos ao procedimento do art. 543-C do CPC. O Índice está organizado por ramos do Direito, assuntos e temas específicos, em ordem alfabética. Os temas estão disponíveis por meio de institutos jurídicos ou frases que melhor identificam a tese jurídica.

Para buscar os Recursos Repetitivos aguardando julgamento ou com afetação cancelada, [clique aqui](#).

Pesquisar por Ramo do Direito

- DIREITO ADMINISTRATIVO
- DIREITO CIVIL
- DIREITO PENAL
- DIREITO PREVIDENCIÁRIO
- DIREITO PROCESSUAL CIVIL
- DIREITO PROCESSUAL PENAL
- DIREITO TRIBUTÁRIO

Pesquisa Livre

Critério de pesquisa:

Ramo do direito:

Figura 7. Fonte: <http://www.stj.jus.br/SCON/recrep/?vPortalArea=1183>

Legislação Aplicada



Este serviço consiste na seleção e organização de acórdãos e súmulas representativas da interpretação conferida pelo STJ à legislação infraconstitucional, destinando-se a proporcionar a rápida e eficiente visualização das diversas teses resultantes do julgamento de casos concretos.

Abaixo de cada dispositivo legal, estão transcritos trechos de julgados relacionados ao respectivo tema, selecionados até a data especificada, disponibilizando-se, ainda, *links* para que o usuário possa, utilizando-se dos critérios de pesquisa elaborados pela Secretaria de Jurisprudência, resgatar todos os acórdãos e súmulas referentes ao artigo em exame.

Pesquisar por Legislação

- Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)
- Lei 1.060/1950 (Assistência judiciária aos necessitados)
- Lei 8.009/1990 (Impenhorabilidade do bem de família)
- Lei 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor)
- Lei 9.494/1997 (Tutela antecipada contra a Fazenda Pública)
- Lei 9.784/1999 (Processo Administrativo)
- Lei 9.800/1999 (Transmissão de dados para a prática de atos)

Pesquisa Livre

Critério de pesquisa:

Legislação:

Artigo:

Figura 8. Fonte: <http://www.stj.jus.br/SCON/legaplic/?vPortalArea=1181>

controlado adotado pela Secretaria de Jurisprudência do STJ. Como afirmado pelo tribunal, os termos que integram o tesouro permitem a recuperação mais precisa de informação, com maiores flexibilidade e uniformidade, diante da padronização da linguagem.

Mencione-se, por fim, a existência de um *link* próprio para acessar as decisões monocráticas.⁴⁹ As decisões desta natureza publicadas a partir de 01/01/1999 são disponibilizadas em página específica.

Sobre a questão da publicação dos acórdãos e de decisões monocráticas, não está expressamente esclarecido na página eletrônica do STJ se todas as decisões são de fato publicadas. Afirma-se somente que “estão vinculados à publicação dos acórdãos os serviços de fornecimento do ‘Inteiro Teor’ do julgado e ‘Pesquisa de Jurisprudência’”.⁵⁰

Como afirmado, a compreensão do termo “jurisprudência” é determinante para a compreensão da organização dos bancos de dados eletrônicos de julgados do STJ. Jurisprudência, no entender do tribunal, envolve um agrupamento de decisões sobre certa matéria, em um determinado sentido, de forma que não bastaria apenas disponibilizar a totalidade dos julgados proferidos pelo tribunal. Essas decisões são organizadas pela Secretaria de Jurisprudência em duas categorias principais: acórdãos principais (novas teses jurídicas) e acórdãos sucessivos (teses jurídicas já constantes da base de dados) relacionados a uma mesma matéria.

Como afirmado em email recebido da Secretaria de Jurisprudência:⁵¹

7. Uma vez publicados, todos os julgados ficam disponíveis, em seu inteiro teor, no link Revista Eletrônica (de responsabilidade da SOJ). No link Pesquisa de Jurisprudência são necessários alguns dias para triagem dos julgados que serão lançados como principais (novas teses jurídicas) ou sucessivos (teses jurídicas já constantes da base de dados). A triagem evita que, ao realizar a pesquisa pelo “espelho”, o usuário encontre um número infinito de decisões “iguais”. No

49. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/websecstj/decisoemo-nocraticas/Pesquisa_Decisao.asp?vPortalAreaRaiz=&vPortalAreaPai=289&vPortalArea=336>. Acesso em 28 junho de 2013.

50. Informação disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Jurisp/PesquisaResumoEstruturado/TiraDuvidas.asp?vPortalArea=804&vPortalAreaPai=459&vPortalAreaRaiz=333#publicacao>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

51. Informação recebida por email em 3 de dezembro de 2012.

documento principal será feita a leitura do inteiro teor para lançamento das informações nos campos específicos (v. item 6). Os sucessivos serão lançados, com seus dados identificadores, ao final de um documento já existente na base de dados que contenha a mesma tese jurídica.

Neste passo, a identificação do que constitui jurisprudência do STJ é atividade empreendida pelo próprio tribunal e não por aquele que consulta o banco de dados. O banco para pesquisa de jurisprudência não é uma base sem qualquer organização. Ao contrário, é o tribunal que identifica o julgado principal na matéria e as decisões sucessivas.

As bases “Revista Eletrônica de Jurisprudência” e “Inteiro Teor” são as bases que disponibilizam os acórdãos proferidos pelo tribunal que foram publicados em seu inteiro teor. No entanto, o acesso aos julgados é feito somente com o conhecimento do número do processo ou número de registros, não havendo organização das decisões, tampouco dos campos de busca, como verificado na base “Pesquisa de Jurisprudência”.

As características de cada base de dados serão explicitadas abaixo, mas se pode afirmar, desde logo, que a qualidade do resultado de uma pesquisa de jurisprudência na base “Pesquisa de Jurisprudência” depende diretamente da atividade de agrupamento de decisões realizada pela Secretaria de Jurisprudência do STJ. Isso porque o acesso à base de acórdãos em que não há tais agrupamentos de decisões – ou seja, a base que contém todos os julgados sem o esforço do tribunal em organizá-los – possui poucas ferramentas de busca. É preciso saber o número do processo para ter acesso ao julgado, não havendo possibilidade de busca de decisões por palavra-chave, período de tempo, legislação aplicada, ou por outros critérios. Assim, faz-se necessário explicitar quem organiza essas decisões internamente no STJ e como são classificados os julgados como principais ou sucessivos.

Relativamente à regulamentação dos bancos de dados, foram encontrados atos específicos para a organização e par a estruturação dos bancos de dados do STJ, além de organograma. Foi possível verificar a existência de um manual de procedimentos da Secretaria de Jurisprudência para composição da base

“Pesquisa de Jurisprudência”, mas esse documento interno não é disponibilizado na página eletrônica do tribunal. Por fim, também se verificou a existência de controle de regularidade da atividade de manutenção dos bancos de dados. Essas informações permitem afirmar o comprometimento do tribunal com a atividade de manutenção dos bancos de julgados em bases transparentes assim, conclui-se que há regras claras para organização desses bancos.

Quanto ao formato dos bancos, deve-se frisar a diferença existente entre os campos de busca do banco “Pesquisa de Jurisprudência”, de um lado, e dos bancos “Revista Eletrônica de Jurisprudência” e “Inteiro Teor”, de outro. Como já afirmado, os campos de busca desses dois últimos bancos são bem mais restritos – é preciso conhecer o número do processo ou o número de registro para acessar o inteiro teor do julgado. Por sua vez, como já visto acima, o banco “Pesquisa de Jurisprudência” possui os seguintes campos de busca: pesquisa livre, número, ministro(a), data, órgão julgador, ementa/indexação e legislação. Há a possibilidade de selecionar a pesquisa entre acórdãos, súmulas, decisões monocráticas, informativos de jurisprudência ou todas as possibilidades anteriores.

A varredura das decisões em uma pesquisa de jurisprudência não é feita em toda a decisão na base “Pesquisa de Jurisprudência”, mas somente na ementa, no documento chamado “resumo estruturado” e em alguns outros campos de pesquisa escolhidos pelo próprio tribunal conforme afirmação constante na página eletrônica do STJ (Figura 9).

Ainda, conforme explicação recebida por email:⁵²

6. A Pesquisa de Jurisprudência não é realizada no inteiro teor do acórdão. Quando os julgados são publicados, os servidores da Secretaria de Jurisprudência fazem a leitura do inteiro teor do julgado e criam um documento denominado “espelho”. Nesse documento é lançada cada informação contida no inteiro teor que seja relevante para o resgate do documento. Para permitir que o documento seja encontrado com maior facilidade e rapidez, cada informação é disposta

52. Informação recebida por email em 3 de dezembro de 2012.

■ O que é?

• O que é o Resumo Estruturado?

É o resultado da leitura e análise do [Inteiro Teor](#) dos acórdãos já [publicados](#) do Superior Tribunal de Justiça. O resumo estruturado é elaborado pela [Secretaria de Jurisprudência](#) e traduz sinteticamente, através de um vocabulário controlado ([Tesauro](#)), uma seqüência de idéias, organizada na seguinte ordem: Entendimento (como foi decidido - sim ou não), Instituto Jurídico (o pedido), Contexto Fático (o fato - o porquê do pedido) e Fundamentação (o porquê da decisão).

O Resumo Estruturado permite que durante a [Pesquisa de Jurisprudência](#) seja resgatado um documento por [palavras-chave](#) relevantes que não constem da [ementa](#).

Além do Resumo Estruturado, a [SJR](#) também preenche outros [campos](#) com informações específicas, de forma a facilitar a pesquisa de jurisprudência.

• O que são e quais são as ferramentas de pesquisa da Secretaria de Jurisprudência do STJ (conectivos)?

Os conectivos são ferramentas necessárias para dar parâmetros de busca a qualquer sistema de pesquisa.

O sistema do STJ possui as ferramentas comuns à maioria dos serviços de pesquisa, tais como [Google](#), [Yahoo](#) e [Cadê](#), além de outras criadas ou trazidas de sistemas mais detalhados, visando objetivar a pesquisa e economizar o tempo do usuário.

Atualmente, o usuário pode escolher o "E" ou o "ADJ" para servir como operador padrão na página de pesquisa de jurisprudência. Para conhecer estas e outras ferramentas e suas funções está disponível no site do STJ o link [AJUDA](#).

Figura 9. Fonte: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Jurisp/PesquisaResumoEstruturado/TiraDuvidas.asp?vP>

em um “campo” de consulta específico. A pesquisa de jurisprudência é realizada, portanto, no “espelho” que contém todas as informações contidas no inteiro teor, porém de forma organizada em campos de consulta. Para conhecer mais sobre alguns campos acesse o link “dicas” que está no canto superior direito da página de Pesquisa de Jurisprudência. O campo “Resumo Estruturado” – hoje denominado “Outras Informações” – é apenas um dos campos de consulta.

A questão da varredura não se aplica aos bancos “Revista Eletrônica de Jurisprudência” e “Inteiro Teor”, visto que, nesse bancos, a recuperação de julgados é feita mediante número de registro ou de processo, campos de busca bastante específicos. Vale mencionar que os sistemas utilizados pelo STJ são desenvolvidos por secretaria própria do tribunal – a Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação.

Relativamente ao formato dos bancos do STJ, ressalte-se a solução encontrada pelo tribunal para permitir ao público um acesso facilitado de suas decisões. Há toda uma equipe do tribunal responsável pela orga-

nização das decisões do STJ, de forma que o objetivo da Secretaria de Jurisprudência com a base “Pesquisa de Jurisprudência” é exatamente facilitar esse acesso. Mencione-se, neste sentido, a missão da mencionada secretaria: “Facilitar o acesso à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com tratamento técnico e sistemático das decisões, contribuindo para a democratização da justiça.”⁵³ No entanto, como já afirmado, esse acesso facilitado depende diretamente do trabalho da Secretaria de Jurisprudência de agrupar decisões.

Em contato telefônico com funcionário da Seção de Acórdãos Sucessivos da Secretaria de Jurisprudência, fomos informados que os casos “difíceis”, em que há incerteza se o julgado seria principal ou sucessivo em uma primeira leitura, passam pelas demais seções da secretaria para que essa definição seja alcançada. Questiona-se esse ponto, pois nem sempre é simples a atividade de identificação de uma

53. Informação disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Jurisp/PesquisaResumoEstruturado/TiraDuvidas.asp?vPortalArea=804&vPortalAreaPai=459&vPortalAreaRaiz=333#publicacao>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

nova tese jurídica no âmbito da jurisprudência do STJ. Neste sentido, como essa definição é feita pelo próprio tribunal, não haveria espaço para eventuais entendimentos contrários.

Em outras palavras, o banco de julgados “Revista Eletrônica de Jurisprudência” e o banco “Inteiro Teor” não dispõem dos mesmos campos de busca do banco “Pesquisa de Jurisprudência”. Mesmo diante da disponibilidade de todos os julgados em seu inteiro teor no banco correspondente, como o seu acesso depende do conhecimento do número de processo, pesquisadores que busquem compreender as manifestações do STJ sem qualquer informação prévia não conseguem realizar sua pesquisa de jurisprudência no banco “Inteiro Teor”. A classificação dos julgados – feita pelo próprio STJ e cristalizada no banco “Pesquisa de Jurisprudência” – acaba por prevalecer, não havendo espaço para entendimentos diversos daquele expressado pelo tribunal a respeito de sua jurisprudência. Logo, a última palavra será sempre do STJ a respeito da conformação de sua jurisprudência.

No que tange às características das decisões inseridas nos bancos de dados, tanto decisões colegiadas, quanto decisões monocráticas são inseridas em seu inteiro teor. Como todas as decisões publicadas são disponibilizadas, mesmo os julgados anteriores à criação do banco de dados podem ser acessados na página eletrônica do STJ.

Relativamente à alimentação dos bancos de dados, todas as decisões publicadas estão nas bases, ressalvadas as distinções já apresentadas acima entre “Pesquisa de Jurisprudência” e “Revista Eletrônica de Jurisprudência”. As decisões são publicadas na imprensa oficial e todo julgado publicado é inserido nos bancos de dados, com lapso temporal de alguns dias para a base “Pesquisa de Jurisprudência” – visto que o já mencionado trabalho de triagem de decisões elaborado pela Secretaria de Jurisprudência leva algum tempo para ser concretizado.

A gestão e a manutenção de cada base de dados são empreendidas pelos setores responsáveis do tribunal – a Secretaria de Jurisprudência promove a alimentação do banco “Pesquisa de Jurisprudência”, a Secretaria de Documentação promove a alimentação

da base “Inteiro Teor”, e a Secretaria de Órgãos Julgadores promove a alimentação da base “Revista Eletrônica de Jurisprudência”.

Os funcionários envolvidos na gestão das bases de dados são Analistas Judiciários e possuem formação superior em Direito. Esse aspecto é fundamental para a gestão do banco “Pesquisa de Jurisprudência”, pois, como já afirmado, esse banco é resultado de uma forte atividade interna de organização e classificação de decisões. Ademais, as decisões que compõem o banco “Pesquisa de Jurisprudência” são indexadas por esses analistas, com o preenchimento de diversos campos relacionados às decisões, como já referido.

A indexação das decisões é aspecto que possui grande impacto na recuperação de julgados em uma pesquisa jurisprudencial, pois, como já visto, a varredura não percorre o inteiro teor da decisão, mas somente os campos de pesquisa elencados pelo próprio tribunal. Neste passo, mais uma vez se afirma a dependência do resultado de uma pesquisa jurisprudencial em face do trabalho de indexação realizado pela Secretaria de Jurisprudência.

Finalmente, deve-se mencionar a variedade de ferramentas de pesquisa disponibilizadas na página eletrônica do STJ para a pesquisa de jurisprudência. Além dos campos de busca específicos já referidos, é possível articular oito operadores booleanos diversos para a busca de jurisprudência no campo “pesquisa livre”.⁵⁴ A utilização dos operadores booleanos é explicada em detalhes em dois tópicos, um de ajuda básica e outro de ajuda avançada. De forma bastante semelhante à página do STF, as ferramentas de pesquisa disponíveis na página eletrônica do STJ e as informações para articulação dessas ferramentas permitem a criação de estratégias de pesquisa que lhe confirmam melhores resultados. Ilustrativamente, poderá o pesquisador focar sua busca no campo “pesquisa livre”, por meio da inserção de termos ou de conceitos jurídicos; a busca pode também ser direcionada a uma legislação específica ou às manifestações de um determinado ministro. As estratégias de

54. São eles: “e”, “ou”, “adj”, “não”, “prox”, “mesmo”, “com” e “\$”. Informação disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 28 de junho de 2013.

pesquisa dependem dos objetivos do pesquisador, mas a variedade de ferramentas de busca permite contemplar objetivos diversos. Vale frisar, no entanto, que o banco de julgados “Revista de Jurisprudência” não possui as mesmas ferramentas variadas de pesquisa para recuperação de julgados, o que limita o livre acesso às decisões inseridas nesse banco.

De uma forma geral, a construção e a gestão das bases de dados do STJ estão efetivamente comprometidas com o pleno acesso do público às decisões dos tribunais, em conformidade com as premissas afirmadas neste trabalho. Vale somente ressaltar a diferença existente entre os campos de busca das bases “Pesquisa de Jurisprudência” e “Revista Eletrônica de Jurisprudência” e “Inteiro Teor”. Sem diminuir a importância do trabalho interno de organização de suas próprias decisões, o STJ limitaria as inúmeras possibilidades de pesquisa jurisprudencial ao reduzir o livre acesso à totalidade de seus acórdãos no banco “Revista” e “Inteiro Teor”.

5 Considerações finais

Observou-se com a pesquisa das páginas eletrônicas do STJ e do STF que seus bancos de dados não contemplam a totalidade das decisões em seu sistema de busca de jurisprudência – embora haja mecanismos alternativos que permitam o acesso à integralidade dos julgados, como por meio da busca do acórdão pelo número processual. Isso se deve fundamentalmente ao sistema de seleção dos julgados, os quais são definidos pelos próprios tribunais para compor a plataforma eletrônica. A classificação dos acórdãos em “principais” e “sucessivos” implica uma definição da linha jurisprudencial de acordo com a perspectiva dos tribunais, não conforme a perspectiva do usuário.

Trata-se de uma técnica utilizada pelos tribunais para viabilizar a disponibilização de informação ao usuário tendo em vista o grande volume de acórdãos proferidos diariamente. Um filtro que permita lidar com o elevado número atrelado à atividade jurisdicional, fornecendo ao usuário informações úteis e transparentes, indica significativo avanço dos tribunais em aproximar os usuários das instituições e em permitir o controle social de suas atividades. O registro positivo do banco de dados jurisprudenciais disponibilizados em forma-

to eletrônico se torna ainda mais verdadeiro se verificada a forma como as decisões são analisadas pelos tribunais superiores – que dispõem de rotina de trabalhos, metas de atendimento aos usuários e funcionários especializados alocados em repartições próprias.

O nosso ponto é que apenas com a disponibilização da integralidade dos julgados pelos tribunais, em seu inteiro teor, seria possível a leitura do papel exercido pelos tribunais superiores pela perspectiva do usuário. Nesse sentido, a construção daquilo que é considerado jurisprudência é elaborada exclusivamente pelo tribunal, cabendo a apenas a ele diferenciar as informações relevantes das irrelevantes, sem dar ensejo a outras interpretações – na medida em que as informações disponibilizadas se resumem a esse filtro. Propomos que os tribunais superiores disponibilizem no banco de dados jurisprudenciais de suas páginas eletrônicas todos os julgados. Ademais, fornecer a integralidade dos julgados e permitir que o sistema de busca varresse o inteiro teor das decisões seriam outras iniciativas adequadas para contribuir ao aprimoramento dos sistemas.

////////////////////////////////////

6 Referências

- Afonso da Silva, V. (2009). *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* (2 ed). São Paulo: Malheiros.
- Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. (2010). *Cartilha de usabilidade para sítios e portais do Governo Federal*. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/cartilha-de-usabilidade-para-sitios-e-portais-do-governo-federal/view>.
- Cohen, M. L., & Olson, K. (2010). *Legal research in a nutshell* (10 ed). New York: Thomson/West.
- Fragale, R. (2009). The use of ICT in Brazilian courts. *Electronic Journal of e-Government*, 7 (4), 349-358.
- Lopes, J. R. de L. (2006). Os tribunais e os direitos sociais no Brasil – saúde e educação. In J. R. de L. Lopes. *Direitos sociais: Teoria e prática*. São Paulo: Método.
- Mendel, T. (2008). *Freedom of information: a comparative legal analysis* (2 ed). Paris Unesco.
- Organization of American States (2000). *Declaration of principles on freedom of expression*. Washington: Organization of American States.
- Pereira, B. R.; Novaes, A. de O.; Veçoso, F. F. C.; Peruso, C. A., Marinho, C. M.; Babinski, D. B. de O.; Salinas, N. S. C. (2007). As bases eletrônicas de jurisprudência nos tribunais de São Paulo. *Congresso 180 anos do ensino do direito no Brasil e a democratização do acesso à Justiça*. (ainda não publicado).
- Peruzzotti, E., & Smulovitz, C. (Ed.). (2002). *Controlando la Política*. Buenos Aires: Temas.
- Przeworski, A., Stokes, S., & Manin, B. (Ed.) (1999). *Democracy, Accountability & Representation*. Cambridge: Cambridge University.
- Santos, B. de S. (2005) Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação, *Sociologias*, 13, 82-109.
- World Bank. (2010). *The World Bank Policy on Access to Information*. Washington: World Bank.
- Yowell, P. (2012). Empirical Research in Rights-Based Judicial Review of Legislation. In P. M. Huber, & K. Ziegler (Eds.). *Current Problems in the Protection of Human Rights—Perspectives from Germany and the UK*. Oxford: Hart Publishing.

7 Apêndice I-A Matriz base de análise das bases eletrônicas de jurisprudência

LEVANTAMENTO SOBRE BASES ELETRÔNICAS TRIBUNAIS DE SÃO PAULO		
Tribunal:		
Página eletrônica:		
Data(s) e horário(s):		
Pesquisador/a:		
Único banco existente?	sim não	Qual? Banco eletrônico interno Banco eletrônico acesso mediado (pesquisa via email) Banco físico livre acesso Banco físico acesso mediado Banco físico acesso restrito Outros:
Contato telefônico	não sim Data:	Nome: Cargo: Formação: Telefone: Observações:
Contato por e-mail	não sim Data envio: Data resp.:	Nome: Cargo: Formação: Email: Observações:

REGULAMENTAÇÃO		
Regulamento da atividade	sim não	Tipo de documento: Objetivo: Número e data:
		Tipo de documento: Objetivo: Número e data:
Organograma	sim não	
Manual de procedimentos	sim não Número e data:	
FORMATO DO BANCO		
Data de início do Banco Eletrônico		
Desenvolvimento Terceirizado do Sistema	não	
	sim	Empresa:
Campos de busca	partes	
	assunto	
	palavras-chave	previamente definidas (índices)
	livre	
	órgão julgador	
	relator	
	indexação	
	ementa	
	espécie de processo	
	tipo de decisão	
data da decisão		

Campos de busca	data de publicação da decisão
	nome do advogado
	número da OAB
	número do processo
	outros: legislação
Varredura	de toda a decisão
	da ementa
	de palavras-chave
	outros: indexação
DECISÕES	
Data das decisões disponibilizadas para consulta	Anteriores ao início da inserção no banco:
	Posteriores ao início da inserção no banco:
Disponibilização	na íntegra
	somente fragmentos. Quais?
Tipos	monocráticas
	colegiadas
ALIMENTAÇÃO	
Data de início das inserções nos bancos	
Periodicidade de alimentação	não há critério
	há critério Qual?
	não há lapso temporal entre a data de publicação e a inserção no banco
	há lapso temporal entre a data de publicação e a inserção no banco
	Em média, quanto tempo?
Responsável pela alimentação do banco	não há um único / uma única categoria responsável
	há um único / uma única categoria responsável
	Quem / Qual?

Todas as decisões são incluídas no banco?	sim	não
Responsável pela seleção das decisões		
Critério de seleção das decisões incluídas	não há há. Especifique:	
Casos que fogem ao critério pré-estabelecido de seleção	É possível. Condições: Não é possível.	
Indexação das Decisões	não há manual próprio de indexação de decisões	
	há manual próprio de indexação de decisões	
Responsável pela indexação	Existência: sim não	
	Cargo:	
	Formação:	
Responsável pela alimentação	Existência: sim não	
	Cargo:	
	Formação:	

8 Apêndice I-B Matriz de operadores booleanos

MATRIZ – OPERADORES BOOLEANOS		
Tribunal:		
Página eletrônica:		
Data(s) e horário(s):		
Pesquisador/a:		
Primeiro teste (tipo 1)	Expressões	
	Resultado	
Segundo teste (tipo 2)	Expressões	
	Resultado	
OPERADORES EXPLÍCITOS – RECONHECIMENTO		
Operadores explícitos	sim Quais? não	
Explicação dos operadores	sim não	
Meio de explicação dos operadores	Breve nota explicativa ao lado dos booleanos Página de explicação dos booleanos Manual básico Explicação por meio de exemplos Indicação de e-mail ou telefone para contato Outros:	
Conteúdo da explicação dos operadores	Funcionalidade dos booleanos Influência dos booleanos no resultado da pesquisa Demonstração de como utilizar os operadores Informação sobre as possíveis combinações Outros:	

OPERADORES EXPLÍCITOS – FUNCIONALIDADE	
Operador e	<p>Funcionalidade indicada? sim não</p> <p>Qual?</p> <p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Funcionalidade indicada se confirma? sim não</p> <p>Qual é a real funcionalidade?</p>
Operador ou	<p>Funcionalidade indicada? sim não</p> <p>Qual?</p> <p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Funcionalidade indicada se confirma? sim não</p> <p>Qual é a real funcionalidade?</p>
Operador adj	<p>Funcionalidade indicada? sim não</p> <p>Qual?</p> <p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Funcionalidade indicada se confirma? sim não</p> <p>Qual é a real funcionalidade?</p>

Operador não	<p>Funcionalidade indicada? sim não</p> <p>Qual?</p> <p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Funcionalidade indicada se confirma? sim não</p> <p>Qual é a real funcionalidade?</p>
Operador prox	<p>Funcionalidade indicada? sim não</p> <p>Qual?</p> <p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Funcionalidade indicada se confirma? sim não</p> <p>Qual é a real funcionalidade?</p>
Operador mesmo	<p>Funcionalidade indicada? sim não</p> <p>Qual?</p> <p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Funcionalidade indicada se confirma? sim não</p> <p>Qual é a real funcionalidade?</p>

Operador \$	<p>Funcionalidade indicada? sim não</p> <p>Qual?</p> <p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Funcionalidade indicada se confirma? sim não</p> <p>Qual é a real funcionalidade?</p>
OPERADORES IMPLÍCITOS – RECONHECIMENTO E FUNCIONALIDADE	
Operadores implícitos	<p>sim</p> <p>não</p>
Operador “ “	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>
Operador ()	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>

Operador - -	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>
Operador { }	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>
Operador []	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>
Operador # #	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>

Operador %	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>
Operador / /	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>
Operador +	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>
Operador -	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>

Operador =	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>Operador implícito? sim não</p> <p>Qual é a sua funcionalidade?</p>
COMBINAÇÕES – OPERADORES BOOLEANOS	
Combinação pura	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>O sistema admite combinações puras? sim não</p> <p>As combinações puras funcionam? sim não</p>
Combinação híbrida	<p>Tipo 1 – teste:</p> <p>Tipo 1 – resultado:</p> <p>Tipo 2 – teste:</p> <p>Tipo 2 – resultado:</p> <p>O sistema admite combinações híbridas? sim não</p> <p>As combinações híbridas funcionam? sim não</p>

O EMENTÁRIO JURISPRUDENCIAL COMO FONTE DE PESQUISA: uma análise crítica a partir dos dados obtidos no estudo “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000)” // *Andréa Depieri de Albuquerque Reginato*¹ e *Robson Cosme de Jesus Alves*²

Palavras-chave

Pesquisa empírica / Ementário / *Habeas Corpus*

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 **Introdução**
- 2 **A Pesquisa Original: “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000)”**
 - 2.1 Metodologia
 - 2.2 Revisão de Literatura da Pesquisa
 - 2.3 Análise dos Dados
- 3 **Considerações acerca das Limitações da Pesquisa Empírica em Direito a partir do Ementário Jurisprudencial**
- 4 **Conclusão**
- 5 **Referências**

Resumo

A partir das dificuldades metodológicas e limitações encontradas no desenvolvimento da pesquisa “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000)” os autores discutem, nesse estudo, a utilização exclusiva do ementário jurisprudencial como fonte para a pesquisa empírica em Direito, chamando a atenção para os problemas daí decorrente

1. Mestre em Direito, Doutoranda em Criminologia pela Universidade de Ottawa, professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Financiamento da pesquisa: PIBIC/CNPq. Contato: adepieri@infonet.com.br / aregi075@uottawa.ca

2. Mestre em Direito pela UFAL, professor do curso de Direito das Faculdades Pio Décimo, Aracaju, Sergipe. Contato: rcjalves@uol.com.br

THE COURT DECISIONS SUMMARIES AS A SOURCE OF RESEARCH:

a critical analysis from the data obtained in the study “The judicial practice of *habeas corpus* in Sergipe (1996-2000) // *Andréa Depieri de Albuquerque Reginato e Robson Cosme de Jesus Alves*

Keywords

Empirical Research / Decision Summaries /
Habeas Corpus

////////////////////////////////////

Abstract

Analyzing methodological issues and obstacles encountered in the research “The judicial practice of *habeas corpus* in Sergipe (1996-2000)” the authors discuss, in this study, the range of problems related to the utilization of the court decisions summaries as a source of research, highlighting the problems derived therefrom.

1 Introdução

Desenvolvida nos anos de 2002/2003, a pesquisa de iniciação científica intitulada “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe” (UFS, 2003, p.305) tinha por objetivo geral avaliar a efetividade da garantia constitucional do *Habeas Corpus* (HC) no Estado de Sergipe. Esta pesquisa foi financiada pelo PIBIC/CNPq, coordenada por Andréa Depieri de Albuquerque Reginato e desenvolvida por Robson Cosme de Jesus Alves e Roberto Muhájr R. Rabbani, à época alunos da graduação em Direito na Universidade Federal de Sergipe.³ Acrescente-se ainda que este projeto se inseriu nas linhas de pesquisas do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Exclusão, Cidadania e Direitos Humanos (GEPEC), vinculado ao CNPq e que se propõe estudar a forma como instituições públicas produzem (ou, ao contrário, combatem) a exclusão na sociedade brasileira.

A pesquisa foi pensada, portanto, como trabalho de iniciação científica e deveria se desenvolver, por completo, no prazo de um ano, o que efetivamente aconteceu. Contudo, tal pesquisa deixou em aberto uma série de importantes questões e reflexões que resolvemos agora retomar, tendo em vista especificamente o espaço do II Encontro de Pesquisa Empírica em Direito.⁴ O presente trabalho não tem, portanto, como único objetivo a comunicação dos resultados a que chegamos em 2003, mas pretende, a partir da análise crítica do percurso da pesquisa e dos resultados obtidos, problematizar a utilização do ementário jurisprudencial como uma fonte válida para a pesquisa empírica em direito.

Com esse objetivo, nosso trabalho se divide em duas partes. Na primeira apresentamos a pesquisa “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe”, com uma

3. Robson Cosme de Jesus segue na carreira acadêmica, é mestre e professor de Direito e coordena a pós-graduação *latu sensu* em Ciências Criminais da Universidade Tiradentes. Roberto Muhájr R. Rabbani também seguiu carreira acadêmica e é Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, aprovado “*cum laude*” e menção europeia (2012), o que demonstra a importância da pesquisa de iniciação científica como estratégia na formação e capacitação de novos quadros para o desenvolvimento da pesquisa em Direito no Brasil.

4. O II Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (EPED) ocorreu em setembro de 2012 na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

breve revisão de literatura e a sistematização dos dados obtidos, conforme as categorias que fixamos à época. Na segunda parte discutimos esses dados e passamos a observar as dificuldades e limites inerentes a esse tipo de pesquisa a fim de pensar estratégias para que se possa usar o ementário jurisprudencial de forma adequada, evitando-se que a pesquisa em direito que se utiliza desse tipo de fonte, muito popular entre os estudantes, principalmente nos trabalhos de conclusão de curso, apresente um resultado precipitado e equivocado.

2 A Pesquisa Original: “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000)”

2.1 Metodologia

Conforme exposto acima, a pesquisa “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe” (UFS, 2003, p.305), tinha por objetivo geral verificar se a experiência prática do *Habeas Corpus* no Estado de Sergipe era correspondente ao seu *status* de garantia constitucional. Em termos mais precisos, queríamos observar se a prática judicial do HC em Sergipe estava de acordo com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, colocando-se, nesse marco, como um instrumento apto à contenção/parametrização do uso da violência ínsita ao exercício do poder de punir do Estado, e ao mesmo tempo como estratégia de resistência aos processos de exclusão operados pelo sistema de direito criminal.

Nossos objetivos específicos, inicialmente, eram: (i) observar como (de que forma, com que frequência e por quais razões) a garantia constitucional do HC era mobilizada junto ao TJ/SE; (ii) compreender a leitura e alcance do princípio constitucional da liberdade quando confrontado com o poder de punir e com a ideia de segurança; (iii) investigar as repercussões políticas decorrentes da prática judicial do HC que seria observada.

A base de dados desta pesquisa foi constituída, exclusivamente, pelo universo das ementas correspondentes a todos os julgamentos de HC, ocorridos nos últimos 05 (cinco) anos do século XX (de 1996 a 2000), conforme publicação no *Boletim Jurídico* – ementário oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe à

época, relativo aos anos II a VI e nos de 5 a 24. Embora disponível através da Biblioteca Central Des. Gervásio Prata, o acesso ao material de pesquisa efetivamente ocorreu em razão da indispensável colaboração de Ronivon Aragão,⁵ à época servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJ/SE). Nessa publicação encontram-se compiladas as ementas de absolutamente todos os julgados ocorridos no período, sem qualquer espécie de filtro ou seleção.

Escolhemos os últimos anos do século XX de forma proposital. O trabalho de Andrei Koerner, “*Habeas corpus*, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)”, situa o enfraquecimento do instituto do *habeas corpus* justamente na passagem do século XIX para o século XX, com a abolição da escravatura e a proclamação da república, a partir de uma prática judicial mitigadora dos seus efeitos, tanto com relação à salvaguarda de direitos como com relação à responsabilização das autoridades responsáveis pelos abusos (Koerner, 1999). Pensamos em observar se, aproximadamente 100 anos depois e sob a égide do Estado Democrático de Direito e de uma nova Constituição, a prática judicial do *habeas corpus* havia se modificado, tornando-se mais efetiva. Durante a fase de elaboração do projeto já havíamos pressentido uma tendência à neutralização dos efeitos do instituto, com evidente prejuízo de sua efetividade enquanto garantia constitucional.

No total foram analisadas 1369 ementas de acórdãos proferidos pelo TJ/SE em sede de *habeas corpus*. Optamos por trabalhar com o universo de ementas em números absolutos porquanto logo pudemos perceber que a formatação das ementas era repetitiva, o que diminuía o número de variáveis, permitindo-nos trabalhar não com uma amostragem, mas com todas as decisões proferidas no período.

Criamos uma primeira base de dados, bastante simples, na qual as decisões apresentadas nas ementas foram classificadas em três categorias, a saber: decisões que concederam a ordem, decisões que denegaram a ordem e decisões nas quais o HC foi considerado “prejudicado”. A categoria “HC prejudicado” não tinha sido pensada *a priori*, mas acabou sendo

5. A quem, mais uma vez, agradecemos.

incluída em razão do expressivo número de ementas que indicavam a falta de uma decisão específica, de concessão ou denegação da ordem, em razão de um “prejuízo” que impedia o julgamento do *writ*.

Construímos uma segunda base de dados, selecionando os motivos justificadores da impetração, conforme apareciam nas ementas analisadas. Quando as ementas indicavam que a propositura do *Habeas Corpus* estava relacionada a mais de uma causa (por exemplo, excesso de prazo e falta de justa causa na decretação da preventiva), a fim de que pudéssemos melhor observar quais os motivos que mais apareciam com ensejadores da propositura de um HC, decidimos tabular ambas as causas. Por essa razão, a tabela que apresenta as causas de impetração mostra um quantitativo maior que o das ementas analisadas. As variáveis, independentes, foram obtidas a partir da análise das ementas, tal como registradas (sem que fossem consultados os processos correspondentes).

2.2 Revisão de Literatura da Pesquisa

O movimento de expansão e recrudescimento do sistema de direito criminal,⁶ formatado a partir dos anos 80 e que pode ser percebido, por exemplo, na legislação criminal brasileira dos anos 90,⁷ tem sido relacionado, do ponto de vista da teoria política (Pires, 2012, p.11), à quebra do Estado de bem-estar social e às exigências político-econômicas do neoliberalismo, a acentuar processos sociais de exclusão (Wacquant, 2001), com a conseqüente hiperatividade do sistema de direito criminal. A partir de mecanismos de sele-

6. Identificado na literatura sociológica e criminológica, a partir da utilização de diversas expressões, como: “*punitiveturn*” (Young; Frost), “*new culture of crime control*” (Garland), “*rise of the penal state*” ou “*new culture of intolerance*” (Pratt), “*la pénalisation de la pauvreté*” (Wacquant), “*penal regressions*” (Radzinowicz), “*kriminalpolitischen Wende*” e “*Renaissancedes Strafrechts*” (Sack), “*Neue Lustauf Strafen*” (Hassmer), “*la republique pénalisée*” (Garapon et Salas), “*la pénalisation du social*” (Mary), “*new penology*” (Feeley et Simon), “*Gulags western style*” (Christie), “*populismo punitivo*” (Aranda Ocaña, Chaves Castillo, Moreno Aldea e Posada Segura), “*neopunitivismo*” (Pastor), etc... (Pires, 2010). Todos os autores citados, a partir de diferentes aproximações, procurarão situar e entender o quadro de expansão e recrudescimento do direito criminal, caracterizado pela criação de novos tipos incriminadores, pelo aumento das penas e pela supressão de garantias processuais.

7. Por exemplo, na Lei de crimes hediondos (Lei 8.072/1990), na Lei de delação premiada (Lei 9.807/1999), Interceptação das telecomunicações (Lei 9.296/1996).

ção criminalizante, típicos do controle social punitivo formal, tanto a legislação, como a prática das agências do sistema de direito criminal, passam a reforçar práticas de exclusão social, legitimando-as. Na dinâmica de funcionamento das agências do sistema de direito criminal a discussão política é sempre obscurecida. As garantias constitucionais ganham um tom formal, para que delas se possa abdicar a partir de justificativas que permitam sua relativização.⁸ A motivação das decisões restritivas de direitos se dá em face de argumentos forjados “nas práticas” cotidianas, com a conseqüente negativa dos princípios consubstanciados na fórmula do Estado Democrático de Direito. Reconhecendo a instância judicial, pelo poder do qual dispõe, como espaço privilegiado de resistência e controle de todas as demais agências do sistema de direito criminal, torna-se fundamental avaliar sua atuação, aferindo-se se essa tem se dado no marco da afirmação dos direitos humanos fundamentais ou na sua restrição.

No funcionamento do sistema de direito criminal⁹ merece destaque a atuação das agências que formam o que chamamos aqui de o subsistema judicial, onde atuam juízes, promotores de justiça e advogados, sejam defensores públicos ou não, todos empenhados, ao menos em tese, na busca da verdade real, da verificação cabal da autoria e materialidade do delito, mediante procedimento contraditório, no qual obrigatoriamente deve ser garantida a ampla defesa. A “denúncia”, que é o ato formal da acusação, feita pelo representante do Ministério Público, demarca o início da atuação das agências do sistema judicial, ao passo que a sentença, transitada em julgado, caracteriza o encerramento dessa fase. O subsistema judicial não é só responsável pela verificação da culpa e conseqüente imputação da sanção, mas é

8. Um exemplo dessa relativização pode ser visto nas justificativas relacionadas à aceitação do excesso de prazo na condução dos processos criminais.

9. O Sistema de Direito Criminal pode ser compreendido, como o controle social punitivo institucionalizado, que se estende da primeira intervenção do Estado quando da prática de um delito (ou suposto delito), até o momento da imposição e execução da sanção desencadeada pela infração. A noção de controle social punitivo institucionalizado inclui outras ações controladoras e represoras, tais como ações policiais arbitrárias, penas sem processo, execuções extrajudiciais, desaparecimentos, tortura, maus-tratos nos cárceres, dentre outras (Zaffaroni e Pierangeli, 1997, p.70)

também responsável direto pelo controle dos demais subsistemas do sistema de direito criminal, exercendo ainda o controle¹⁰ de constitucionalidade sobre as normas que deverão ser aplicadas em face dos casos concretos (Reginato, 2001).

O subsistema judicial tem por função essencial, resguardado o princípio democrático, reagir em defesa das liberdades, concretizando os direitos assinalados na fórmula política declarada constitucionalmente. Como o judiciário, via de regra, não age por impulso oficial, são fundamentais no desempenho dessas tarefas as atuações do ministério público e dos advogados.

Vale observar que, muito embora a violência estatal que caracteriza o sistema de direito criminal não fique em evidência no subsistema judicial, esta não deixa de se fazer presente nos ritos que caracterizam o processo criminal. A aparente assepsia é garantida pelo rigor dado às formas e ao procedimento. Como demonstra Garcia (2009) as garantias constitucionais de ordem processual são geralmente observadas, ao passo que a violência, dissimulada, transparece nas falas e omissões dos atores do sistema, bem como nas decisões judiciais que acabam por naturalizar a ideia de que há, por parte do Estado, uma obrigação indeclinável de punir, e punir de uma forma exemplar.

Em termos políticos, formata-se no âmbito do subsistema judicial um discurso jurídico-penal pronto para legitimar não apenas sua própria ação, como de todo o sistema de direito criminal. Esse discurso apresenta-se, em regra, garantidor, ao tempo em que a punição ou as restrições de direito impostas durante o processo¹¹ aparecem justificadas pela articulação das teorias da pena (especialmente retribuição e dissuasão). Desenvolve-se a partir daí uma cultura muito própria: legalista, regulamentadora e burocrática (Zaffaroni e Pierangeli, 1997, p.74-75), tendente a fazer com que as pessoas concretamente envolvidas no conflito desapareçam. O subsistema judicial é fundamental na dinâmica de funcionamento do sistema de direito criminal porque é onde, centralmen-

10. Especialmente o difuso, mas também o concentrado.

11. Como, por exemplo, a ocorrência de excesso de prazo ou a declaração imotivada de prisão preventiva.

te, se forjam e se reafirmam as ideias que compõe o autorretrato identitário desse sistema.

Batista (2000, p.8) observa que, em essência, mantém-se o mesmo e velho olhar positivista. O discurso jurídico-penal predominante é ainda o positivista-periculista.¹² Ignora-se que o delito é um conceito jurídico¹³ e não uma realidade natural, conforme explicitado pela filosofia liberal clássica, retomando-se a ideia da existência de criminosos natos perigosos: biológica, psíquica ou materialmente determinados. A explicação patológica para a criminalidade não é novidade na cultura jurídica brasileira. Nina Rodrigues, professor de medicina legal na Bahia, considerado o pioneiro da criminologia brasileira, afirmava que os mulatos eram desequilibrados morais, devendo-se reduzir, ou excluir, a responsabilidade penal desse grupo.¹⁴ Na construção do “perigosismo social” brasileiro, a população mestiça, alijada do poder político e econômico, sempre foi considerada patologicamente perigosa. O discurso fundado na criminologia etiológica, inicialmente racista, retoma, em sua versão atualizada, outros preconceitos,¹⁵ que aparecem dissimulados em argumentações jurídicas, formalmente “possíveis”, pautadas pelo princípio da proporcionalidade, em situações onde a segurança se impõe em detrimento da liberdade.

É comum verificar nos processos-crime o resgate dos princípios do positivismo criminal. A ideia de que existe um homem-criminoso é recorrente nas sentenças, nas denúncias¹⁶ e em procedimentos nos

quais os réus pertencem às classes desprivilegiadas. Condições pessoais como falta de escolaridade, residência fixa ou emprego são levadas em conta como maus antecedentes, a impedir, por exemplo a concessão de liberdade provisória. Essa imagem, reforçada pela opinião pública e por seu próprio pertencimento de classe, passa a compor também o imaginário do jurista, formatando o que Warat (1988) convencionou chamar de “senso-comum teórico”, que impede que os operadores do direito sejam capazes de identificar a natureza seletiva e arbitrária do sistema de direito criminal, mas que estejam antes aptos a reproduzi-la, ainda que não de maneira consciente, expressa e aberta. Pires (1998), por outro lado, mas no mesmo sentido, vai identificar na preponderância da racionalidade penal moderna (Pires, 1998) – entendida como o sistema de ideias que formata o sistema de direito criminal – e na sua naturalização, um obstáculo epistemológico à superação da lógica punitiva, que se repete sem que os atores do sistema de direito criminal se deem conta exatamente do que estão a reproduzir.

Como resultado, o subsistema judicial produz uma jurisprudência rica em situações nas quais se consideram válidas normas de direito criminal que conflitam com os direitos individuais declarados constitucionalmente e nas quais as garantias constitucionais são enfraquecidas. Um bom exemplo desse fenômeno é o que ocorre com o *habeas corpus*.

O *habeas corpus*, remédio jurídico hábil a garantir o direito de ir e vir, mantendo os cidadãos salvaguardados de qualquer ilegal coação estatal, deveria, além de garantir a liberdade, cumprir ainda três importantes funções que lhe foram atribuídas desde a origem por doutrinadores ingleses: “a responsabilidade da autoridade coatora, a garantia de um processo rápido para o réu preso e o controle, pelos juizes, do respeito à integridade física do paciente, pelo exame das circunstâncias de sua detenção e das condições da prisão” (Koerner, 1999, p. 118-119). Contudo, historicamente, no Brasil, a prática judicial do *habeas corpus* acabou por neutralizar essas funções, a partir do estabelecimento de regras para a utilização do

custo desafogar a sua luxúria abjeta, ascosa, doentia, desregrada e inconsequente...” Peça de denúncia da Comarca de Itaporanga D’Ajuda, Sergipe, em 12 de julho de 1989.

12. Zaffaroni (1998) chama a atenção para a progressiva superação do discurso positivista-periculista por um discurso assentado em uma base neokantiana, que permite ou impõe uma ruptura, apta a fazer com que o discurso jurídico-penal se aparte cuidadosamente da realidade. A intangibilidade dos mundos do ser e do dever-ser, com a clara opção por este último nos discursos jurídicos-penais, acaba afastando o jurista da realidade, levando à legitimação de regimes de fato. Constitucionalismo formal com ditadura real. As mazelas do sistema penal são ignoradas, como se não existissem de fato. (p. 40-41)

13. Tese defendida vigorosamente no Brasil por Tobias Barreto, em clara oposição a Nina Rodrigues.

14. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Bahia, 1957; *Os africanos no Brasil*, 1982. (apud Zaffaroni, 1998, p. 42-43).

15. Contra os moradores de rua, sem-terra, sem-teto, sem emprego, etc.

16. Não raro o denunciado é descrito nestapeça como um ser anormal: “... num gesto tresloucado, embriagado pelo torpor, dando vazão aos seus instintos bestiais e diabólicos, querendo a todo

instituto que acabaram por restringir suas possibilidades de aplicação.

Andrei Koerner (1999, p. 16) identifica, durante a Primeira República, com a constitucionalização do *habeas corpus* e sua afirmação como uma garantia constitucional, um duplo movimento: de um lado a generalização de seu campo de atuação com a ampliação das possibilidades de seu uso, decorrentes de seu novo *status* jurídico¹⁷, por outro a neutralização dos seus efeitos mais difusos, por uma prática judicial que criou uma espécie de filtragem dos pedidos apresentados, com o estabelecimento de critérios restritivos que serviam para selecionar as demandas que poderiam ser concedidas, dificultando o acesso dos cidadãos à garantia do Judiciário (Koerner, 1999, p. 234-235).

Significa dizer que o *habeas corpus* podia ser usado para coibir outras formas de coação à liberdade individual, ampliadas as situações em que seu uso era admitido, em especial para garantir o respeito às formas legais do processo.¹⁸ Contudo, como indica a pesquisa de Koerner (1999), “como decorrência das condições políticas e sociais nas quais essa prática se efetivava, do paradigma positivista dominante e das concepções políticas conservadoras do STF e outros juristas” (p. 235), instaurou-se uma prática judicial restritiva à possibilidade de eficácia plena do instituto. Importa nesse processo, sobretudo, observar que as restrições ao *habeas corpus* criadas e introduzidas a partir da Primeira República, em um contexto histórico específico, mantêm-se em vigor até hoje, na

17. A Constituição de 1891, em sua redação originária, prescrevia: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”. Em face desse enunciado a partir da atuação advocatícia de Ruy Barbosa as ordens de HC passaram a ser concedidas não apenas nas hipóteses de liberdade de locomoção, mas diante de quaisquer afronta às liberdades do indivíduo, essa concepção acerca da amplitude do instituto ficou conhecida como *Doutrina Brasileira do Habeas Corpus*. Essa doutrina foi predominante no Brasil entre os anos de 1909 a 1926 e ensejou a reação conservadora descrita no trabalho de Koerner (1999).

18. Foi justamente essa utilização ampliada da garantia do *habeas corpus* que acabou por fazer com que esse instrumento fosse considerado instituto “protetor da parte podre da sociedade” (escravos, negros recém alforriados, prostitutas...), justificando a restrição que viria a seguir, culminando com a reforma constitucional de 1926, apta a garantir que só os “bons homens” pudessem ter sua liberdade tutelada por esse instituto. (Koerner, 1999, p. 16).

legislação e na prática judicial, impedindo que a utilização dessa garantia constitucional na defesa dos direitos da liberdade se torne efetiva. Os dados obtidos nesta pesquisa confirmam essa hipótese.

2.3 Análise dos Dados

A partir da análise das 1369 ementas de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe – TJ/SE em sede de *habeas corpus*¹⁹, agrupamos inicialmente as decisões segundo a concessão ou denegação da ordem de *habeas corpus*. Aqui tivemos uma primeira surpresa: percebemos que um elevado número de ementas nos dava conta de que uma porcentagem significativa de julgados foram considerados “prejudicados” quanto ao exame do mérito. Decidimos incluir essa categoria na nossa classificação inicial. Assim, a partir dos dados tabulados pudemos observar que apenas 17,386% dos pedidos de HC impetrados foram concedidos, 57,12% foram negados e os outros 25,494% não foram julgados quanto ao mérito porquanto considerados “prejudicados”, ou seja, a princípio, parecia indicar que o writ não havia sido capaz de cumprir seu intuito.

O índice de *habeas corpus* impetrados no período estudado é muito baixo: 1369 em cinco anos ou, projetando-se uma média, menos de 23 *habeas corpus* por mês em um estado de 1,9 milhões de habitantes e população carcerária em expansão.²⁰ A porcentagem de ordens denegadas e/ou prejudicadas é bastante elevada, correspondendo a 82,61% de todos os *habeas corpus* impetrados, reflexo do enfraquecimento dessa garantia constitucional e do seu consequente descrédito.

Observando o *Gráfico 1* podemos perceber como são escassas as ordens concedidas.

Elaboramos, a seguir, uma base de dados segundo os motivos justificadores da decisão ementada, a fim

19. Boletim Jurídico, publicação oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe – Biblioteca Central Des. Gervásio Prata, Nova Série, Ano II nº 05, 06, 07, 08; Ano III nº 09, 10, 11, 12; Ano IV nº 13, 14, 15, 16; Ano V nº 17, 18, 19, 20; Ano VI nº 21, 22, 23, 24.

20. A expansão progressiva do número de presos para cada 100 mil habitantes em Sergipe em todo o Brasil pode ser observada a partir dos dados estatísticos constantes do *Infopen*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE-94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

Porcentagem de Habeas Corpus Concedidos, Denegados e Prejudicados pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe no período de 1996 à 2000.

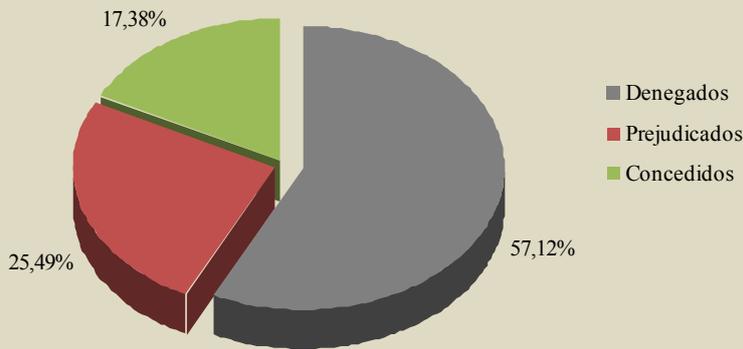


Gráfico 1.

Causa	Quantidade	(%)
Excesso de prazo	601	39,64%
Prisão Cautelar	305	20,12%
Perda de objeto	283	18,67%
Exame de provas em sede de habeas corpus	64	4,22%
Trancamento da ação penal por justa causa	56	3,69%
Repetição de fundamento de outro HC	37	2,44%
Liberdade provisória	36	2,37%
Incompetência do juízo	24	1,58%
Nulidade de auto de prisão em flagrante	23	1,52%
Prisão civil	15	0,99%
Falta de requisito formal	14	0,92%
Desistência	9	0,59%
Apelo em liberdade	8	0,53%
Extinção de punibilidade	8	0,53%
Outros	8	0,53%
Livramento condicional	6	0,40%
Prescrição	5	0,33%
Suspensão condicional do processo	5	0,33%
Aguardar júri em liberdade	2	0,13%
HC preventivo	2	0,13%
Inimputabilidade penal	2	0,13%
Conversão em medida sócio-educativa	1	0,07%
Mudança de regime de pena	1	0,07%
Prisão ilegal	1	0,07%
Total	1.516	100,00%

Tabela 1.

de verificar em quais situações de violação o *habeas corpus* havia sido mais invocado. Algumas ementas apresentavam mais de um motivo, nesses casos decidimos computá-las mais de uma vez, porquanto nosso interesse, nesse ponto, era justamente conhecer quais as violações mais frequentemente julgadas, por essa razão o número total das justificativas supera o número total de ementas avaliadas. O quadro abaixo apresenta, em ordem decrescente, as causas

que mais frequentemente aparecem nas ementas para justificar de concessão ou denegação da ordem. Desde logo chama a atenção o fato de que em aproximadamente 19% dos casos as ementas informam ter havido “perda de objeto”. Nesses casos, os *habeas corpus* acabam sendo julgados “prejudicados”. Naqueles casos em que a perda de objeto aparece como única “causa do julgado” não é possível estabelecer qualquer conexão com qual teria sido a causa de pedir do *habeas corpus*. O mesmo se dá nos casos em que a decisão foi prejudicada por “repetição de fundamento em outro HC”: nem sempre foi possível aferir qual seria o fundamento que estaria a se repetir. Decidimos, contudo, manter essas categorias na tabela para que pudéssemos visualizar, de uma forma mais ampla, acerca do quê o Tribunal de Justiça de Sergipe decidiu em sede de *habeas corpus*.

O pedido mais frequente a fundamentar os pedidos de *habeas corpus* toma por fundamento a ocorrência de excesso de prazo, caracterizado pela extrapolação do prazo razoável no transcorrer do processo-crime²¹. A alegação de excesso de prazo é recorrente e, na maioria das vezes, soma-se a outros argumentos constantes do pedido.

Como regra, os pedidos são indeferidos reivindicando-se a aplicação das Súmulas 21, 52 e 64 do STJ²² no sentido de que não há excesso de prazo, respectivamente, quando: (i) já existe sentença de pronúncia do acusado; (ii) quando finda a instrução criminal e (iii) na hipótese da defesa ter concorrido para dilação temporal constatada. Além dessas circunstâncias sumuladas, aparece uma “decisão-padrão”²³ bastante frequente que considera não existir constrangimento ilegal pelo excesso de prazo em face da “complexi-

21. O prazo de 81 dias, considerado como parâmetro à época da pesquisa, é resultante de uma criação doutrinária para suprimir a lacuna do que seria prazo razoável para a conclusão do processo-crime nos casos em que o Réu estivesse preso. O número de dias foi obtido pela soma dos prazos constantes no CPP para todos os atos do procedimento ordinário, do inquérito até a sentença.

22. Essas três Súmulas, editadas no começo dos anos 90, são ainda bastantes utilizadas. O STJ, contudo, mais recentemente, tem proferido decisões flexibilizando sua aplicação no sentido de que não é taxativa a aplicação das súmulas, quando desarrazoada a demora.

23. Usamos a expressão “decisão-padrão” para identificar julgados cuja motivação aparece parametrizada, sem que, contudo, tenha havido qualquer incidente de uniformização de jurisprudência.

dade da causa e elevado número de réus”²⁴, e ainda uma outra “decisão-padrão” que denega os pedidos, subvertendo o princípio de que a liberdade é a regra e a prisão a exceção:

Excesso de prazo - Simples²⁵ ultrapassagem dos prazos legais – Constrangimento não configurado – Ordem denegada. O simples fato de ter sido ultrapassado o prazo para conclusão da instrução criminal não gera automaticamente, em favor do acusado, o reconhecimento de existência de constrangimento ilegal. Para tanto há de se verificar, também, se a demora foi injustificada e causada pelos órgãos oficiais. Ordem não concedida. (Acórdão nº 572/99, HC nº 163/99. Rel. Des. José Barreto Prado)²⁶.

Apenas excepcionalmente, quando o excesso de prazo é gritante, o Tribunal de Justiça de Sergipe concede a ordem requerida. Vale observar, dentre tantos aspectos, que muitos dos pedidos têm seu exame prejudicado, por “perda de objeto”, o que se verifica nos casos em que a soltura ou a condenação definitiva se antecipam ao julgamento do *habeas corpus*. Iguualmente não são apreciados “pedidos repetidos”, quando as razões alegadas em favor de um determinado paciente já tenham sido objeto de *writ* anterior.

O *habeas corpus* não é considerado, pelo TJ/SE, como “via adequada” para discutir questões acerca de livramento condicional, competência ou provas. Com relação ao exame de prova em sede de *habeas corpus*, o Tribunal é enfático: “matéria de prova não pode ser objeto do remédio heroico”.²⁷ Observa-se aqui uma prática judicial que se utiliza de expedientes que restringem o alcance da garantia constitucional do *habeas corpus*, em consonância com a descrição de Koerner (1999). Iguualmente são recusados

24. As decisões nesse sentido tomam por paradigma decisão do próprio TJ/SE – Acórdão 295/99, vide também Acórdão 682/99, HC 164/99.

25. As palavras dizem tudo. O excesso de prazo, de tão comum, é considerado uma questão simplória. A decisão, com igual simplicidade, nega a liberdade como regra. Responder ao processo em liberdade é que é a exceção.

26. Boletim Jurídico nº 18, p. 193. Decisões idênticas foram proferidas nos autos dos *habeas corpus* nº 228/98, 176/99 e 873/99.

27. Excepcionalmente e em sentido contrário há uma única decisão no período analisado pela pesquisa, operando a desclassificação de delito. Acórdão 1806/2000, HC 286/2000.

pedidos em que faltem “requisitos formais” como, por exemplo, a correta indicação da autoridade coatora.²⁸

Com relação à inconstitucionalidade das normas penais restritivas de direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, sem maiores discussões, reconhece-as como válidas, denegando a ordem com tranquilidade e por unanimidade, como, por exemplo, nos casos em que se alega impossibilidade de concessão de liberdade provisória quando o crime for considerado hediondo²⁹ ou quando o agente pertença a organização criminosa.³⁰

Vale lembrar que na época em que foram proferidos os acórdãos correspondentes às ementas analisadas, a doutrina já chamava a atenção para a inconstitucionalidade da norma jurídica que vedava a progressão de regime em crime hediondo. Contudo, só em 2006 essa inconstitucionalidade foi declarada pelo STF.³¹

Pudemos detectar ainda a republicação de 31 (trinta e uma) ementas em julgados diferentes e decisões proferidas, na sua grande maioria, pela unanimidade dos membros da Câmara Criminal do TJ/SE.

Algumas questões puderam ser mapeadas logo na primeira fase da pesquisa, com a tabulação dos dados obtidos, mas imaginávamos que seria possível consultar algumas decisões de inteiro teor que serviram de paradigma ou que mereceram destaque pela

28. Em casos como esse o Tribunal poderia fazer a correção de ofício. Um exemplo: no caso de uma prisão completamente ilegal formalizada por auto de prisão em flagrante, a autoridade coatora é o delegado de polícia até o momento do recebimento do flagrante pela autoridade judicial, a partir daí o Juiz que recebeu os autos do flagrante se torna a autoridade coatora, mesmo que o preso continue sob a tutela do Delegado de Polícia. Ora, impossível para o leigo fazer a identificação da autoridade coatora correta caso queira impetrar um *habeas corpus* em favor do preso. Se os Tribunais não criam estratégias para receber os *habeas corpus* impetrados diretamente pelos presos ou por seus familiares e amigos, acabam por inviabilizar essa possibilidade de impetração, tão característica do *habeas corpus*.

29. Acórdão 627/96, HC 77/96; Acórdão 1235/96, HC 154/96; Acórdão 113/97, HC 15/97; Acórdão 802/2000, HC 047/2000.

30. Acórdão 1562/98, HC 180/98; Acórdão 507/2000, HC 009/2000. Em nenhuma dessas duas decisões discute-se a articulação de organização criminosa. No primeiro caso aplicou-se a restrição prevista no artigo 7º da Lei 9034/95 em face da participação do acusado em delito de sequestro.

31. Julgamento do *Habeas Corpus* 82.959 em 23 de fevereiro de 2006.

abordagem diferenciada. Pretendíamos, também, por amostragem, melhor investigar as condições gerais dos pacientes. Contudo, não foi possível avançar com a pesquisa já que a grande maioria dos autos já havia sido transferida para o prédio do arquivo central e que precisaríamos enviar requerimentos justificados ao Tribunal declinando as razões do nosso interesse no desarquivamento. Definitivamente, o cronograma do nosso projeto de pesquisa não permitiria continuar a investigação naquele momento.

De uma forma geral, os dados obtidos demonstram um enorme descompasso entre o *status* constitucional do *habeas corpus* e sua aplicação prática. Tal descompasso é percebido pelo elevado número de *habeas corpus* denegados, o que denota a falta de credibilidade do *writ*. Verifica-se a repetição do modelo restritivo de julgamento dos *habeas corpus*, conforme observado por Koerner na Primeira República Brasileira (após 1926). O estabelecimento, pela jurisprudência e pela doutrina, de uma série de filtros que aparecem como requisitos de admissibilidade acabam por impedir o exame efetivo dos casos, prejudicando o julgamento. A redução da amplitude dos efeitos do *habeas corpus* decorre também da neutralização:

- // da responsabilidade da autoridade coatora;
- // da garantia de processo rápido para o réu preso;
- // da supervisão pelos juízes a respeito da integridade física do paciente;
- // do exame das circunstâncias específicas de detenção e das condições da prisão.

Os limites que a prática judicial foi impondo ao *habeas corpus* ensejam, no entendimento de Reginato (2001), uma violação das garantias fundamentais consubstanciadas na fórmula política brasileira com a consequente quebra dos princípios do Estado Democrático de Direito. Belov (1999), no mesmo sentido, chama a atenção para a manutenção e reprodução do *status quo* pelos aparelhos estatais, em especial pelas agências do subsistema judicial onde se formata um discurso jurídico-penal, apto a ensejar a legitimação de procedimentos excludentes, não somente dos bens econômicos, mas, sobretudo, no tocante aos bens políticos e à cidadania.

Precisamos olhar atentamente para as práticas ju-

diciais criminais no Brasil, denunciando a falta de compromisso ético e político das agências e agentes que atuam no sistema de direito criminal para com as regras do Estado Democrático de Direito. As normas, princípios e garantias constitucionais devem colocar-se como contrapontos diante da violência gerada pelo sistema de direito criminal.

O aperfeiçoamento da democracia vai além dos textos legais e implica um nível de exigências aquém do qual não se pode ficar, levando-se em consideração o modo pelo qual as pessoas devem ser tratadas nesse sistema de poder-violência organizado ao qual chamamos de Estado. A atuação das agências vinculadas ao sistema judicial deve buscar a concretização das exigências democráticas. Essas agências não podem se tornar reféns de políticas que representam, em si mesmas, a negação da democracia. Mapear seu funcionamento é, portanto, trabalho de crucial importância.

3 Considerações acerca das Limitações da Pesquisa Empírica em Direito a partir do Ementário Jurisprudencial

Se por um lado a análise das ementas parece ter confirmados nossas suspeitas iniciais quanto a uma prática judicial que precariza a eficácia do *habeas corpus*, por outro, concluímos essa pesquisa com um certo desconforto, porque percebemos que muitas ementas repetiam-se, valendo-se para tanto do uso de categorias dúbias, que nos impediam de conhecer seu conteúdo. Se a quantificação baseada na informação concessão/denegação da ordem de *habeas corpus* pode ser considerada, a princípio, confiável, o mesmo não se pode dizer de todos os acórdãos nos quais a análise do mérito foi considerada “prejudicada”, porque nesses casos não conseguimos alcançar o motivo da impetração. Essa falta de precisão pode impactar negativamente os resultados obtidos, como vemos nos casos em que o julgamento de mérito foi prejudicado, por perda de objeto.

A “perda de objeto” normalmente ocorre quando a situação fática que deu ensejo à impetração acaba por se modificar antes do julgamento do *habeas corpus*, tornando-o inócuo. Assim, por exemplo, quando o paciente/réu já tenha sido solto, condenado ou já tenha fugido ou mesmo morrido. Sabemos, unica-

mente em decorrência da experiência na advocacia criminal³², que a perda de objeto em *habeas corpus* é decorrente tanto da morosidade no julgamento, como também pela mudança da postura do magistrado, que ao saber da impetração do *habeas corpus* corrige logo o seu erro, sem, o mais das vezes, relacionar a soltura à interposição do *habeas corpus*. Ora, parece-nos que, nessa última hipótese, muito embora o julgado apareça como prejudicado, o *writ* foi capaz de gerar o efeito desejado. De uma forma diversa, nos casos em que a demora do julgamento foi excessiva a ponto de haver perda de objeto, o *habeas corpus* foi mesmo inócuo. Especificamente no caso da pesquisa em apreço a porcentagem de julgados “prejudicados” não impacta decisivamente o resultado, contudo o que pudemos perceber é que a avaliação dos padrões de julgamento dos Tribunais por meio das ementas dos acórdãos proferidos pode levar a resultados falhos. No caso da nossa pesquisa, chegamos a uma conclusão parcial e entendemos que o estudo só estaria completo se tivéssemos tido acesso aos autos ou, pelo menos, aos acórdãos no seu inteiro teor, o que não foi possível na época. E há de se considerar também que, mesmo tendo acesso a esse material, talvez percebêssemos ainda a necessidade de utilizarmos outros métodos de pesquisa, como, por exemplo, a realização de entrevistas, porque de antemão sabemos que as decisões judiciais nem sempre refletem a verdade dos fatos.

A questão é que percebemos a enorme fragilidade do ementário jurisprudencial como fonte de pesquisa. Considerando que as ementas são a fonte mais acessível de observação das formas e padrões de julgamento dos tribunais (nem todos os tribunais estão informatizados e disponibilizam acórdãos de inteiro teor), a constatação de que o registro dos julgados se dá de forma codificada por meio de fórmulas prontas e que se utilizam de conceitos jurídicos vagos e abertos é, no mínimo, preocupante, podendo comprometer o resultado final da pesquisa. A pesquisa empírica em direito a partir do ementário jurisprudencial é importante, especialmente como pesquisa exploratória, desenvolvida preliminarmente para oferecer informações sobre o objeto a ser investigado

32. E, portanto, a análise que segue não poderia ser obtida pela simples análise do ementário.

e desta forma orientar a formulação de hipóteses. A leitura do ementário permite, sem dúvida, perceber algumas tendências, definir o problema de pesquisa e formular hipóteses com mais precisão. Mas há que se ter cuidado na observação das variáveis (que podem, inclusive não corresponder aos fatos realmente tratados nos autos), sob pena de produzirmos trabalhos sem rigor científico, meros exercícios de retórica: *bullshit*, nos termos pensados pelo filósofo americano Harry G. Frankfurt.³³

A expressão *bullshit*, que optamos por manter no original,³⁴ tem uma dimensão provocativa que entendemos importante nessa reflexão. Em inglês, *bullshit* é substantivo, mas também verbo e nesse sentido indica não um produto, mas antes um processo. De acordo com Frankfurt (2006), *bullshit* um fenômeno que ocorre em apartado dos discursos percebidos como verdades ou mentiras. Enquanto a mentira se estabelece a partir de uma relação inversa e direta com a verdade, porquanto pressupõe que se conheça a verdade e que, intencionalmente, esta seja representada de forma distorcida, uma *bullshit* caracteriza-se antes por uma falta de conexão com a verdade, por uma indiferença com relação à observação das coisas como realmente elas são. O maior propósito de uma *bullshit* impressionar e persuadir a audiência (Frankfurt, 2006, p. 33–34), ainda que as informações sejam falhas e desprovidas de sentido. Por essa razão, uma *bullshit* mais perniciosa do que a mentira.

A utilização do ementário jurisprudencial como fonte exclusiva de pesquisa empírica em direito pode ser bastante problemática. A elaboração das ementas deveria ser precedida de leitura cuidadosa e de rigorosa análise da decisão ementada, o que não se viu nas ementas analisadas na nossa pesquisa sobre *habeas corpus*. Contudo, ainda que as ementas fossem perfeitas, haveria dificuldades. Primeiro porque as mesmas categorias e normas jurídicas podem aparecer em situações completamente diferentes, não

33. Ver Frankfurt (2006).

34. Na versão para o português, a expressão *Bullshit* aparece traduzida como *merda*. “Sobre falar merda” é título do livro de Frankfurt em português, mas nos parece que essa tradução fixa o conceito nas falas e declarações enganosas, subestimando outras formas de impostura às quais o conceito pode ser aplicado, a exemplo das imposturas científicas.

esclarecidas suficientemente nas ementas e, depois, há ainda uma dificuldade semântica evidente, já que o julgado é apresentado de forma tópica.

Um outro aspecto que precisa ser considerado é que, quando trabalhamos com ementas obtidas a partir de um determinado sistema de informação, há a necessidade de que conheçamos como foi constituída essa base virtual de dados a partir da qual selecionamos as ementas para análise. Berring (1994, p.16-24) chama a atenção para a importância de conhecer e avaliar os sistemas de filtragem e as ferramentas de busca disponíveis para a pesquisa de jurisprudência. Nas pesquisas virtuais do ementário podemos escolher um conceito-chave para iniciar a pesquisa, mas também nessa hipótese os resultados precisarão ser ponderados. O fato de termos muitas fontes acessíveis através da internet, por si só, não garante uma melhora na qualidade das pesquisas em direito.

O uso do ementário jurisprudencial como fonte de pesquisa aparece de forma bastante frequente, por exemplo, nos trabalhos de conclusão de curso (TCC) em direito. Não há, contudo, significativa literatura problematizando sua utilização exclusiva. Os trabalhos de que temos conhecimento tratam mais especificamente da utilização dos processos judiciais e decisões de inteiro teor como fonte de dados. Nos países em que a tradição jurídica é a da *Common Law*, encontramos uma discussão mais acurada com relação à forma de indexação das decisões e, principalmente, acerca da formatação dos bancos de dados dos julgados. A esse respeito, o trabalho de Veçoso e outros, *As bases eletrônicas de julgados: matrizes de análise e aplicação no STF e STJ*³⁵, apresentado no II EPED, é esclarecedor.

Se por um lado a apresentação do ementário nos trabalhos acadêmicos demonstram certo interesse pela pesquisa empírica, por outro, o que temos observado³⁶ é que a utilização das decisões sumariadas nesse tipo de trabalho se dá, as mais das vezes, de forma aleatória e oportunista, onde as ementas colaciona-

das são apresentadas para reforçar um ponto de vista, no melhor “estilo parecer” (Nobre, 2004). No nosso entender esse não é um problema individual do aluno quando do seu trabalho de conclusão, mas antes uma questão vinculada às enormes dificuldades do desenvolvimento da pesquisa em direito, onde o “estilo petição” aparece com frequência. Aguiar (2007) demonstra que há uma incompreensão generalizada sobre as especificidades da pesquisa científica no campo do direito, reforçada pela falta de percepção sobre problemas de ordem institucional e epistemológica.

Usualmente pesquisas criteriosas no campo do direito, costumam ser classificadas como pesquisas pertencentes a um outro âmbito, como por exemplo a sociologia ou antropologia jurídica (Rodríguez, 2006), o que precisa, evidentemente, ser revertido. Entendemos que a pesquisa empírica em Direito deva seguir um modelo artesanal de ciência (Becker, 1993, p. 12), no qual as teorias e métodos necessários ao trabalho vão sendo produzidos por cada pesquisador, conforme as necessidades que surjam na pesquisa e as peculiaridades do campo. A vantagem desse tipo de abordagem é que ela nos permite observar os fenômenos de maneira criativa, de forma que nos sintamos livres para inventar e tentar resolver os problemas que aparecem nas pesquisas, dando conta das particularidades do nosso campo. O que não significa ignorar métodos já consagrados ou abrir mão de um tratamento criterioso dos dados. A ideia aqui é evitar colocar nossas observações numa “camisa-de-força de ideias” desenvolvidas em outro lugar, num outro contexto, para explicar fenômenos peculiares a esse tempo, a esse lugar (Becker, 1993, p. 12).

Na perspectiva de um modelo artesanal de ciência, a pesquisa exploratória do ementário jurisprudencial se mostra preciosa, porque apta a revelar uma série de novas questões, sinalizando para o pesquisador quais os cortes epistemológicos mais interessantes e quais métodos poderiam vir a ser articulados para uma melhor compreensão do fenômeno que se está a estudar. A partir daí outras fontes precisam ser mobilizadas.

4 Conclusão

O desenvolvimento da pesquisa empírica em direito ocupa posição estratégica, considerando-se o movi-

35. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Fabia-F-C-Vecoso-et-al.pdf>

36. Como professores nos cursos de Direito, constantemente participando de bancas para exame de TCC.

mento de judicialização de conflitos de toda ordem (caracterizada pelo aumento da litigância processual) e especialmente o fenômeno de judicialização da política (Carvalho, 2004; Garapon, 1996). É preciso entender como o direito está a funcionar. A análise das ementas é um bom começo, mas essa é, contudo, uma fonte que exige complementação, a exemplo da consulta às decisões de inteiro teor.

A nossa pesquisa acerca da prática judicial do *habeas corpus*, muito embora tenha sido capaz de confirmar a hipótese inicial, não pode ir além porque os autos estavam arquivados e, nesse caso, para pedir o desarquivamento deveríamos nos justificar, demonstrando qual o nosso interesse no desarquivamento solicitado e aguardar julgamento, o que era incompatível com o prazo previsto inicialmente para a pesquisa naquela ocasião.

É importante criar mecanismos e arranjos institucionais aptos a garantir que os pesquisadores tenham acesso aos autos e a todas as informações que julgarem importantes para o seu trabalho. Parece-nos interessante que as Universidades e Centros de Pesquisa celebrem convênios prévios com os diversos órgãos que “produzem direito”, a exemplo dos Tribunais de Justiça, de forma que os pesquisadores tenham acesso facilitado às audiências, aos autos, e documentos, dentre outros. A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) é também um importante instrumento no auxílio à obtenção de material para a pesquisa.

A questão da obtenção dos dados, embora mereça atenção, não é o nosso maior problema no desenvolvimento da pesquisa empírica em direito. Nosso maior desafio vincula-se ao tratamento desses dados, que, se feito de forma displicente, poderá ocasionar uma impostura científica.

////////////////////////////////////

5 Referências

- Aguiar, A. K. V. (2007). O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: Uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. In *XVI Congresso Nacional do CONPEDI*, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf.
- Batista, V. M. (2000). O mesmo olhar positivista. *Boletim IBCCrim – Edição Especial*, 95(8).
- Becker, H. S. (1993). *Métodos de pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: Editora Hucitec.
- Belov, G. (1999). A garantia (constitucional) do procedimento oral no *habeas corpus*. In R. D. Santos. *Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal*. Florianópolis: Diploma Legal.
- Berring, R. C. (1994). Collapse of the Structure of the Legal Research Universe: the imperative of digital information. *Washington Law Review*, 69(9), 9-34.
- Boletim Jurídico* – e-mentário oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Aracaju, anos II a VI, nos 5 a 24. 1996-2000.
- Carvalho, E. R. (2004). Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, 23.
- Foucault, M. (1996). *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau.
- Fragale Filho, R., & Aguiar, A. K. V. (2004). A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, 2(1), 53-70.
- Frankfurt, H. G. (2006). *On Bullshit*. Princeton: Princeton University.
- Garapon, A., & Sala, D. (1996). *La république pénalisée*. Paris: Hachette.
- Garcia, M. (2009). *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: Les theories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation* (Tese de Doutorado). Université du Québec à Montréal, Canadá.
- Garland, D. (2001). *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. New York: Oxford University.
- Koerner, A. (1999). *Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim.
- Laperrière, A. (2008). A teorização enraizada (*grounded theory*): Procedimento analítico e comparação com outras abordagens. In J. Poupart et al. (Orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes.
- Nobre, M. (2004). Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil, *Cadernos Direito GV*, 1(1).
- Pires, A. (1991). Éthiques et réforme du Droit Criminel: Au-delà de philosophies de la peine, *Ethica*, 2(3), 47-78.
- Pires, A. (1998). La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIesiècle, In C. Debuyst, F. Digneffe et, A. Pires. (Orgs.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine* (vol.2). Bruxelles: De Boeck Université.
- Pires, A. (2010). Observing discourses on criminal punishment: A review of Tom Daems, 'Making Sense of Penal Change', *Kriminologisches Journal*, 2(42), 154-15.
- Reginato, A. D. A. (2001) *Sistema Penal e Estado Democrático de Direito: Uma análise crítica das práticas punitivas e da sua justificação* (Dissertação de mestrado). Universidade Federal do Ceará, Brasil.
- Rodriguez, J. R. (2006). Pesquisa empírica e Estado de Direito: A dogmática jurídica como controle do poder soberano, *XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Disponível em: http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrigo_rodriguez.pdf.
- Veçoso, F.F.C. et al. (2012) *As bases eletrônicas de julgados: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça*. Comunicação oral. II Encontro de Pesquisa Empírica em Direito. Ribeirão Preto. Resumo disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Fabia-F-C-Vecoso-et-al.pdf>
- Wacquant, L. (2001). *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Warat, L. A. (1988). O sentido comum teórico dos juristas. In L. A. Warat. *A crise do Direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB.
- Zaffaroni, R. E. (1998). *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal* (3ed). Rio de Janeiro: Revan.
- Zaffaroni, R.E e Pierangeli, J.H (1997) *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT.

RECORRIBILIDADE DIFERIDA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS:

um estudo de caso no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região e no Tribunal de Justiça do Espírito Santo // *Carolina Bonadiman Esteves*¹

Palavras-chave

Recorribilidade diferida de decisões interlocutórias /
Eficiência do processo civil brasileiro / Reformas
processuais

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 (In)eficiência Temporal do Processo Civil**
- 3 Vantagens da Recorribilidade Diferida de Decisões Interlocutórias**
- 4 Análise Teórica da Evolução Legislativa Sobre a (Ir)recorribilidade Imediata de Decisões Interlocutórias**
- 5 Análise Empírica da Eficácia da Lei nº 11.187/05: Estudo de Caso**
 - 5.1 Metodologia Utilizada
 - 5.2 Dados do TRT da 17ª Região
 - 5.3 Dados do TJES
 - 5.3.1 Projeção da Situação Anterior à Lei nº 11.187 e Situação Real até 2009
 - 5.3.2 Projeção dos Possíveis Cenários
- 6 Conclusão**
- 7 Referências**

Resumo

A recorribilidade diferida de decisões interlocutórias contribuiria para a eficiência do processo civil brasileiro? Qual foi o objetivo das recentes reformas do sistema processual civil brasileiro em relação às decisões interlocutórias? As recentes reformas legislativas referentes ao recurso de agravo resolveram o problema da quantidade excessiva de interposição desse tipo de recurso e da excessiva duração do processo? Para responder a essas perguntas, foi feita uma análise teórica da eficácia da última lei que alterou a recorribilidade de interlocutórias – a lei nº 11.187/05 – e, posteriormente, foi feita uma análise empírica da sua eficácia, por meio de um estudo de caso no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região e no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em que foi comprovada a relação direta entre a recorribilidade diferida de decisões interlocutórias e a eficiência do processo civil brasileiro bem como a efetividade da tutela jurisdicional.

2. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Doutora e mestra em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do grupo de pesquisa sobre “Efetivação de direitos fundamentais do Estado”. Procuradora do Estado do Espírito Santo (PGE/ES).

DEFERRED APPEALING OF INTERLOCUTORY DECISIONS: a case study of the 17th Region's Labor Regional Court and of the Espírito Santo's Court of Justice // *Carolina Bonadiman Esteves*

Keywords

Deferred appealing of interlocutory decisions / Efficiency of the civil litigation process / Procedural reforms



Abstract

Would the deferred appealing of interlocutory decisions contribute to the efficiency of the civil litigation process? What was the objective of the recent reforms made on the Brazilian civil procedure system in relation to the interlocutory decisions? Have the recent legislative reforms concerning the interlocutory appeal solved the excessive amount of using such appeal and the excessive process duration? In order to answer these questions, this research has analyzed in theory the result of the last law that modified the appealing of interlocutory decisions – law nº 11.187/05 – and, then, has analyzed its real result, through a case study of the 17th Region's Labor Regional Court and of the Espírito Santo's Court of Justice that was conducted with the help of statistics. It was confirmed that there is a direct relationship between the deferred appealing of interlocutory decisions and the efficiency of the civil litigation process and the effectiveness of the jurisdictional protection.

1 Introdução

É frequente a afirmação de que faltam pesquisas estatísticas para nortear as propostas de reforma do sistema processual civil brasileiro (Aragão, 2003, p. 9; C. Moreira, 2002; J. Moreira, 2003, p. 71).

Para atender a esta demanda, realizou-se pouco antes do início da vigência da última lei que alterou a recorribilidade de interlocutórias – a lei nº 11.187/05, que só entrou em vigor em 18.01.2006 – um estudo de caso², a título ilustrativo, para comparar a eficácia dos respectivos sistemas recursais em relação ao recurso de agravo e para estabelecer projeções, nos anos subsequentes, da eficácia daquela lei em relação à limitação do cabimento do recurso de agravo de instrumento no direito processual civil.

Passados 5 anos da conclusão dessa pesquisa – cujos dados serão expostos mais adiante, foi elaborado o projeto do Código de Processo Civil (Brasil, 2011), com propostas de reformas que, dentre outros aspectos, limitam novamente o cabimento do recurso de agravo.

O ideal seria que, antes da elaboração desse projeto, se investigasse se o cabimento do recurso de agravo nos moldes atuais realmente geraria os benefícios alegados ou se, em última análise, impediria o processo de atingir seus escopos com eficiência e, com isso, prejudicaria a efetividade da tutela jurisdicional.

Contudo, assim como nas alterações legislativas anteriores que trataram do agravo – e provavelmente em razão do pouco tempo de que dispunha a comissão instituída para a elaboração do projeto do CPC, não foi realizada qualquer pesquisa empírica prévia que diagnosticasse a eficácia da atual amplitude do cabimento do agravo e que confirmasse e/ou refutasse a necessidade de nova reforma.

Trata-se, conforme já exposto em outro trabalho, de três planos – o da efetividade (relacionado à existência de algo na prática), o da eficácia (relacionado à produção dos efeitos desejados) e o da eficiência (relacionado a resultados com o mínimo de perdas,

2. O referido estudo de caso foi realizado por ocasião de uma tese de doutorado em direito processual, ainda não publicada (Esteves, 2006a).

erros, dispêndios ou tempo) – que, embora sejam diferentes, entrelaçam-se e são facilmente compreendidos quando aplicados ao processo civil, que consiste em um instrumento para a tutela jurisdicional e, conseqüentemente, em um instrumento para o acesso à justiça (Esteves, 2006b, p. 154).

Diante disso, e objetivando investigar a eficácia da lei nº 11.187/05 quanto à limitação do cabimento do agravo e à eventual necessidade de restringi-lo ainda mais – tal como proposto no projeto do CPC em tramitação, realizou-se uma continuação daquela pesquisa empírica.

Os resultados desse estudo de caso são descritos adiante, mas antes é preciso estabelecer algumas premissas conceituais a respeito do tema.

2 (In)eficiência temporal do processo civil

O processo deve se desenvolver em tempo útil (Bustamante, 2003) e apresentar o melhor rendimento com o mínimo de dispêndio de tempo possível para que seja eficiente ao atingir seus escopos (Dinamarco, 2000, p. 149) e para que a tutela jurisdicional seja efetiva.

Como se não bastassem as concepções previamente existentes de que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (Barbosa, 2004, p. 47) e “o tempo é um inimigo do direito, contra qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas” (Carnelutti, 1971, p. 412), a atual cultura cibernética (que permite praticar atos em “tempo real”) também fez com que os jurisdicionados passassem a exigir do Poder Judiciário maior rapidez na resposta às pretensões levadas a juízo.

Em razão disso, a ineficiência do processo e a falta de efetividade da tutela jurisdicional brasileira motivaram a elaboração de reformas pelas quais passou o sistema processual civil e da Emenda Constitucional nº 45/04 – que elevou de forma expressa a celeridade e a eficiência do processo à posição de garantia constitucional ao assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantissem a celeridade de sua tramitação.

Nas discussões a respeito das vantagens do proces-

so oral sobre o escrito e deste sobre aquele, parte da doutrina (Chioyenda, 1998, p. 56) defendeu a adoção da regra da irrecorribilidade em separado de decisões interlocutórias sob o argumento de que, ao colocar em evidência a celeridade tanto no desenvolvimento do processo quanto na prolação das decisões e no oferecimento ao jurisdicionado uma resposta rápida ao conflito de interesses levado a juízo, o processo se tornaria mais eficiente e sua duração se tornaria mais razoável.

É importante lembrar que, por irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, entendia-se originalmente (Nery Jr., 1993, p. 153) a impossibilidade de se interpor recurso separadamente do mérito, que suspendesse o curso do processo, ou a impossibilidade de paralisação do feito para apreciação do recurso separadamente.

Com efeito, a preocupação restringia-se à consequência procrastinatória que a suspensão do processo poderia causar ao desenvolvimento do processo, pois se buscava encontrar uma composição entre, de um lado, os danos que a suspensão do curso da causa (à espera de tornar-se definitiva a interlocutória) poderia acarretar ao processo oral e, de outro lado, os possíveis danos decorrentes do prosseguimento de uma causa fundada em decisões ainda sujeitas a reforma.

Por este motivo sustentou-se que esse princípio da irrecorribilidade em separado de decisões interlocutórias só deveria ser aplicado se fosse útil para assegurar a concentração processual, em favor do processo oral e eficiente, pois “fora daí é desarrazoado e prejudicial” (Chioyenda, 1998, p. 276).

Essa suspensão do processo não é, contudo, a única situação prejudicial à eficiência do processo, já que a mera recorribilidade imediata destas decisões – ou seja, a possibilidade de se interpor recurso imediatamente, ainda que desprovido do condão de suspender o processo – também pode gerar consequências negativas ao desenvolvimento do processo.

Apesar de se afirmar que o recurso de agravo por instrumento (por exemplo) tem a vantagem de permitir um rápido julgamento sem interferir no desenvolvimento do processo, tal argumento não tem se aplica-

do na prática (Wambier, 2006, p. 325). O agravo – ainda que dotado de efeito meramente devolutivo – tem demorado a ser julgado nos tribunais e, por ter preferência sobre outros recursos (como é o caso da apelação), o agravo tem impedido que os magistrados muitas vezes se debrucem sobre o próprio mérito do processo, levado ao tribunal por meio da apelação.

É importante ressaltar que a demora aqui referida consiste na duração irrazoável do processo, ou seja, na duração do processo além do tempo normal previsto para sua duração. Esse ‘tempo normal’ consiste, por sua vez, no tempo necessário à prática dos atos processuais – sejam eles de requerimento, de produção de provas, de julgamento, etc. – enquanto a demora ou o ‘tempo anormal’ consiste no tempo decorrente da prática de atos desnecessários, inadequados e irrazoáveis.

Dentre as possíveis causas da morosidade do processo civil – e, conseqüentemente, da sua ineficiência e da falta de efetividade da tutela jurisdicional, podem ser destacadas algumas (Tucci, 1999) – que, contudo, não explicam isoladamente o quadro atual de lentidão dos processos: a falta de agilidade dos procedimentos; a falta de infraestrutura adequada; as deficiências da máquina e da organização judiciárias que levam ao “tempo morto” dos processos; a insuficiência do número de juízes para julgar processos; o crescimento do número de demandas; e o aumento excessivo da interposição (e da necessidade de julgamento) de recursos.

Este estudo não comporta a análise de todas essas causas – pois não se pretende explicar a causa da demora dos processos, nem a análise do conflito entre rapidez na prestação jurisdicional e a busca de decisões justas – pois essa discussão passaria pela análise do conteúdo dos julgados. Optou-se por analisar apenas o aumento excessivo da interposição (e da necessidade de julgamento) de recursos, principalmente em relação aos recursos de agravo³, já que se pretende investigar, isoladamente, o impacto da recorribilidade imediata de decisões interlocutórias

3. “Se se pode afirmar, por um lado, que houve um considerável desafogamento no primeiro grau, quando se perdia muito tempo na formação do instrumento, de outro, não se pode negar que os tribunais estão abarrotados de agravos de instrumento, comprometendo a prestação da tutela jurisdicional” (Jorge, Didier Jr., & Rodrigues, 2003, p. 172-173).

sobre a quantidade de recursos de agravo de instrumento interpostos e, conseqüentemente, sobre a eficiência do processo civil brasileiro e a efetividade da tutela jurisdicional.

3 Vantagens da recorribilidade diferida de decisões interlocutórias

Além de permitir que as decisões interlocutórias sejam impugnadas ao final por meio do recurso de apelação, a recorribilidade diferida de decisões interlocutórias apresenta a vantagem de simplificar o processo (Dinamarca, 2002, p. 287-295; J. Moreira, 1984, p. 5; Tucci, 1997, p. 146) e permitir que ele se desenvolva sem tumulto e, em última análise, de forma mais célere.

Não se trata, portanto, de irrecorribilidade pura e simplesmente – que aí sim, seria prejudicial ao sistema, mas apenas em recorribilidade diferida de decisões interlocutórias.

Dessa forma, para o alcance do objetivo de se permitir o desenvolvimento do processo em tempo razoável, valeria a pena aplicar a regra da recorribilidade diferida de decisões interlocutórias (mais abrangente que a irrecorribilidade em separado dessas decisões). Isso não poderia implicar, contudo, um impedimento à manifestação imediata – por meio outro que o recurso de agravo e a posterior interposição do recurso de apelação – que tem fundamentação livre e permite que se discutam questões que tenham sido objeto de decisões interlocutórias e que tenham sido utilizadas como premissa ou fundamento da sentença.

Em síntese, a eventual adoção desse modelo proporcionaria as seguintes vantagens:

- A. apenas substituiria a forma atualmente prevista para se evitar a ocorrência de preclusão (sem, contudo, romper com a tradição brasileira do rígido sistema preclusivo e fazer com que a adoção da preclusão se torne um mal maior que a sua própria inexistência);
- B. evitaria a ocorrência de preclusão (e, com isso, permitiria que o processo se desenvolvesse com vistas à prolação da sentença⁴);

4. Prestigia-se a aplicação, como regra, do art. 249, § 2º, do CPC

- C. não violaria o duplo grau de jurisdição (pois o duplo grau pode ser exercido posteriormente por ocasião do eventual recurso de apelação);
- D. aumentaria a segurança jurídica (que decorreria da estabilidade das decisões proferidas em primeiro grau – que não mais se sujeitariam, de imediato, ao reexame, mas continuariam sendo recorríveis – e da certeza de que os processos seriam julgados em tempo razoável);
- E. eliminaria, no seu nascedouro, a interposição de recursos de agravo protelatórios (pois os protocolos dos tribunais nem sequer aceitariam a protocolização de recursos de agravo para fins diversos da hipótese prevista em lei);
- F. seguiria a tendência (Bedaque, 2003, p. 19) atual de acabar com a sobreposição das questões processuais à questão principal (normalmente relacionada ao direito material) e, com isso, faria com que o processo voltasse a ser utilizado para sua verdadeira finalidade de solucionar os conflitos de interesses (de direito material) levados a juízo;
- G. tornaria mais objetivas as hipóteses de impugnação das decisões judiciais (que não mais dependeria de conceitos indeterminados cuja configuração depende de subjetividade tanto do jurisdicionado quanto do magistrado);
- H. diminuiria substancialmente o volume total de processos entrados (pois, ainda que sejam impetrados mandados de segurança, suas hipóteses de cabimento são mais restritas e objetivas que o recurso de agravo, que deixaria de ser interposto na proporção atual);
- I. permitiria que os tribunais acabassem com o “estoque” de processos (leia-se: agravos e

(§2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta). Somente na hipótese de haver algum prejuízo e de este prejuízo ter sido causado pela decisão interlocutória, caberia, como preliminar nas razões do eventual recurso de apelação, a demonstração do porquê do informalismo e da influência da decisão interlocutória sobre a sentença, bem como o pedido de anulação da sentença. Objetiva-se, com isso, priorizar o julgamento do mérito – verdadeira finalidade do processo – e não a discussão de questões processuais, a exemplo do art. 273, § 6º (que seria hipótese de julgamento antecipado do mérito ou de parte dele) e do art. 330.

apelações, principalmente) acumulados ao longo do tempo (pois os agravos deixariam de ser interpostos e o tempo dos magistrados atualmente utilizado para julgar os agravos poderia ser utilizado para julgar os demais processos);

- J. diminuiria a duração do processo e aumentaria a eficiência do processo (pois, respeitando-se os prazos previstos para a prática de cada um dos atos processuais e aplicando-se sanções para o eventual descumprimento desses prazos, a duração do processo poderia ser mais curta); e por fim
- K. aumentaria a efetividade da tutela jurisdicional (que, além de proporcionar segurança jurídica, seria prestada em tempo útil e, com isso, teria chances reais de solucionar os conflitos).

Diferentemente das recentes reformas do CPC – que, ou foram tímidas (Wambier, 2006, p. 254), ou apenas objetivaram impedir o uso anômalo do mandado de segurança, essa proposta proporcionaria em última análise mais condições de se alcançar a solução do conflito do direito material em tempo hábil e, conse-

quentemente, a efetividade da tutela jurisdicional.

4 Análise Teórica da Evolução Legislativa Sobre a (Ir)Recorribilidade Imediata de Decisões Interlocutórias

Como o Código de Processo Civil vigente sofreu inúmeras alterações ao longo do tempo, serão analisadas não só a redação original daquele diploma legal como também as sucessivas leis e emendas constitucionais que ensejaram alterações a respeito ao agravo. Com base nessa comparação, será possível verificar a evolução legislativa da (ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias no ordenamento jurídico vigente⁵.

O quadro abaixo demonstra, sinteticamente, essa evolução do ordenamento jurídico vigente:

5. Não se pretende comentar, neste trabalho, todas as reformas ao ordenamento jurídico vigente ou todas as alterações referentes ao recurso de agravo (que só serão sucintamente expostas). Na verdade, pretende-se comentar tão-somente as alterações relativas à ampliação ou restrição da recorribilidade das decisões interlocutórias.

Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869 de 11.01.1973 – redação original): Entrou em vigor em 01.01.1974 e promoveu uma simplificação⁶ do sistema recursal brasileiro, em virtude da preocupação com sua aplicação prática e com a diminuição dos constantes equívocos e dificuldades por que passavam os operadores do direito para identificar, no caso concreto, os recursos cabíveis contra cada uma das decisões judiciais. Em síntese, ao prever o cabimento do recurso de agravo contra todas as decisões interlocutórias, o CPC/73 proporcionou uma ampliação da recorribilidade dessas decisões, com vistas a combater a utilização de meios anômalos de impugnação, como a *correição parcial* ou *reclamação* e o mandado de segurança contra ato jurisdicional⁷. Para tanto, utilizou-se de conceitos indeterminados que podem ser identificados por meio de circunstâncias de fato que só são alcançadas quando se desce às peculiaridades do caso concreto, mas que propiciam maior abertura para tutela de direitos que o mero casuísmo, empregado no diploma processual civil revogado. Contudo, a restrição adotada no CPC/73 em vigor, que deixa “sem cobertura legal inúmeros casos em que a execução da interlocutória pode prejudicar irreparavelmente o vencido” (Noronha, 1995, p. 181).

Lei nº 5.925 (de 01.10.1973): Trouxe as alterações ao CPC/73 relativas ao recurso de agravo, mas manteve inalterada a ampla recorribilidade imediata de decisões interlocutórias.

Lei nº 6.314 (de 16.12.1975): Alterou tão-somente a redação original do art. 508 (“Em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e o de embargos de declaração, o prazo, para interpor e para responder, será sempre de quinze (15) dias, correndo em cartório”) para a seguinte redação: “Art. 508 – Em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e o de embargos de declaração, o prazo para antepor e para responder, será sempre de 15 (quinze) dias”. Portanto, embora tenha mencionado o recurso de agravo de instrumento como exceção à regra contida no art. 508 do CPC, esta lei não propiciou nenhuma alteração relativa à recorribilidade imediata de decisões interlocutórias.

Constituição Federal de 1988: Também não abordou a (ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias, mas estabeleceu garantias que direta ou indiretamente são a ela relacionados: (1) no art. 5º, LV, garantiu-se a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – recursos esses que são disciplinados, dentre outros, pelo CPC; (2) no art. 5º, XXXV, consagrou-se o direito à prestação jurisdicional ou o direito ao efetivo acesso à justiça, que, conforme exposto anteriormente, pressupõe um processo eficaz e, sobretudo, eficiente; (3) no art. 5º, LIV, garantiu o devido processo legal.

Lei nº 8.038 (de 25.5.1990): Introduziu as modificações no CPC/73 que, embora mencionem o recurso de agravo, não têm relação com a (ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias.

Lei nº 8.950 (de 13.12.1994): Embora tenham feito alterações que mencionam o agravo e que tratam de outros requisitos de admissibilidade, não ampliou nem restringiu o cabimento do *recurso de agravo*, mas, por outro lado, revigorou o art. 545 – então revogado – no que tange à possibilidade de se interpor o chamado *agravo interno* contra a decisão do relator que não admitisse o agravo de instrumento. Ou seja, a mencionada lei vinculou, em tese, a quantidade de *agravos internos* à quantidade de agravos por instrumento não admitidos monocraticamente.

Lei nº 9.139 (de 30.11.1995): Foi a que mais alterou o CPC/73 em relação ao recurso de agravo e, diferentemente da maioria das alterações acima (que trataram do procedimento do recurso de agravo) tratou indiretamente da recorribilidade imediata de decisões interlocutórias, na medida em que, objetivando diminuir a quantidade de recursos de agravo por instrumento interpostos nos tribunais, praticamente desvirtuou o recurso de agravo na forma retida, ao retirar sua real finalidade de provocar o reexame das decisões interlocutórias e transformá-lo em um simples meio de se evitar a ocorrência de preclusão (pois, além da exigência da interposição do agravo na forma retida, condicionou o conhecimento desse recurso ao requerimento expresso de sua apreciação pelo tribunal nas razões ou contra-razões da eventual apelação).

Além disso, a mencionada lei buscou estimular a utilização do recurso de agravo na forma retida quando o agravo fosse interposto contra decisões interlocutórias proferidas em audiência (para permitir que a parte interpusse o recurso não mais com a mera finalidade de provocar o reexame da decisão interlocutória – inerente a todo recurso – e sim com o fim de evitar a preclusão) e, em última análise, buscou diminuir a interposição de agravos por instrumento.

Por fim, também com vistas a reduzir a quantidade de agravos por instrumento interpostos nos tribunais, a mesma lei tornou obrigatória a utilização do recurso de agravo na forma retida quando o recurso de agravo fosse interposto contra a decisão proferida posteriormente à sentença (salvo o caso de inadmissão da apelação).

Na prática, contudo, o resultado foi inverso: os tribunais se queixaram do número “insuportável de recursos que aporta às cortes locais, atribuindo alguns este afluxo descontrolado de recursos à facilidade de formular o agravante o pedido de suspensão dos efeitos da decisão recorrida, o que teria servido de estímulo à interposição dos recursos” (Carmona, 2000, p. 43)

Lei nº 9.245 (de 26.12.1995): Determinou que o recurso de agravo fosse sempre retido quando interposto contra as decisões sobre matéria probatória proferidas no procedimento sumário, pois incluiu o inciso III do art. 280: “das decisões sobre matéria probatória, ou proferidas em audiência, o agravo será sempre retido”. Ou seja, na mesma linha da lei nº 9.139/95, esta lei transformou o recurso de agravo na forma retida em regra – transformando-o em mera forma de se evitar a ocorrência da preclusão, com vistas a diminuir a quantidade de recursos de agravo por instrumento interpostos nos tribunais.

Lei nº 9.756 (de 17.12.1998): Gerou grandes modificações no sistema recursal como um todo e principalmente em relação ao recurso de agravo, pois, embora não tenha ampliado as hipóteses de cabimento do recurso de agravo, ampliou os poderes do relator – na medida em que lhe permitiu proferir julgamento em nome do órgão colegiado – e, com isso, também ampliou as hipóteses de cabimento de agravo interno contra decisões interlocutórias, fazendo com que o volume desses agravos pudesse – conforme a vontade do agravante – aumentar de forma diretamente proporcional ao volume dos recursos de agravo de instrumento julgados por relatores.

Lei nº 10.352 (de 26.12.2001): Integrou a chamada ‘reforma da reforma’⁸ ou ‘segunda etapa da reforma processual civil’ e promoveu alterações relativas em sua maioria ao processamento e aos requisitos formais do recurso de agravo – o que demonstra, mais uma vez, a intenção do legislador de restringir⁹ as hipóteses de cabimento do recurso de agravo por instrumento, na medida em que o agravo na forma retida também se tornou a regra contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e contra as decisões posteriores à sentença.

Apesar dessa tendência de restrição da recorribilidade imediata de decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento, o legislador optou por ampliar as hipóteses de cabimento desta forma de recurso a outros casos que entendeu ser indispensáveis: aos casos de dano de difícil e de incerta reparação, de inadmissão da apelação e aos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

Por fim, ao atribuir extensos poderes ao relator – que continuam podendo ser objeto do agravo interno previsto no parágrafo único do art. 557, essa lei também estimulou o aumento da carga de trabalho dos tribunais, que – em razão de os advogados utilizarem todos os meios e recursos possíveis para defender os interesses de seus clientes¹⁰ – passaram a ter que julgar agravo contra o relator que negasse seguimento ao agravo por instrumento com base no art. 557; convertesse o agravo por instrumento em agravo na forma retida; e atribuísse efeito ativo¹¹ ao recurso. Ou seja, mais uma vez o legislador permitiu que em tese o volume de processos se vinculasse ao critério subjetivo dos jurisdicionados, pois é o próprio agravante quem fará o primeiro juízo de valor sobre o enquadramento de sua situação no conceito indeterminado de “dano de difícil e incerta reparação” e é o próprio agravante quem decidirá se interporá ou não agravo contra as decisões proferidas pelo relator. Normalmente, em ambos os casos, opta-se por interpor o recurso de agravo e o agravo interno, pelo mesmo motivo acima exposto.

Portanto, essa lei deixou para as partes a tarefa de diminuir ou não a quantidade de recursos interpostos nos tribunais – na medida em que não atacou o problema da amplitude da recorribilidade imediata de decisões interlocutórias – e, com isso, não atingiu o resultado esperado¹².

Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/04: Alterou vários dispositivos da CF/88, mas as que interessam são as seguintes: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVII); a promoção por merecimento será feita “conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição” (art. 93, II, c); “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão” (art. 93, II, e); “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau...” (art. 93, XII); e a distribuição dos processos será imediata, em todos os graus de jurisdição” (art. 93, XV). Portanto, não houve nenhuma modificação referente diretamente ao recurso de agravo; contudo, ao elevar, de forma expressa, a eficiência do processo à posição de garantia constitucional expressa (quando assegurou a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), essa emenda criou um campo para se trabalhar o problema da recorribilidade imediata de decisões interlocutórias¹³, o que se tentou fazer posteriormente por meio da lei nº 11.187/05.

Lei nº 11.187, de 19/10/05: Deflagrada pela “Campanha pela Efetividade da Justiça” da Associação dos Magistrados Brasileiros¹⁴, foi motivada pela ineficiência do processo civil brasileiro e pela falta de efetividade da tutela jurisdicional. Objetivando reduzir o volume de recursos de agravo por instrumento interpostos (Carneiro, p. 34-48; Wambier, 2006, p. 97) – para que, com isso, os tribunais agilisassem o julgamento dos demais recursos e conseguissem julgar os processos pendentes que se acumularam ao longo do tempo – essa lei promoveu alterações que acabaram agravando uma situação que já ocorria antes de sua vigência: exigiu que as partes interpusessem recurso de agravo na forma retida – transformando essa situação em regra – para evitar a preclusão e não propriamente para requerer o reexame – já que, em última análise, o pedido de reexame deve ser feito por ocasião tanto do agravo na forma retida quanto do eventual recurso de apelação, sob pena de preclusão.

6. “Nota-se no sistema de recursos do atual Código de Processo Civil a preocupação de simplificá-los, de maneira que se tornassem de mais fácil manejo e diminuísse a possibilidade de erros na escolha do enquadramento, evitando o que acontecia frequentemente com os agravos no Código revogado, onde se exigia boa dose de prática para uma escolha correta” (Silva, 1977, p. 11). “Quais contribuições úteis pode o novo pensamento processual trazer para o aperfeiçoamento do sistema? Quais conclusões podem ser tiradas, para encaminhar o processo civil no rumo do cumprimento mais estrito, sem resíduos ou desvios, da sagrada missão de trazer à sociedade como um todo e aos seus membros em particular um clima de mais paz e tranquilidade? Na resposta a essas indagações estará, provavelmente, a justificativa de todo o esforço sistemático dos processualistas da atualidade. Considerando ao mesmo tempo as experiências estrangeiras inovadoras, a legislação brasileira mais recente e as mazelas da nossa realidade nacional, podem ser indicados os seguintes pontos merecedores de atenção: [...]; d) a simplificação processual” (Dinamarco, 2000, p. 306-307)

7. “... a abertura obedece, sem dúvida, a razões de ordem prática. Justamente porque no código de 1939 a maioria das interlocutórias emergiam irrecuráveis, é que surgiram remédios anômalos, como a ‘correção parcial’ ou ‘reclamação’ e o mandado de segurança contra ato jurisdicional; de modo que o legislador de 1973 obedeceu à imposição da nossa realidade, acolhendo o que a experiência já houvera apontado: a necessidade de se admitir a recorribilidade de interlocutórias” (Grinover, 1975, p. 121).

8. Esse foi o apelido atribuído por Dinamarco (2002).

9. “Curvando-se então à orientação que acabou vingando na praxe do foro, a nova reforma agora expressamente autoriza a dação de efeito ativo ao agravo, consistente na antecipação, total ou parcial, da eficácia da pretensão recursal” (Tucci, 2002, p. 119). A

consequência dessa alteração é que “... as alterações introduzidas na sistemática do agravo de instrumento, relativamente aos seus efeitos, tiveram o condão de reconduzir um remédio heroico e nobre, de uso necessariamente restrito, qual seja o writ of mandamus, à sua função específica, barrando uma praxe viciosa e dotada de tendências francamente expansionistas, que o desnaturava. Na verdade, o mandado de segurança não foi concebido para desempenhar a função de recurso ou, como se tornou moda dizer, sucedâneo recursal. As decisões judiciais recorríveis (no sistema do estatuto processual vigente, todas), na verdade, nunca comportaram mandado de segurança pela singela razão de serem recorríveis. É o que dispõe o art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51” (Fabrício, 2001, p. 14).

10. Para uma análise crítica à promessa de duração razoável do processo, cf. Yarshell (2004, p. 28-33).

11. Cf. a exposição de motivos do projeto que resultou na mencionada lei: “A Associação dos Magistrados Brasileiros deflagrou a Campanha pela Efetividade da Justiça com o objetivo de formular proposições que aprimorem e agilizem a prestação jurisdicional”.

12. “Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito” (J. Moreira, 2005, p.5).

13. “... vem patenteada a intenção do legislador de reduzir a utilização do agravo de instrumento, reservado às situações de urgência, nas quais a espera do julgamento do agravo retido ensejaria dano de difícil reparação”. (Tucci, 2002, p. 117)

14. “... as Reformas realizadas em 1995 e 2001 não alcançaram, plenamente, os resultados inicialmente pretendidos” (Wambier, 2006, p.97).

De todas as normas já em vigor e acima mencionadas, a que alterou mais recentemente o cabimento do recurso de agravo foi a lei nº 11.187, de 19/10/05, que promoveu, dentre outras, as seguintes alterações:

1. a utilização do recurso de agravo na forma retida contra decisões interlocutórias em geral¹⁵ passou a ser a regra;
2. a utilização do recurso de agravo por instrumento passou a ser admitida, excepcionalmente, nos seguintes casos:
 - a. contra decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação;
 - b. nos casos de inadmissão da apelação; ou
 - c. nos casos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida;
1. foi excluída a previsão de cabimento de agravo contra a decisão que converter o agravo por instrumento para o agravo na forma retida¹⁶ (art. 527, II) e contra a decisão que atribuir efeito suspensivo ao agravo por instrumento (art. 527, III), pois:
 - a. foi excluída a previsão anterior de cabimento de recurso contra a decisão de conversão do agravo por instrumento para o agravo na forma retida (“agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente”, previsto na redação anterior do art. 527, II, do CPC);
 - b. foi criado um parágrafo único para o art. 527 com a seguinte redação: “A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

Embora a lei tenha atacado parte do problema – a amplitude da recorribilidade imediata de decisões interlocutórias por meio do agravo por instrumento e o amplo cabimento do agravo contra decisões do relator, que, segundo parte da doutrina, teria sido a alteração mais relevante (Wambier, 2006, p. 98), o verdadeiro objetivo desta lei – reduzir a quantidade de recursos

15. Esta amplitude não estava prevista na redação anterior do art. 523, §§ 3º e 4º, do CPC (o agravo na forma retida não era a regra geral).

16. A redação anterior do art. 527, II, do CPC previa o cabimento de “agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente”.

interpostos nos tribunais - não parece ter sido atingido de forma expressiva. Com efeito, conforme sua interpretação sobre ‘lesão grave e de difícil reparação’, os jurisdicionados puderam continuar a interpor recursos de agravo (pois, ainda que os tribunais entendam não haver dano, os jurisdicionados podem interpor o agravo) e, com isso, não houve a esperada diminuição do volume de processos nos tribunais.

Portanto, apesar de ter se voltado ao problema da quantidade de agravos por instrumento interpostos e de terem sido propostas medidas tecnicamente adequadas que, em princípio, resolveriam grande parte dos inconvenientes atualmente enfrentados em relação ao recurso de agravo – como, por exemplo, a instituição da regra do agravo na forma retida, a obrigatoriedade da conversão do agravo por instrumento em agravo na forma retida e a irrecorribilidade desta decisão, a mencionada lei parece não ter se mostrado suficiente para atacar uma das principais (Wambier, 2006, p. 326-327) causas da quantidade de recursos de agravo de instrumento interpostos: a amplitude da recorribilidade imediata de decisões interlocutórias, que ainda merece novas restrições.

Nesse contexto, é preciso confirmar a eficácia dessa lei por meio da análise dos seus resultados práticos.

5 Análise Empírica da Eficácia da Lei nº 11.187/05: Estudo de Caso

5.1 Metodologia Utilizada

A análise empírica da eficácia da lei nº 11.187/05 foi feita por meio de um estudo de caso, realizado na Justiça Estadual Comum¹⁷ e na Justiça do Trabalho do Estado do Espírito Santo.

Optou-se pelo Espírito Santo em razão da facilidade de obtenção dos dados da Justiça Estadual Comum e da Justiça do Trabalho deste Estado. Isso, contudo, não impede que o modelo proposto seja aplicado em outros Estados; aliás, sugere-se a realização do

17. Apesar do fornecimento de dados da Justiça Federal Comum ter sido feito com antecedência, esses dados não chegaram a tempo para a conclusão da primeira parte da pesquisa em novembro/05, razão pela qual não foram incluídos.

estudo de caso em cada um dos Estados para que, conforme as eventuais peculiaridades de cada um deles, demonstrem-se as consequências da (ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias e da proposta de sua recorribilidade diferida.

Conforme explicado, embora a demora do processo também decorra de outras variáveis, pretendeu-se analisar o impacto apenas dessa variável sobre a quantidade de recursos de agravo de instrumento interpostos e sobre a eficiência do processo civil. Do contrário, seria necessário primeiramente analisar cada variável isoladamente e depois fazer uma análise estatística multivariada para identificar o percentual da contribuição de cada uma delas sobre a morosidade do processo civil – o que demandaria um estudo próprio que foge aos escopos do presente estudo.

Isso, contudo, não significa que, se implementada a proposta da recorribilidade diferida das decisões interlocutórias, serão resolvidas todas as demais causas da morosidade do processo civil brasileiro; significa apenas que, implementada tal proposta, a parcela da demora decorrente dessa única causa poderá ser resolvida e, com isso, poderá contribuir para a eficiência do processo civil e para a efetividade da tutela jurisdicional.

Após um corte metodológico¹⁸ que isolou a variável

18. Foram utilizados os seguintes critérios de inclusão, de correção dos dados e de exclusão de dados nos seguintes órgãos jurisdicionais:

1. DADOS DO TRT DA 17ª REGIÃO: como o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 17ª Região dispunha de pesquisas estatísticas prontas que forneciam parcialmente os dados necessários à realização deste estudo de caso, foram utilizadas as seguintes informações do universo de processos constante das estatísticas disponibilizadas por meio impresso e as seguintes informações do universo de processos constante do banco de dados deste tribunal disponibilizado por meio de arquivo eletrônico:
 - A. Critérios de inclusão:
 - a. para fins de estatística sobre a quantidade de processos e o resultado dos julgamentos: todos os agravos por instrumento, os mandados de segurança, os recursos ordinários, os agravos de petição e as reclamações correicionais entrados, distribuídos ou redistribuídos por sorteio de 1993 a 2004; e
 - b. para fins de estatística sobre o tempo de duração dos processos: todos os recursos de agravo por instrumento, mandados de segurança e recursos ordinários, julgados de 2002 a 2004 e constantes do banco de dados do tribu-

proposta (recorribilidade imediata de decisões interlocutórias), foi feita uma comparação empírica entre:

- A. a evolução da quantidade de agravos por instrumento, mandados de segurança, recursos ordi-

nal, que também podem ser utilizados como amostra do que acontece com os recursos de agravo por instrumento em agravo de petição.

- B. Critérios de correção dos dados: não foi necessário realizar nenhuma correção.
- C. Critérios de exclusão dos dados: não foi necessário excluir nenhum dado.

1. DADOS DO TJES: Como o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) não dispunha de pesquisas estatísticas prontas que forneciam os dados necessários à realização deste estudo de caso – quantidade de processos, tempo de duração do processo e resultado do julgamento, foi utilizada a seguinte metodologia do universo de processos constante do banco de dados deste tribunal disponibilizado por meio de arquivo eletrônico:

- A. Critérios de inclusão: todos os processos entrados, distribuídos ou redistribuídos por sorteio de 1993 a 2004 (totalizando 19.283 agravos por instrumento, 6.453 mandados de segurança e 25.993 apelações cíveis);

- B. Critérios de correção dos dados:

- a. nos processos em que a data de entrada e julgamento eram as mesmas e, concomitantemente, a data de distribuição era mais antiga que a data de entrada, foi feita uma correção. A correção consistiu em considerar a data de distribuição (mais antiga que a data de entrada e, via de consequência, que a data de julgamento) como sendo a data de entrada do recurso. Posteriormente, essas datas de distribuição (agora iguais às datas de entrada) foram verificadas no sítio do TJES (www.tj.es.gov.br) e coincidiram com as informações referentes seja à data de entrada ou à data de redistribuição por sorteio dos processos; e
- b. nos processos em que a data de distribuição era mais antiga que a data de entrada e a data de entrada era mais recente que a data de julgamento foi feita uma correção. A correção consistiu em considerar a data de entrada (mais recente) como sendo a data de julgamento e considerar a data de distribuição (mais antiga que a data de entrada e, via de consequência, que a data de julgamento) como sendo a data de entrada do recurso. Posteriormente, essas datas de distribuição (agora iguais às datas de entrada) foram verificadas no sítio do TJES (www.tj.es.gov.br) e coincidiram com as informações referentes seja à data de entrada ou à data de redistribuição por sorteio dos processos.

- C. Critérios de exclusão dos dados: processos em que provavelmente houve erro de cadastramento de datas: cujo tempo de julgamento era inferior a 0 dias, cujas datas cadastradas não obedeceram a nenhuma regra lógica, cujo resultado de julgamento não foi cadastrado (totalizando 299 agravos por instrumento, 78 mandados de segurança e 614 apelações).

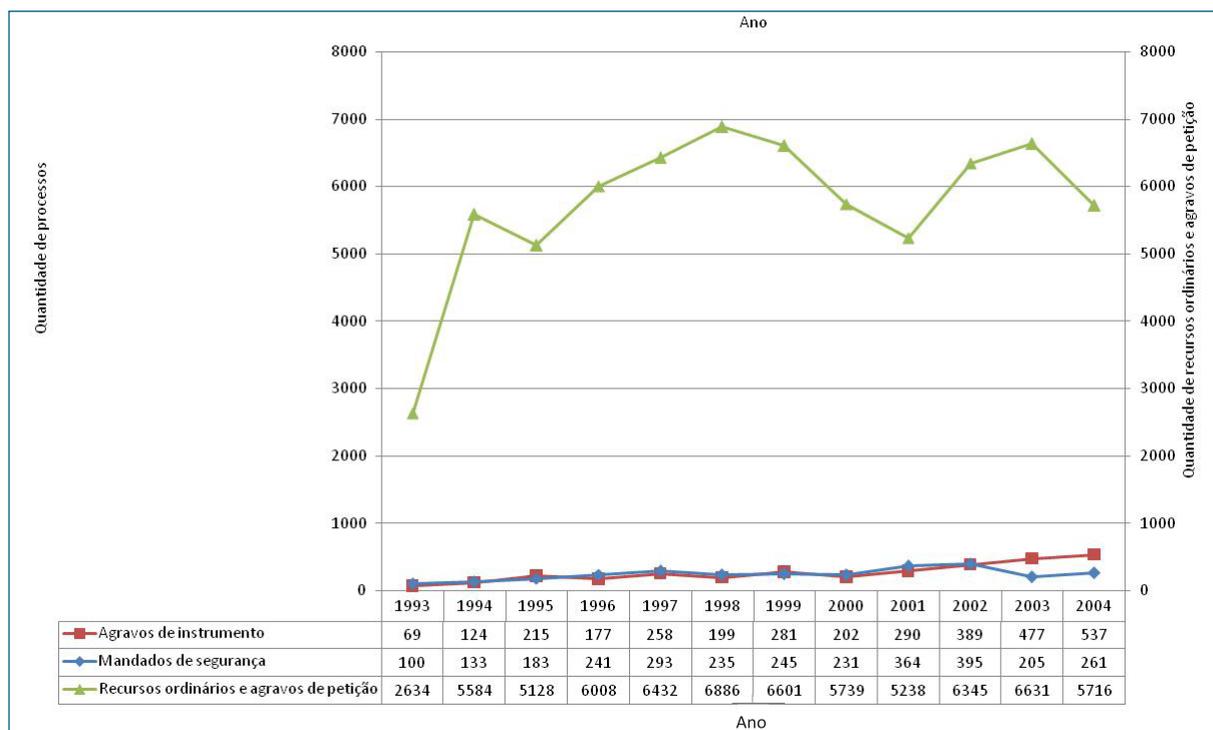


Figura 1. TRT da 17ª Região: quantidade de processos entrados

nários e agravos de petição entrados no Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 17ª Região desde 1993 até 2004¹⁹, bem como sua relação com o resultado e o tempo médio de tramitação desses agravos; e

- B. a evolução da quantidade de agravos por instrumento, mandados de segurança contra ato judicial²⁰ e apelações entrados no Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) desde 1993 até 2004²¹, bem como sua relação com o resultado e o tempo médio de tramitação desses agravos.

Demonstrados estes resultados e a tendência de crescimento para os anos seguintes, demonstrou-se a aplicação da recorribilidade diferida de decisões interlocutórias e as suas consequências em relação à manutenção da situação daquela época (antes da lei nº 11.187/05), tanto em relação à projeção²² da quan-

tidade desses processos que entrariam no TJES nos cinco anos subsequentes, quanto em relação à projeção do tempo que seria necessário para acabar com o “estoque” de processos pendentes acumulados ao longo do tempo.

Posteriormente foram apuradas a evolução da quantidade de agravos por instrumento, mandados de segurança contra ato judicial²³ e apelações entrados no Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) desde 2005 até 2009²⁴ e sua relação desta evolução com o tempo médio de tramitação desses agravos.

5.2 Dados do TRT da 17ª Região²⁵

De todos os processos entrados e julgados, interessaram para a pesquisa apenas os agravos por instrumento

// y é a quantidade total de processos entrados e a quantidade total de processos julgados;

// x é o tempo;

// a e b são os parâmetros ajustados pelo modelo.

19. Como ainda não havia dados completos do ano de 2005 na época em que foram colhidos os dados para a pesquisa (novembro de 2005), optou-se por fazer a coleta de dados somente até 2004.

20. Mandados de segurança impetrados contra atos de juízes de primeiro grau no exercício de funções jurisdicionais (e não administrativas).

21. Como ainda não havia dados completos do ano de 2005 na época em que foram colhidos os dados para a pesquisa (novembro de 2005), optou-se por fazer a coleta de dados somente até 2004.

22. O modelo matemático é do tipo $y = ax + b$, onde:

23. Mandados de segurança impetrados contra atos de juízes de primeiro grau no exercício de funções jurisdicionais (e não administrativas).

24. Como ainda não havia dados completos do ano de 2010 na época em que foram colhidos os dados para a pesquisa (dezembro de 2010), optou-se por fazer a coleta de dados somente até 2009.

25. O processo trabalhista vem apresentando bons resultados em relação ao tempo, à proporção de mandados de segurança impetrados para cada recurso ordinário e à proporção de sentenças anuladas para cada recurso de apelação interposto.

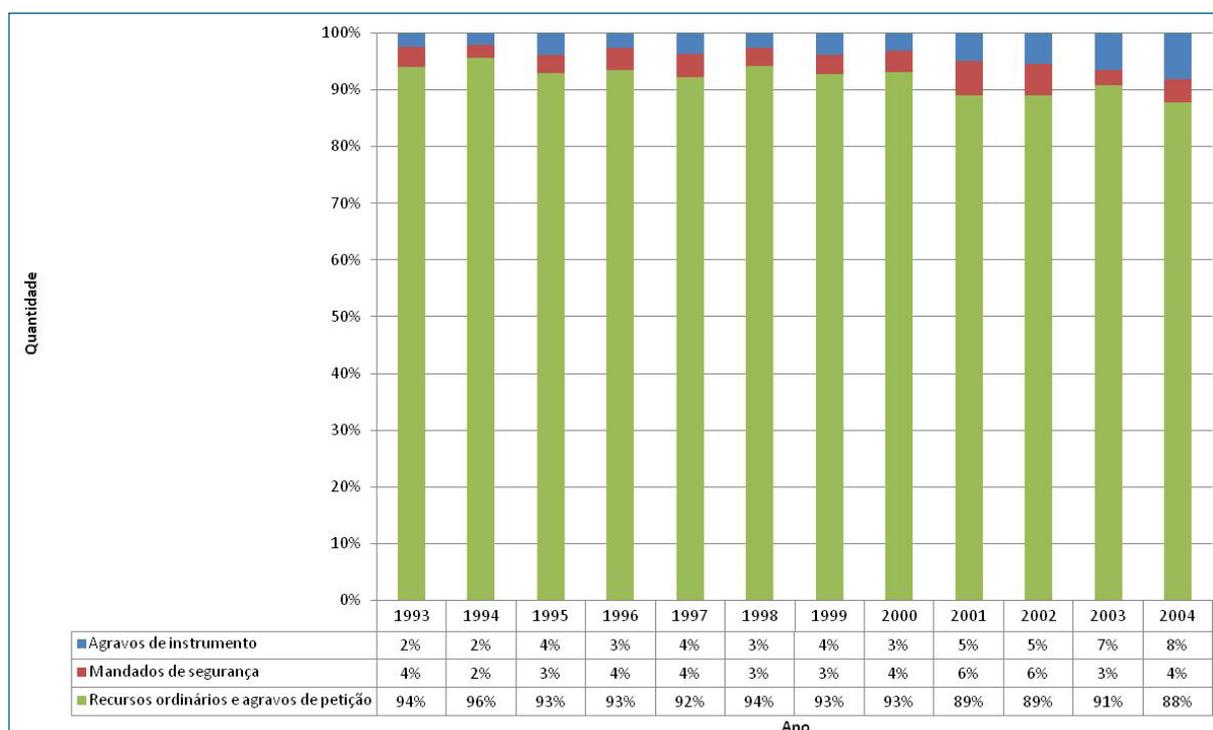


Figura 2. TRT da 17ª Região: proporção entre as espécies de processos entrados

interpostos contra decisões de primeiro grau, os mandados de segurança e os recursos ordinários – todos doravante denominados processos entrados e julgados, cujos dados analisados foram desde 1993 até 2004²⁶.

A evolução da quantidade de processos entrados conforme cada uma das três espécies analisadas pode ser assim visualizada na *Figura 1*.

No gráfico acima, nota-se que, apesar de os recursos ordinários e os agravos de petição não terem apresentado exatamente um padrão ao longo de doze anos, sua tendência foi de crescimento. Já a impetração de mandados de segurança contra ato judicial e a interposição de agravos de instrumento sofreram algumas quedas em anos específicos, mas também apresentaram uma tendência de crescimento, que, contudo, ainda representa uma quantidade bastante pequena comparativamente à quantidade de recursos ordinários e de agravos de petição.

Do total de processos acima, é importante esclarecer a contribuição percentual de cada uma das três espécies de processo para a quantidade total de processos entrados, conforme mostra a *Figura 2*. Esses da-

dos demonstram que, havendo pouca quantidade de agravos de instrumento contra decisões interlocutórias, sobra mais tempo para que o TRT da 17ª Região aprecie e julgue os recursos ordinários e os agravos de petição, que são interpostos contra as decisões finais (sentenças).

Já a *Figura 3* demonstra o crescimento tanto dos processos entrados quanto dos processos julgados e, fundamentalmente, demonstra que – tal como mencionado na introdução – a quantidade de julgados tem praticamente correspondido à quantidade de entrados. Ou seja: o TRT da 17ª Região tem conseguido julgar quase a mesma quantidade de processos que entram e, com isso, não tem gerado acúmulo de processos que aguardam julgamento.

Calculando-se a linha de tendência de 1993 a 2004 do total tanto de processos entrados quanto de processos julgados, foram obtidas fórmulas que possibilitaram calcular – mantidas as mesmas condições – a projeção da série histórica da quantidade daqueles mesmos processos para os anos de 2005 a 2009 e obter a quantidade de processos entrados e julgados, indicada na *Figura 4*.

Diante disso e das quantidades acima – real e projetada – de processos entrados e julgados até 2009, a

26. Como o Tribunal não dispunha, na época, de dados completos do ano de 2005, optou-se por fazer a coleta de dados somente até 2004.

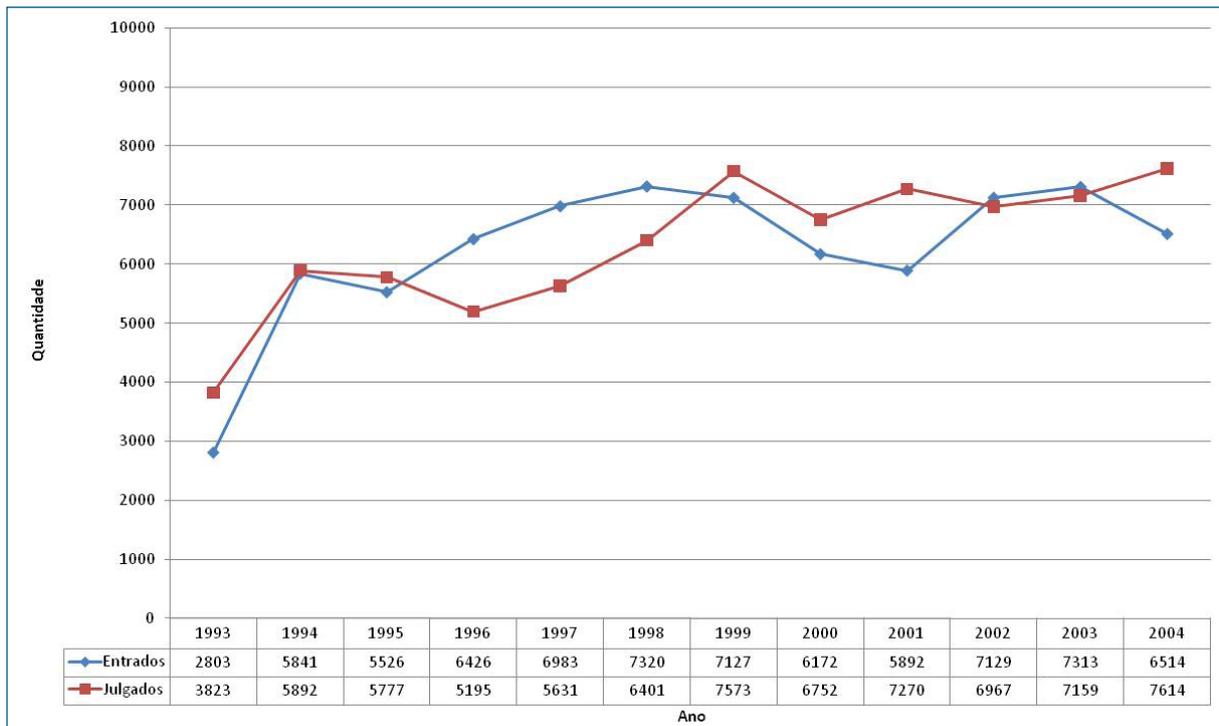


Figura 3. TRT da 17ª Região: total de processos entrados e julgados

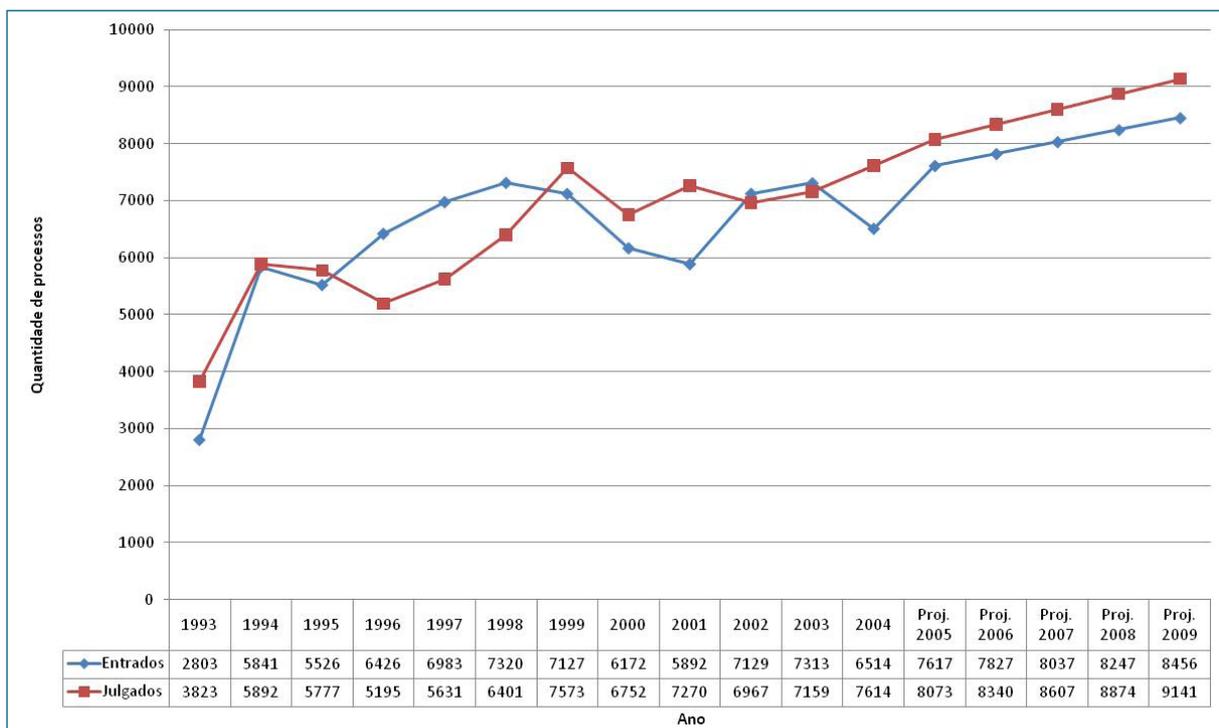


Figura 4. TRT da 17ª Região: projeção do total de processos entrados e julgados

tendência é de que – mantidas as condições de trabalho do TRT da 17ª Região, a cada ano os processos entrados sejam julgados e, portanto, não haja acúmulo de processos pendentes, tornando cada vez mais fácil a tarefa do TRT da 17ª Região de aca-

bar com o “estoque”²⁷ de processos acumulados – o

27. Para se calcular o “estoque” de processos pendentes acumulados, não se levou em conta o estoque dos anos anteriores a 1993. Também é importante lembrar que esse “estoque” se refere apenas às espécies de processo analisadas neste estudo de caso: agravos de instrumento, mandados de segurança, recursos ordinários e agravos de petição.

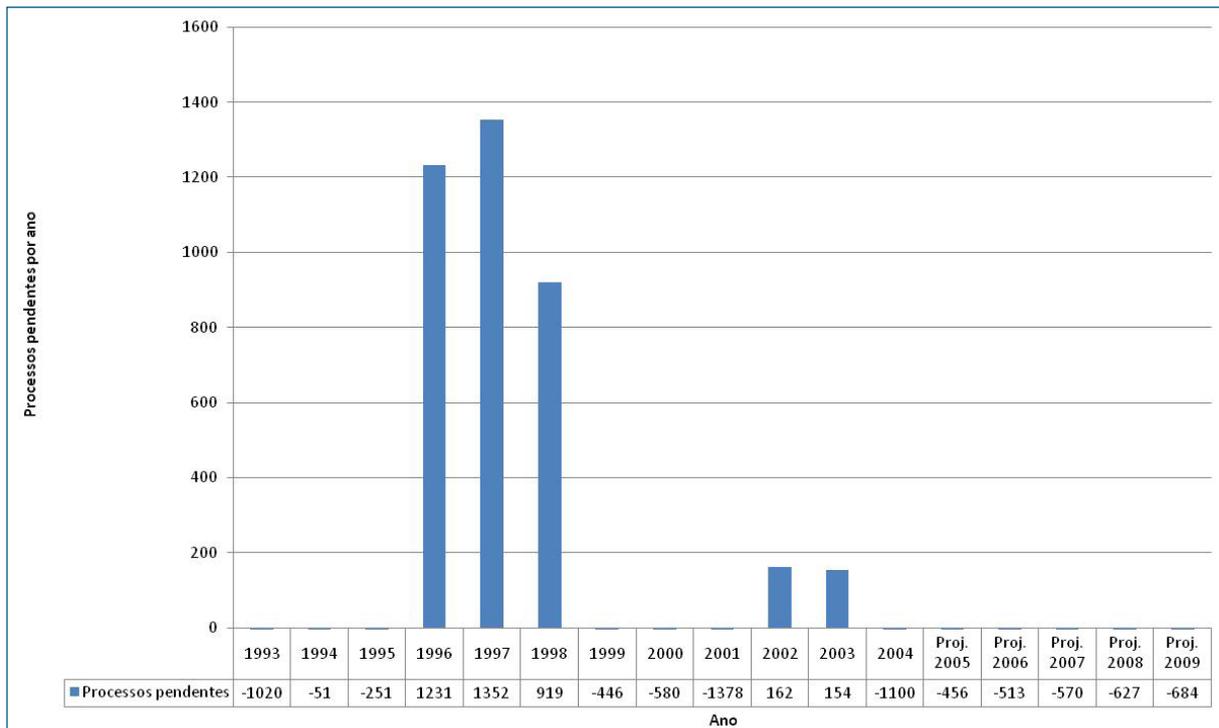


Figura 5. TRT da 17ª Região: processos pendentes por ano

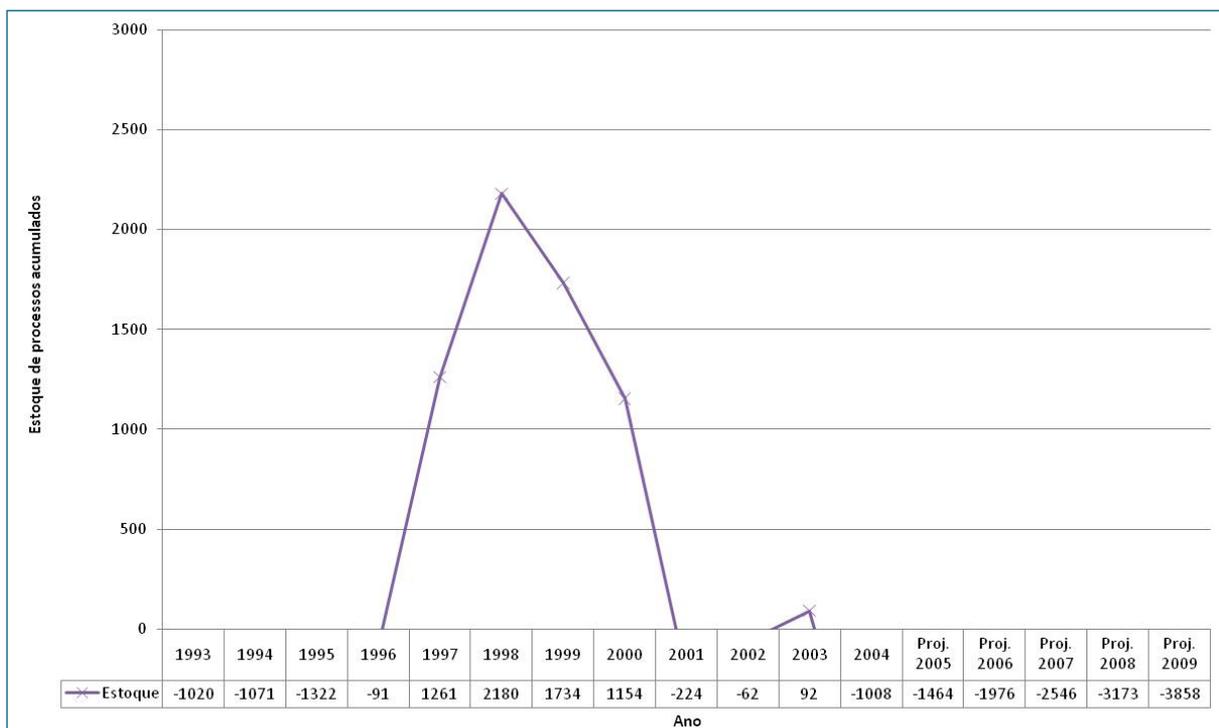


Figura 6. TRT da 17ª Região: estoque de processos pendentes acumulados

que, com base na variável analisada nesse estudo, acarreta uma menor demora para que os processos sejam julgados e se tornem cada vez mais eficientes, conforme demonstra a *Figura 5*.

O fato de haver uma pequena quantidade de processos pendentes por ano significa que o “estoque”

de processos pendentes acumulados também seria pequeno, conforme demonstra a *Figura 6*, que indica o momento em que a quantidade de processos pendentes passou a ser menor ou igual a zero e, portanto, não houve ou deixou de existir.

Portanto, a linha acima traçada nos anos já anali-

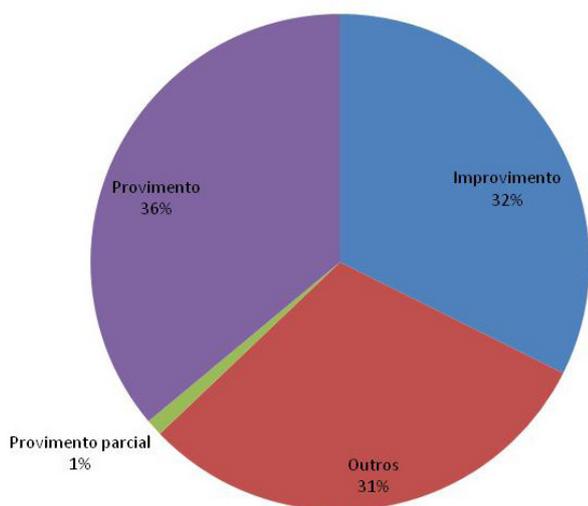


Figura 7. TRT da 17ª Região: resultado do julgamento de agravos de instrumento

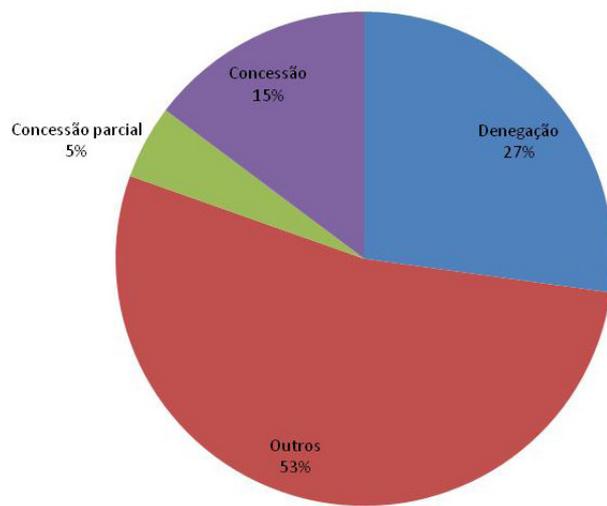


Figura 8. TRT da 17ª Região: resultado do julgamento dos mandados de segurança

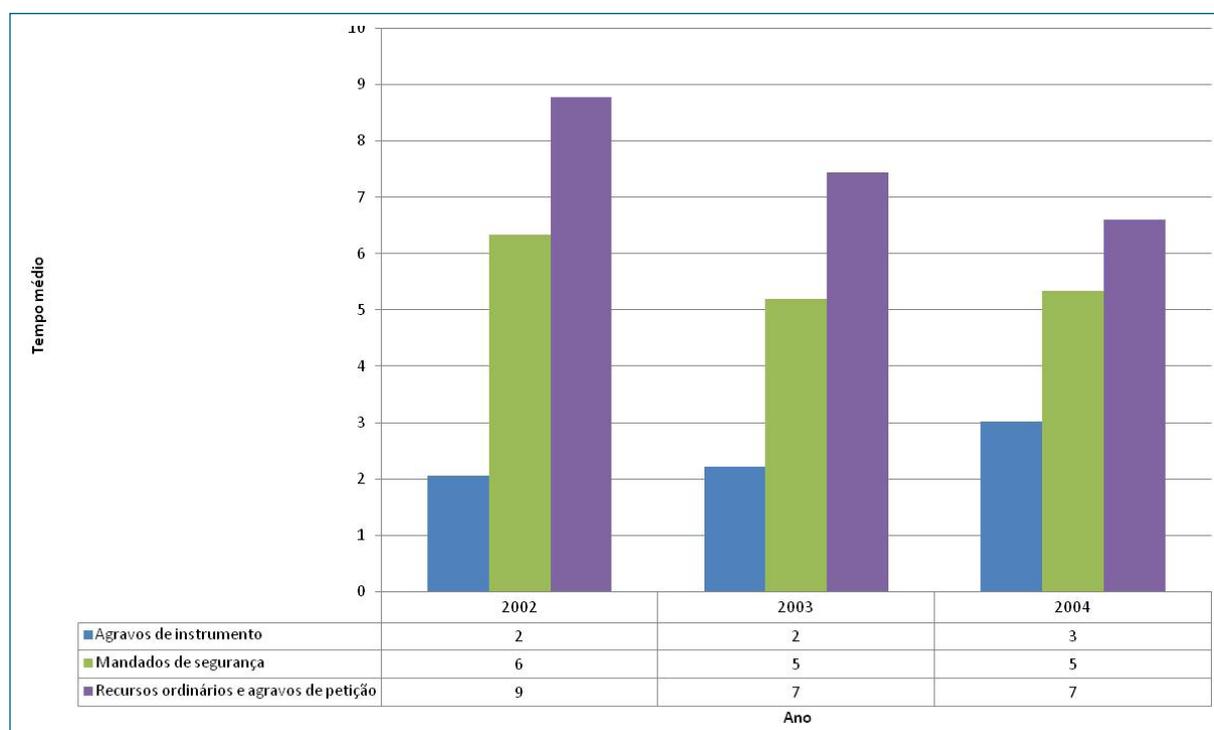


Figura 9. TRT da 17ª Região: tempo médio de julgamento (em meses) dos anos disponibilizados para consulta

sados – e a ausência de linha nos anos das projeções para os anos de 2005 a 2009 – demonstra claramente que, por diminuir a cada ano, o estoque “zerado” de processos acumulados do TRT da 17ª Região provavelmente será mantido se forem mantidas as atuais condições de trabalho do TRT da 17ª Região e a regra da recorribilidade diferida de decisões interlocutórias.

Além disso, é preciso avaliar os resultados dos julgamentos desses recursos de agravo e dos mandados de segurança, para saber se eles justificam ou não a

manutenção da regra da recorribilidade diferida.

Quanto aos julgamentos dos recursos de agravo de instrumento realizados pelo TRT da 17ª Região no período de 1993 a 2004, chegou-se aos seguintes resultados²⁸: 38% foram providos (total ou parcialmente) e 32% foram improvidos. Apresentamos esse dado na *Figura 7*.

28. A categoria denominada “outros” (mencionada nas figuras abaixo) se refere a agravos por instrumento não conhecidos por motivos diversos.

Tais dados mostram que a recorribilidade imediata das decisões relativas à subida de recursos – que podem ser objeto de agravo de instrumento no processo do trabalho – surtiu efeito imediatamente para apenas 38% dos recursos de agravo conhecidos, pois só nesses casos o recurso foi provido.

Por outro lado, naquele mesmo período, os julgamentos dos mandados de segurança conhecidos tiveram os seguintes resultados²⁹, conforme se extrai da *Figura 8*: 20% tiveram a segurança concedida (total ou parcialmente) e 27% tiveram a segurança denegada.

Tais dados também demonstram que, mesmo no caso do mandado de segurança, é pequeno o percentual de concessão (15%) e de concessão parcial (5%) da segurança contra ato judicial; ou seja, é pequeno o grau de reversão das ordens judiciais atacadas por meio do mandado de segurança.

Para reforçar os benefícios que a regra da recorribilidade diferida de decisões interlocutórias produz sobre a

eficiência do processo, cabe lembrar que o tempo de duração dos processos no TRT da 17ª Região vinha sendo relativamente curto, conforme se nota da *Figura 9*.

Por fim, a quantidade de sentenças anuladas e reclamações correicionais vinha sendo praticamente desprezível (aproximadamente 1%), o que também reforçava a contribuição da regra da recorribilidade diferida de decisões interlocutórias para a duração razoável do processo e, por fim, não acarretava nem a anulação em larga escala de sentenças e nem a utilização em grande quantidade de reclamações correicionais.

Diante disso, como no TRT da 17ª Região não houve acúmulo de processos pendentes de julgamento. Como a tendência era a de que se mantivesse a capacidade deste órgão julgar por ano todos os processos entrados neste mesmo período, ficou demonstrado o impacto positivo que a regra de recorribilidade diferida dessas decisões gera ao TRT sobre a tendência da quantidade de processos entrados, da quantidade de processos julgados, do estoque de processos acumulados e, conseqüentemente, da eficiência do processo civil e da efetividade da tutela jurisdicional.

29. A categoria denominada “outros” (mencionada nas figuras abaixo) se refere a mandados de segurança não conhecidos por motivos diversos.

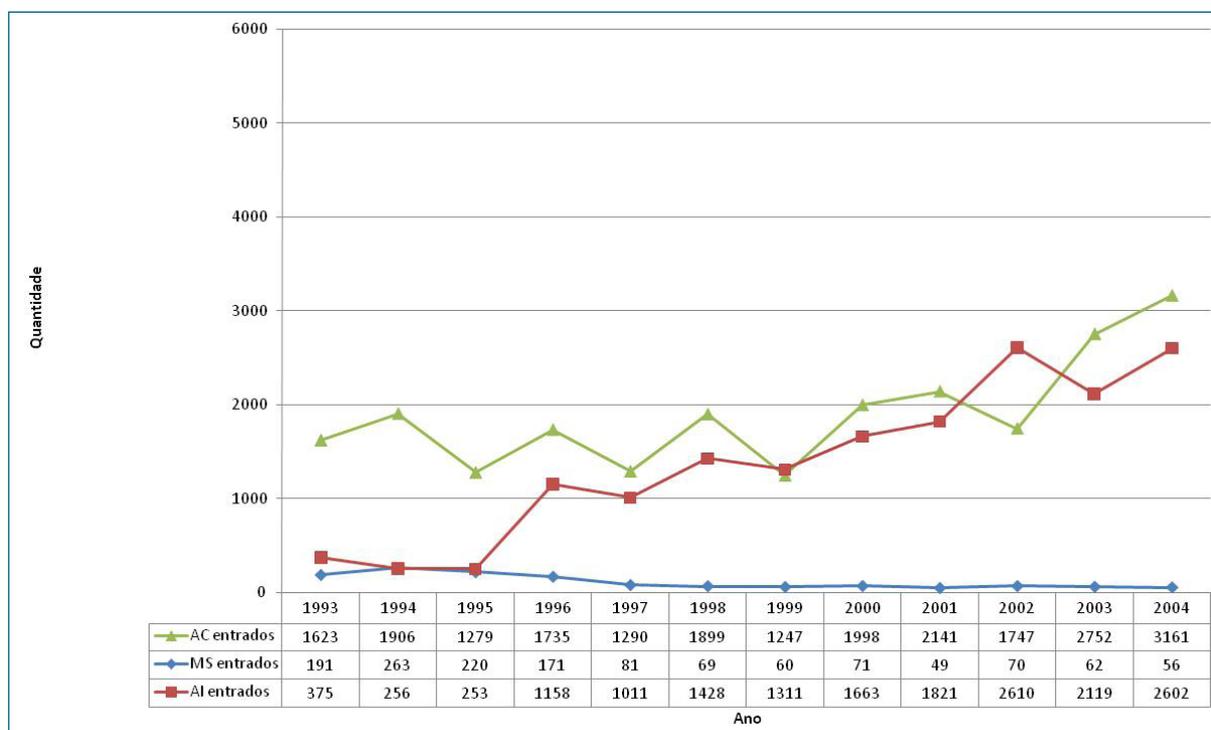


Figura 10. TJES: quantidade de processos entrados

5.3 Dados do TJES

5.3.1 Projeção da situação anterior à lei nº 11.187 e situação real até 2009

De todos os processos entrados e julgados, interessaram para a pesquisa apenas os agravos por instrumento interpostos contra decisões de primeiro grau, mandados de segurança contra ato judicial e apelação cível – todos doravante denominados processos entrados e julgados –, cujos dados serão analisados desde 1993 até 2004.

A evolução da quantidade de processos entrados conforme cada uma das três espécies analisadas pode ser visualizada na *Figura 10*.

Do gráfico acima é possível notar que, apesar de o recurso de apelação não ter apresentado exatamente um padrão ao longo de doze anos, a tendência foi a de crescimento de seu volume. O mandado de segurança contra ato judicial já apresentou uma tendência uniforme, mas decrescente ao longo do tempo – já que fora bastante utilizado em 1994, registrando uma queda até 1997, a partir de quando se estabilizou em quantidade bastante pequena.

Tal fato provavelmente se explique porque, com a entrada em vigor da lei nº 9.139/95 (lei do agravo), os mandados de segurança – que antes eram impetrados com vistas à atribuição de efeito suspensivo aos recursos de agravo não dotados desse efeito – deixaram de ser utilizados em razão da permissão de que o próprio recurso de agravo produzisse, ainda que em casos excepcionais, o mencionado efeito suspensivo.

Com a entrada em vigor daquela mesma lei, era de se esperar que, além da tendência de crescimento normal prevista para o ano, a tendência de 1996 seria a quantidade de recursos de agravo aumentar proporcionalmente à quantidade de mandados de segurança que deixaram de ser impetrados no mesmo ano. Contudo, em 1996 houve uma verdadeira explosão de crescimento desse recurso, que continuou crescendo até 2004 e registrou alguns picos em anos próximos à entrada em vigor de importantes leis processuais (leis nº 9.139/95, nº 9.756/98 e nº 10.352/01).

Do total de processos acima, é importante esclarecer a contribuição de cada uma das três espécies de processo para a quantidade total de processos entrados, que também demonstrou o crescimento do volume

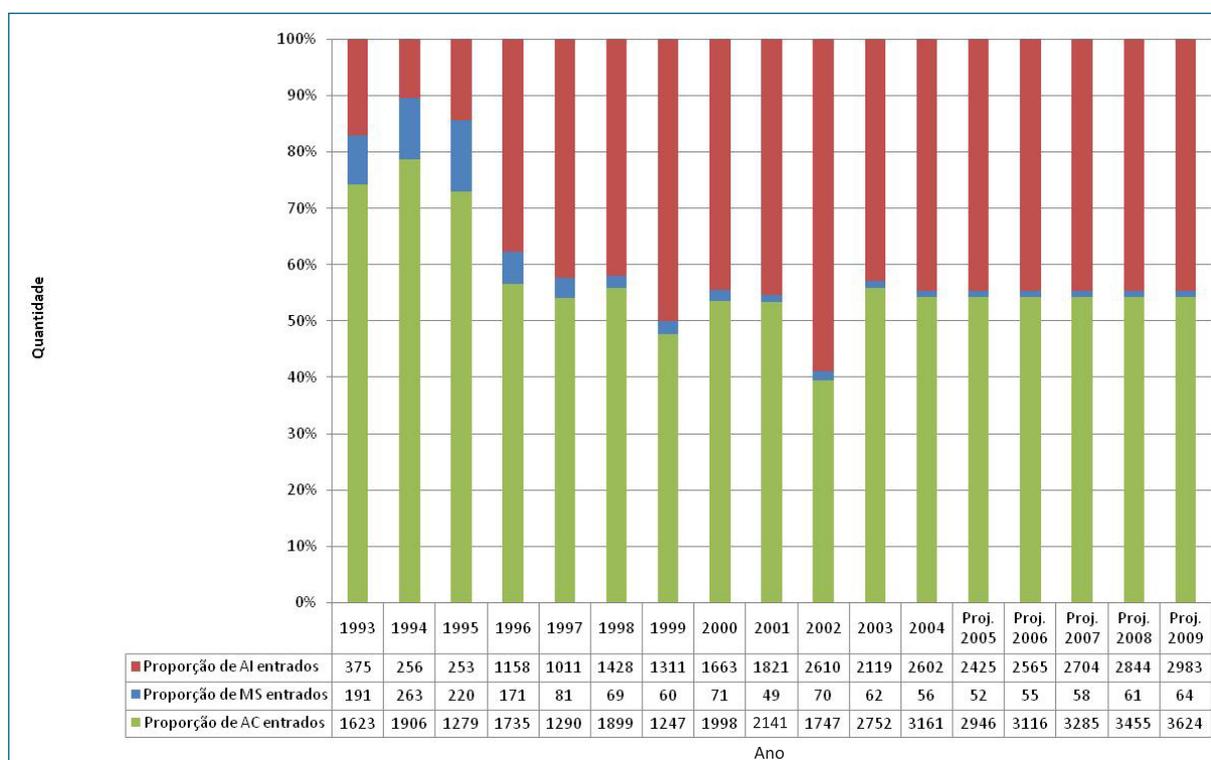


Figura 11. TJES: proporção entre as espécies de processos entrados

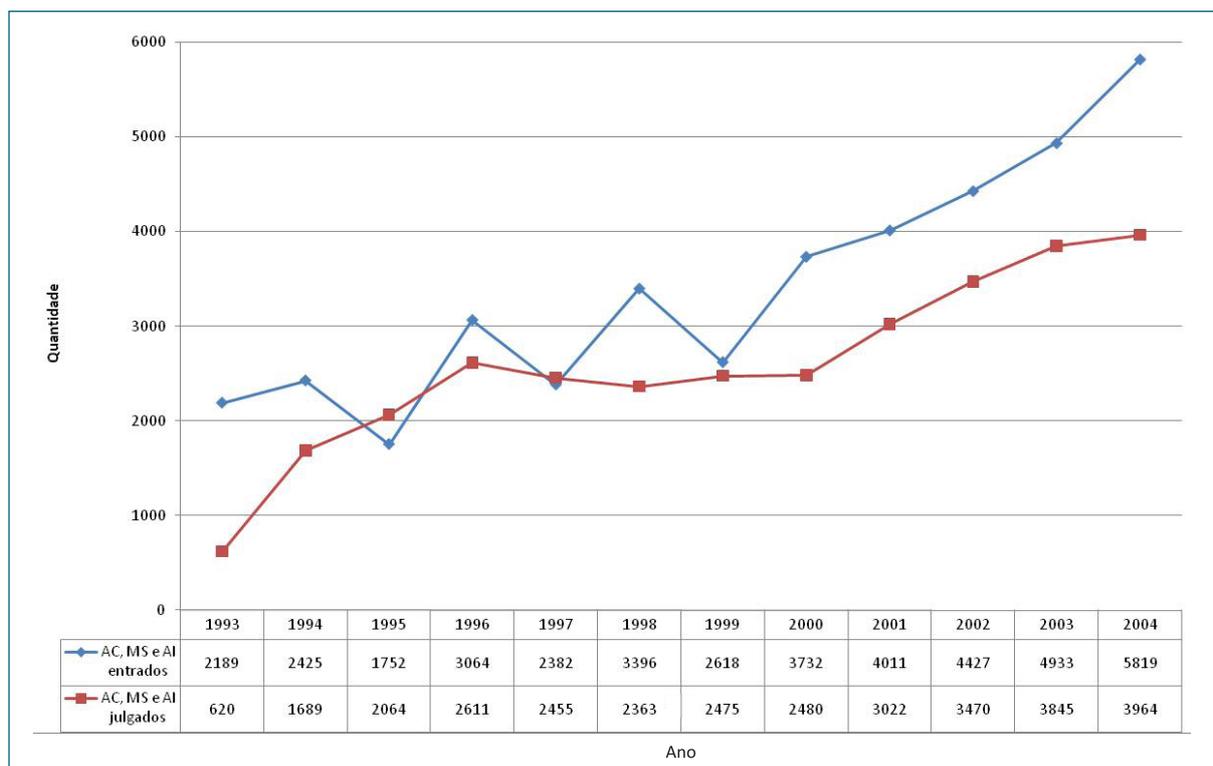


Figura 12. TJES: total de processos entrados e julgados

do recurso de agravo proporcionalmente ao de apelação, conforme mostra a *Figura 11*. Essa mesma *figura 11*, elaborada com base em dados reais obtidos até o ano de 2004, também demonstra o cálculo da projeção para o período compreendido entre os anos de 2005 a 2009. Esses dados demonstram que, havendo

grande quantidade de agravos de instrumento contra decisões interlocutórias, sobra menos tempo para que o TJES aprecie e julgue os recursos de apelação, que são interpostos contra as decisões finais (sentenças).

Já a *Figura 12* demonstra o crescimento tanto dos

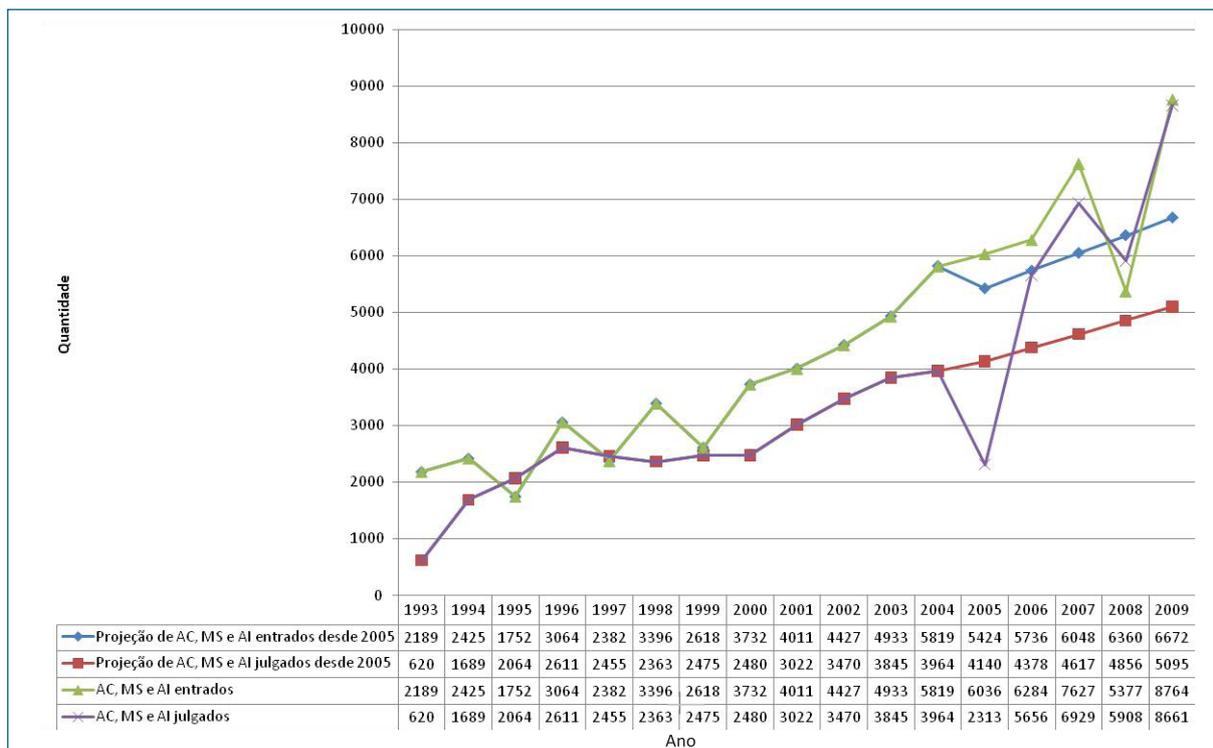


Figura 13. TJES: projeção do total de processos entrados e julgados

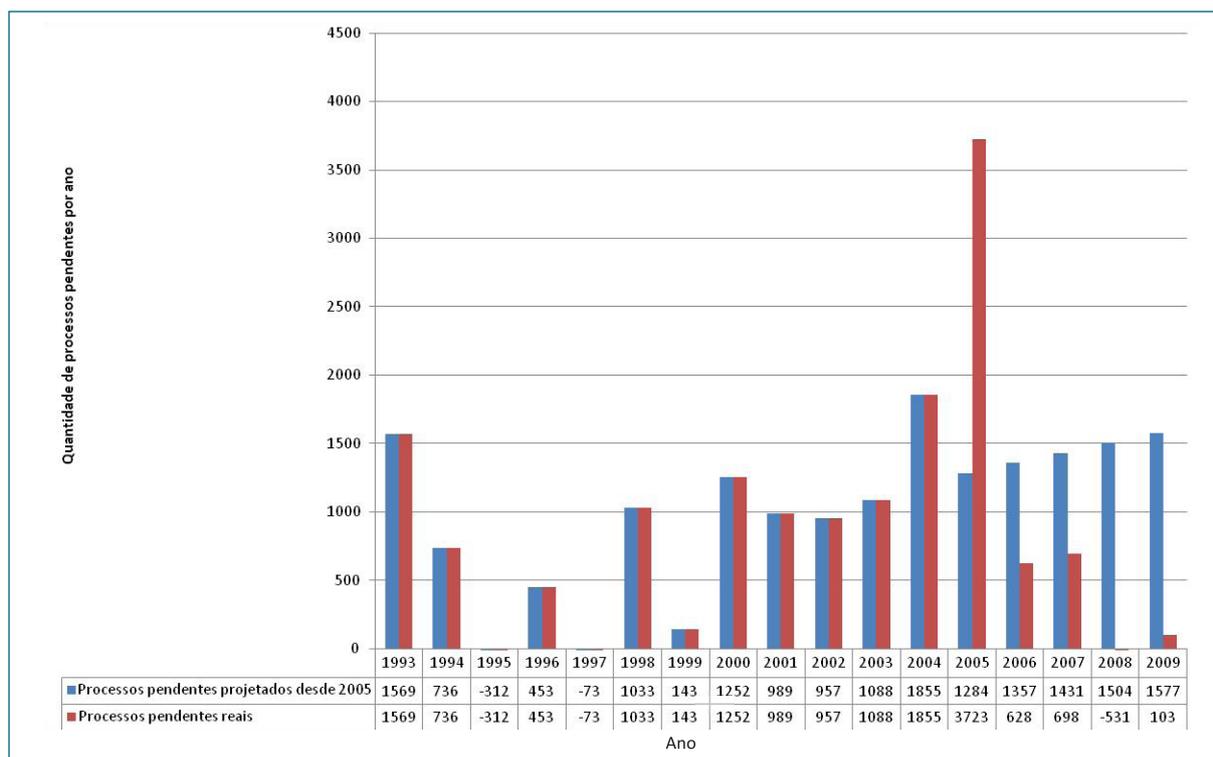


Figura 14. TJES: processos pendentes por ano

processos entrados quanto dos processos julgados e, fundamentalmente, demonstra que – tal como mencionado na introdução – a quantidade de entrados vinha sendo proporcionalmente maior que a quantidade de julgados. Ou seja: o TJES tem conseguido julgar uma quantidade menor que a quantidade de processos que entram e, com isso, tem gerado acúmulo de processos que aguardam julgamento.

Calculando-se a linha de tendência de 1993 a 2004 do total tanto de processos entrados quanto de processos julgados, foram obtidas fórmulas que possibilitaram, mantidas as mesmas condições, calcular a projeção da série histórica da quantidade daqueles mesmos processos para os anos de 2005 a 2009 e obter a quantidade de processos entrados e julgados de 1993 a 2009, mostrada na *Figura 13*.

Com base na quantidade real de processos entrados e julgados até 2009, também foi possível extrair a evolução da quantidade daqueles mesmos processos e obter relação entre a quantidade real de processos entrados e julgados de 1993 a 2009.

Diante disso e das quantidades acima – real e projetada – de processos entrados e julgados até 2009, a tendência é de que, mantidas as condições de trabalho do TJES, a cada ano um grande percentual dos pro-

cessos entrados fique pendente. Dessa forma, espera-se que haja um acúmulo crescente de processos pendentes, tornando cada vez mais difícil a tarefa do TJES de acabar com o “estoque” de processos pendentes acumulados – o que, com base na variável analisada nesse estudo, faz com que os processos demorem cada vez mais a ser julgados e se tornem cada vez mais ineficientes, conforme demonstra a *Figura 14*.

O fato de haver uma grande quantidade de processos pendentes por ano significa que o “estoque” de processos pendentes acumulados por ano também será grande, e que aumentará cada vez mais, conforme demonstra a *Figura 15*.

Portanto, a linha demonstra claramente que, por aumentar a cada ano, o estoque de processos acumulados do TJES dificilmente será reduzido ou eliminado se forem mantidas as atuais condições de trabalho do TJES e a atual regra da recorribilidade imediata.

Além disso, é preciso avaliar os resultados dos julgamentos desses recursos de agravo e dos mandados de segurança, para saber se eles justificam ou não a manutenção da regra da recorribilidade imediata.

Quanto aos julgamentos dos recursos de agravo de instrumento realizados pelo TJES no período de 1993

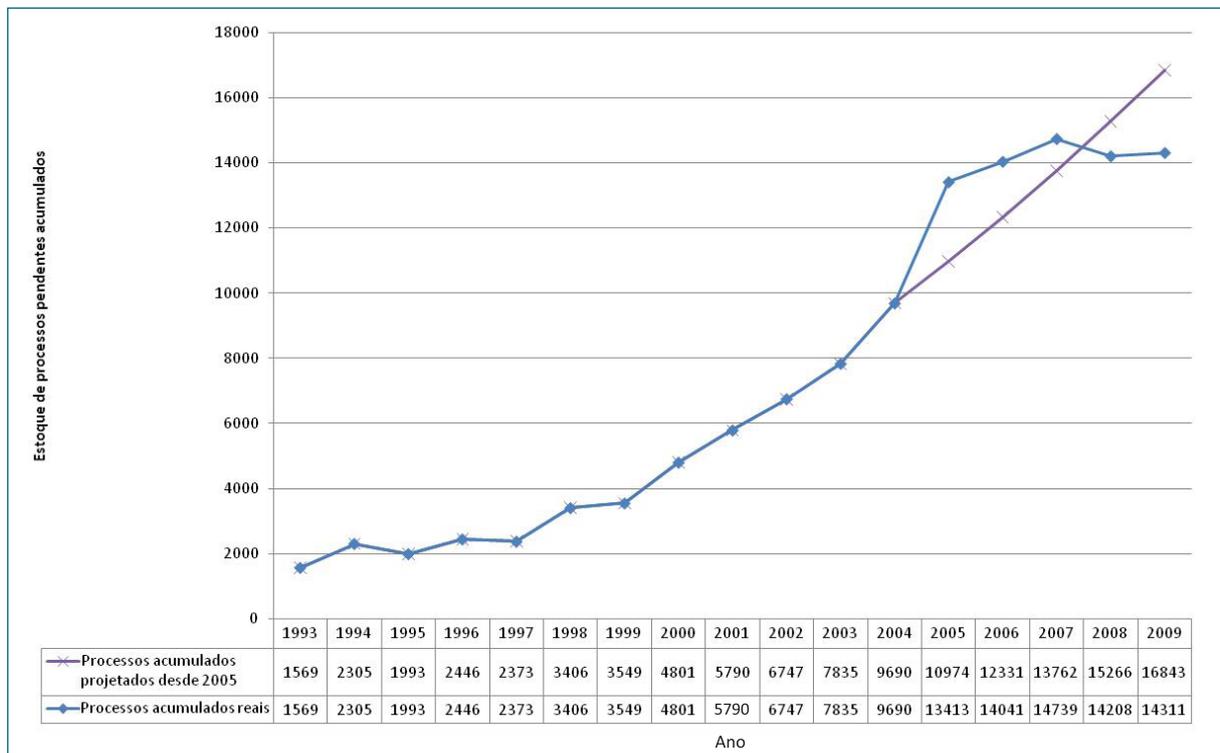


Figura 15. TJES: estoque de processos pendentes acumulados por ano

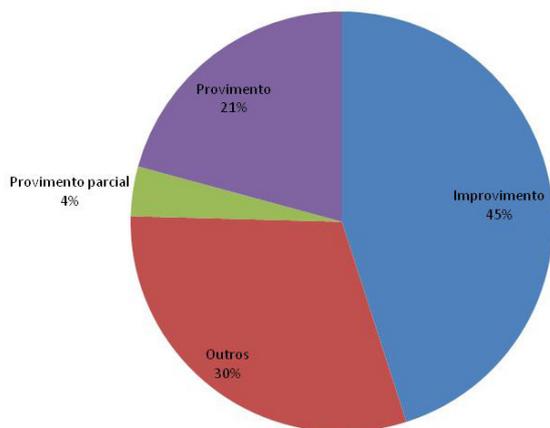


Figura 16. TJES: resultado dos julgamentos de agravo de instrumento de 1993 a 2004

a 2004, os agravos por instrumento conhecidos tiveram em média os seguintes resultados³⁰: 25% foram providos (total ou parcialmente) e 45% foram improvidos, conforme mostra a *Figura 16*.

Tais dados mostram que a recorribilidade imediata tem surtido efeito imediatamente para apenas 25% dos recursos de agravo conhecidos, pois só nesses casos o recurso foi provido; nos demais casos, a

30. A categoria denominada “outros” (mencionada nas figuras abaixo) se refere a agravos por instrumento não conhecidos por motivos diversos.

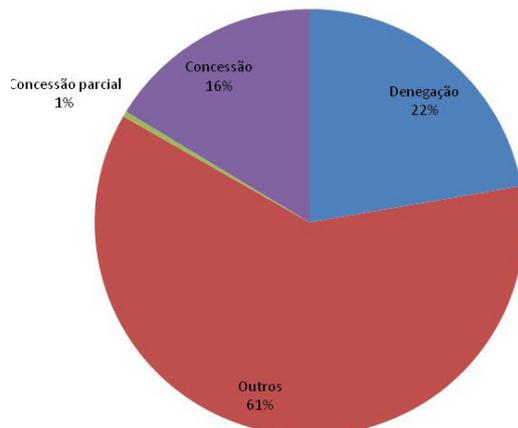


Figura 17. TJES: resultado dos julgamentos de mandados de segurança de 1993 a 2004

questão só será novamente discutida por ocasião do recurso de apelação.

Por outro lado, naquele mesmo período, os julgamentos dos mandados de segurança conhecidos tiveram em média os seguintes resultados³¹: 16% tiveram a segurança concedida (total ou parcialmente) e 22% tiveram a segurança denegada, segundo mostra a *Figura 17*.

Tais dados também demonstram que, mesmo no

31. Ver nota precedente.

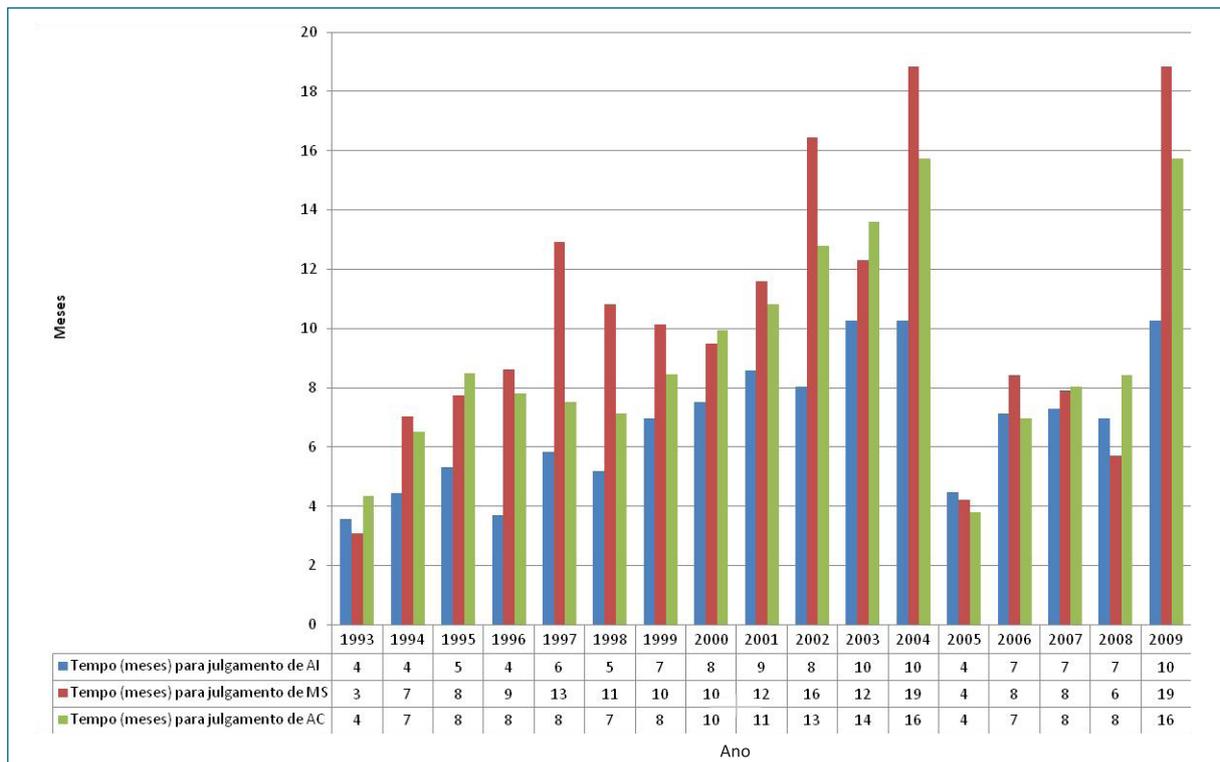


Figura 18. TJES: tempo médio de duração dos processos (em meses)

caso do mandado de segurança, é pequeno o percentual de concessão da segurança contra ato judicial; ou seja, é pequeno o grau de reversão das ordens judiciais atacadas por meio do mandado de segurança.

Para reforçar os malefícios que a regra da ampla recorribilidade imediata de decisões interlocutórias produz sobre a eficiência do processo, o gráfico abaixo demonstra que a duração dos processos no TJES vinha sendo longa e crescente ao longo dos anos – além disso, muito maior que no TRT da 17ª Região, conforme se nota na FIGURA 18 – e, apesar de ter diminuído no ano de 2005, voltou a crescer até o ano de 2009.

Por fim, a quantidade de correções parciais no TJES foi tão desprezível (aproximadamente 1%) quanto no TRT da 17ª Região, o que só corrobora a contribuição da regra da recorribilidade imediata de decisões interlocutórias para a duração excessiva do processo e a ausência de relação entre esta regra e a quantidade de correções apresentadas.

Diante de tudo que foi demonstrado, apontou-se o grave problema em que o processo civil incorreria se for mantida a situação anterior à lei nº 11.187/05, pois, segundo o gráfico acima, a tendência era a de que o acúmulo de processos crescesse de forma incontrolável.

Diante disso, propõe-se analisar o impacto que a regra de recorribilidade diferida dessas decisões – já aplicada nos processos do trabalho que são apreciados e julgados pelo TRT – geraria no TJES sobre a quantidade de processos entrados, quantidade de processos julgados, estoque de processos e, consequentemente, eficiência do processo civil.

Para melhor analisar essa proposta de recorribilidade diferida das decisões interlocutórias no processo civil, foram criadas projeções de três possíveis cenários, abaixo descritas.

5.3.2 Projeção dos possíveis cenários

Dentre os resultados esperados da lei nº 11.187/05, esperava-se uma diminuição na quantidade de agravos entrados e, consequentemente, de processos entrados.

Na época da realização da primeira parte da pesquisa – relativa a dados de 1993 a 2004, para auxiliar a tarefa de previsão³² dos processos entrados conforme cada espécie de processo, foram projetados três possíveis

32. “Existem modelos matemáticos que se ajustam aos dados observados, permitindo fazer previsões para o futuro. A maioria dos métodos de previsão se baseia na ideia de que observações passadas contêm informações sobre o padrão de comportamento dos dados (série temporal)” (Zandonade, 2002, p. 50).

cenários para os agravos por instrumento³³ e três possíveis cenários para os mandados de segurança³⁴.

33. Cenários para os agravos de instrumento:

- A. OTIMISTA: 1ª premissa) se for mantida, para 2006, a proporção projetada do TJES entre os agravos de instrumento entrados e os agravos de instrumento entrados em que se requereu a subida de recurso de apelação (0%); 2ª premissa) se, em 2006, a quantidade de agravos por instrumento for reduzida à proporção acima; 3ª premissa) se for mantida, para os anos de 2005 a 2009, a tendência de evolução dos agravos de instrumento entrados na série histórica do TJES.
- B. MODERADO: 1ª premissa) se for mantida, para 2006, a proporção projetada do TRT da 17ª Região entre os agravos de instrumento e os recursos ordinários entrados (8%); 2ª premissa) se, em 2006, a quantidade de agravos por instrumento for reduzida à proporção acima; e 3ª premissa) se for mantida, para os anos de 2005 a 2009, a tendência de evolução dos agravos de instrumento entrados na série histórica do TJES.
- C. PESSIMISTA: 1ª premissa) se for mantida, para 2006, a proporção do TJES entre, de um lado, os agravos de instrumento interpostos contra os efeitos em que a apelação é recebida (2%), contra decisões suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação (15%) e contra liminares em cautelar (6%) – que totalizam 23% – e, de outro lado, os agravos de instrumento entrados; 2ª premissa) se, em 2006, a quantidade de agravos por instrumento for reduzida à proporção acima; 3ª premissa) se for mantida, para os anos de 2005 a 2009, a tendência de evolução dos agravos de instrumento entrados na série histórica do TJES.

34. Cenários para os mandados de segurança:

- A. OTIMISTA: se for mantida, para os anos de 2005 a 2009, a tendência de evolução dos mandados de segurança entrados na série histórica do TJES;
- B. MODERADO: 1ª premissa) se todos os mandados de segurança no TRT forem impetrados contra ato judicial (já que são muito poucas as autoridades coatoras não judiciais cujos atos ensejam a impetração de mandados de segurança ao TRT); 2ª premissa) se for mantida, para 2006, a proporção do TJES entre os mandados de segurança e os recursos ordinários entrados no TRT (4%); 3ª premissa) se em 2006, além da tendência de evolução, houvesse um acréscimo de mandados de segurança correspondente a esse mesmo percentual (4%) sobre a quantidade de apelações projetadas no TJES em 2006; 4ª premissa) se for mantida, para os anos de 2005 a 2009, a tendência de evolução dos mandados de segurança entrados na série histórica do TJES.
- C. PESSIMISTA: 1ª premissa) se for mantida, para 2006, a proporção do TJES entre, de um lado, os agravos de instrumento interpostos contra os efeitos em que a apelação é recebida (2%), contra decisões suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação (15%) e contra liminares em cautelar (6%) – que totalizam 23% – e, de outro lado, os agravos de instrumento entrados; 2ª premissa) se, em 2006, a quantidade de agravos de instrumento correspondente à proporção acima migrar para a projeção para 2006 de mandados de segurança entrados; 3ª premissa)

Como tinham sido projetados possíveis cenários apenas para aquelas duas espécies de processo – já que a quantidade de apelações não sofreria nenhuma alteração com aquela lei, teria sido necessário, a rigor, formular 9 diferentes hipóteses, resultantes do cruzamento dos 3 cenários do agravo por instrumento com os 3 cenários do mandado de segurança.

No entanto, para a análise proposta seria suficiente analisar o resultado apenas da melhor hipótese de ambos os processos, de uma hipótese intermediária de ambos os processos e da pior hipótese de ambos os processos, razão pela qual se limitou a fazer as projeções destas três combinações:

1. otimista (cenários otimistas dos agravos e dos mandados de segurança), que tinha sido obtida com base nos dados do TJES;
2. moderada (cenários moderados dos agravos e dos mandados de segurança), que tinha sido obtida com base nos dados do TRT da 17ª; e
3. pessimista (cenários pessimistas dos agravos e dos mandados de segurança), que tinha sido utilizada para demonstrar o que poderia eventualmente acontecer com a entrada em vigor da lei nº 11.187/05.

Das Figuras 19 e 20 é possível notar que, apesar de a tendência ter sido de crescimento, em todos os cenários possíveis haveria uma redução drástica de agravos por instrumento – o que de fato ocorreu – e um aumento de mandado de segurança contra ato judicial – aumento esse que, de modo geral, foi inferior às projeções.

O impacto dessa redução na quantidade total de processos pode ser mais bem vislumbrado na Figura 21, que representa a tendência de 1993 até 2004, os três possíveis cenários e a realidade identificada de 2005 a 2009.

Do total de processos acima, também é importante esclarecer a contribuição de cada uma das três espécies de processo para a quantidade total de proces-

se for mantida, para os anos de 2005 a 2009, a tendência de evolução dos mandados de segurança entrados na série histórica do TJES.

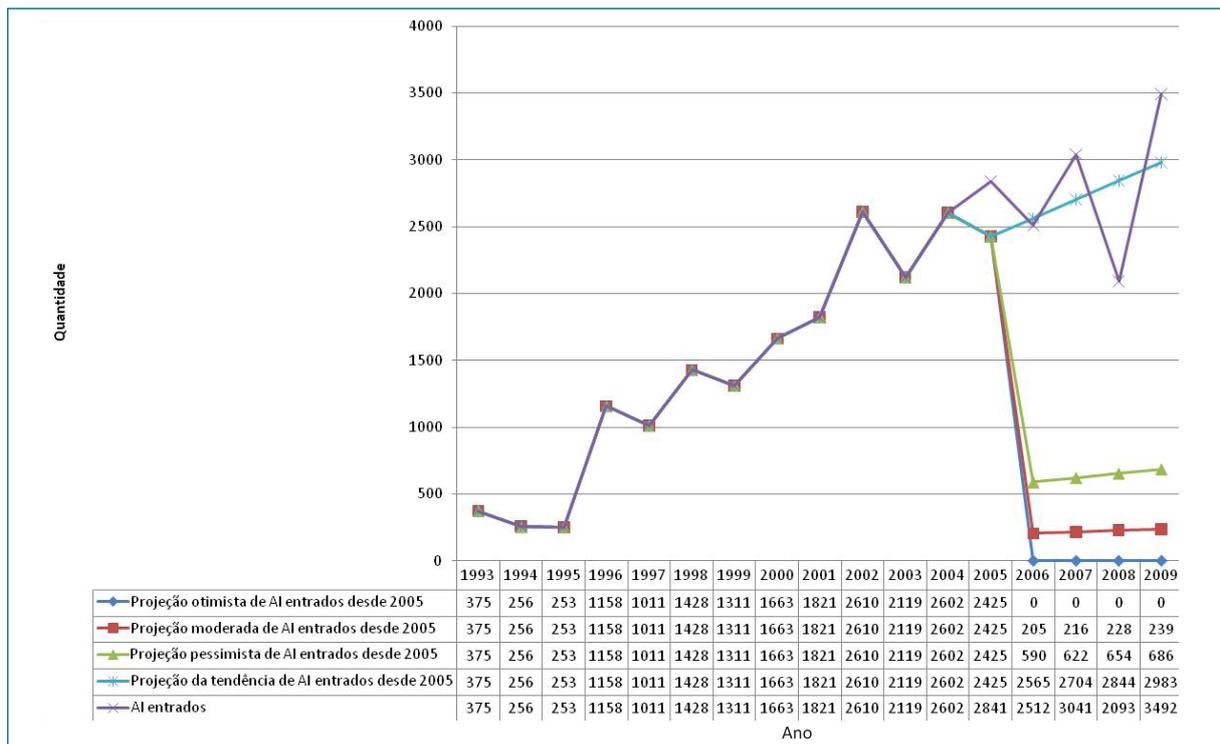


Figura 19. TJES: quantidade de agravos de instrumento entrados na tendência, nos cenários e na realidade identificada de 2005 a 2009

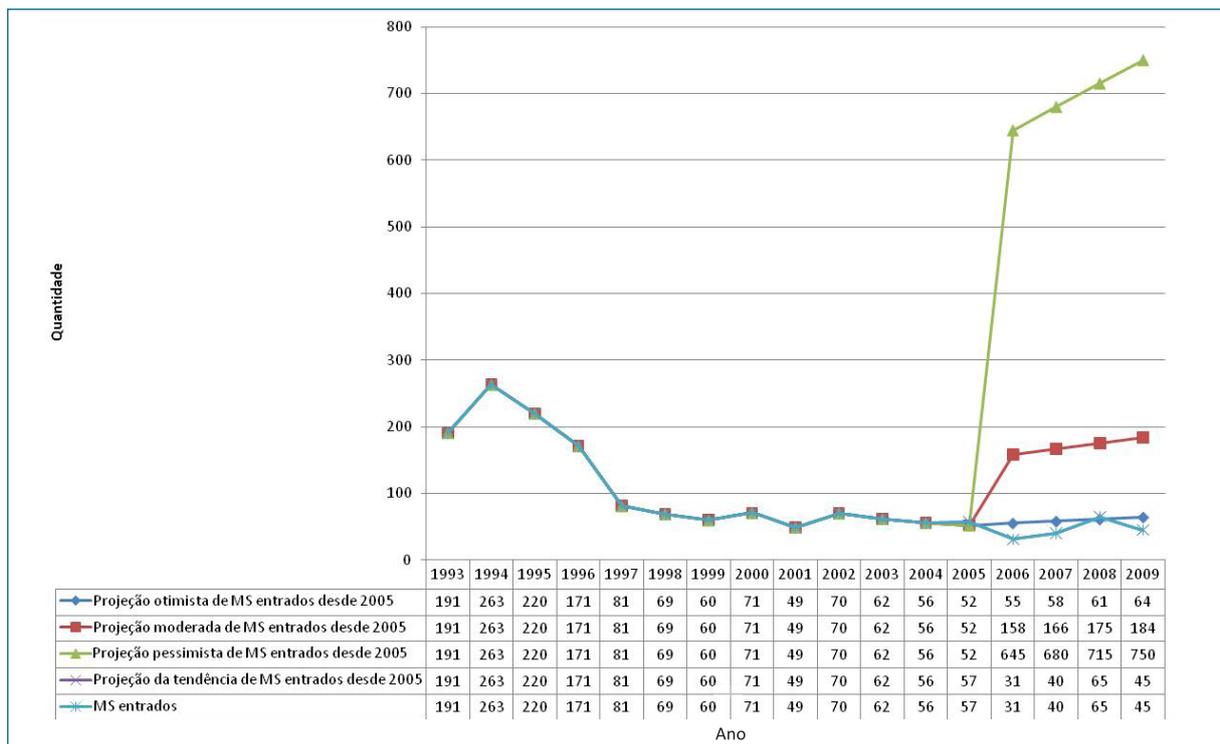


Figura 20. TJES: quantidade de mandados de segurança entrados na tendência, nos cenários e na realidade identificada de 2005 a 2009

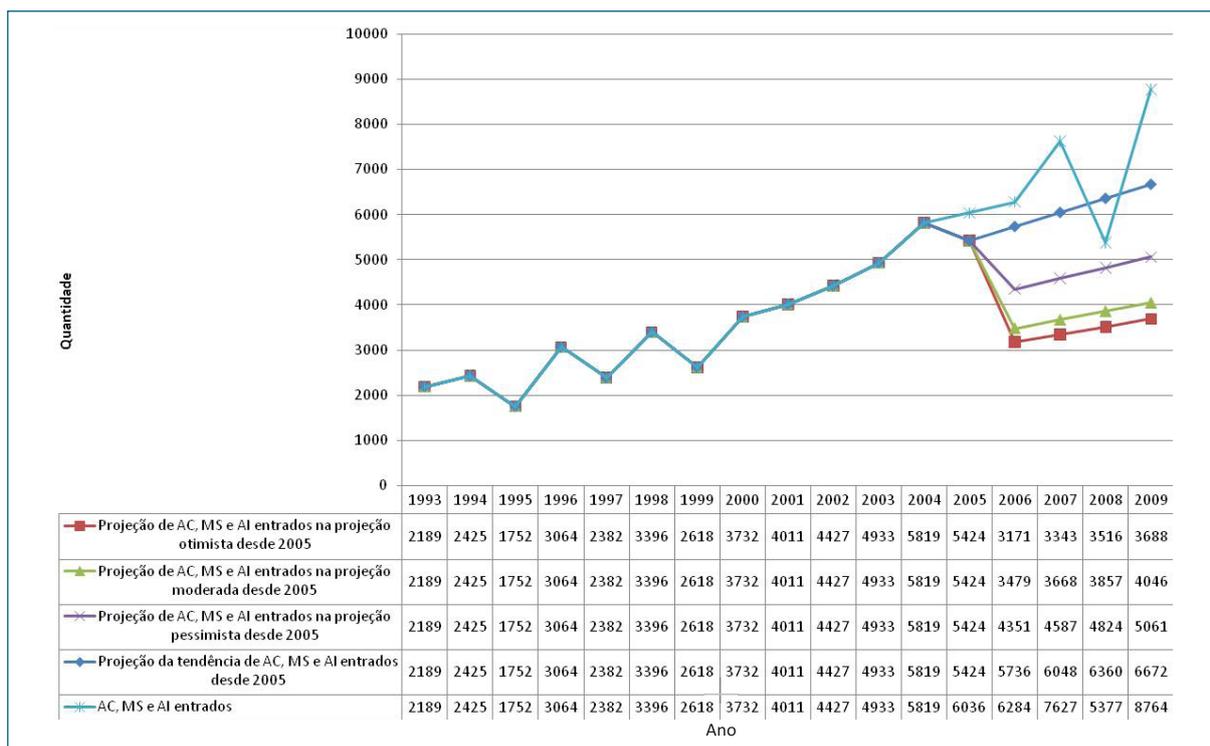


Figura 21. TJES: quantidade de processos entrados nos possíveis cenários



Figura 22. TJES: percentual de processos entrados

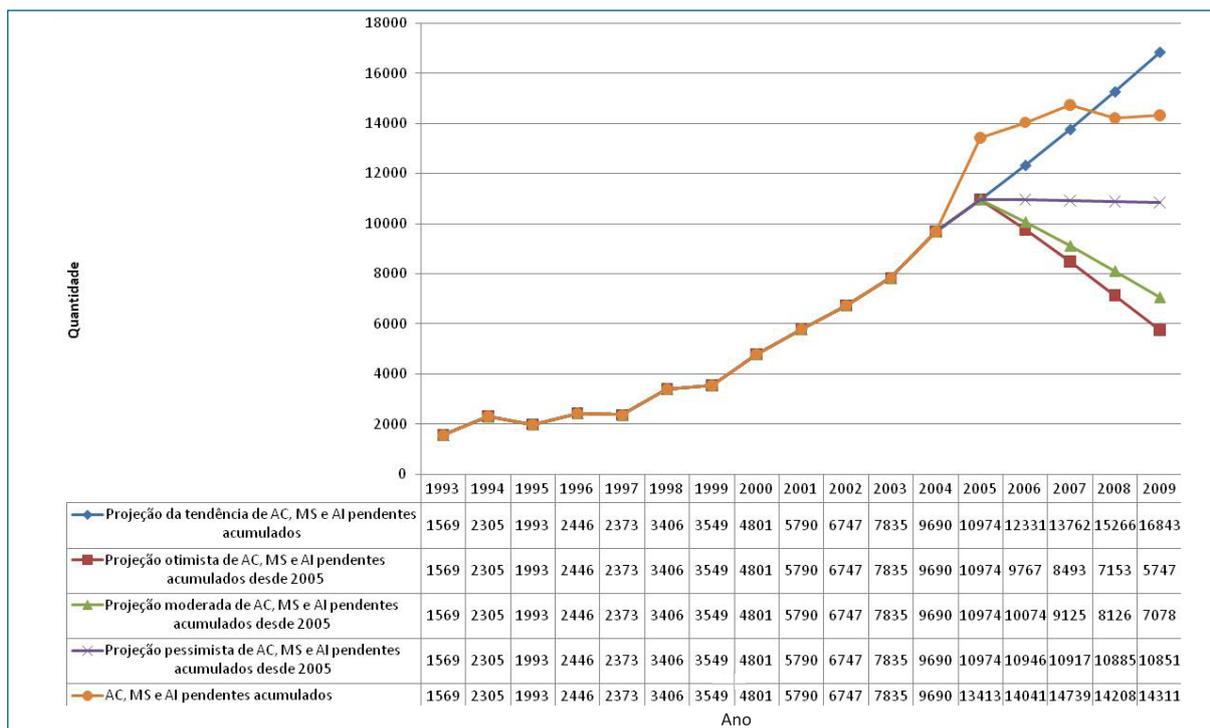


Figura 23. TJES: estoque de processos pendentes acumulados na tendência, nos cenários e na realidade até 2009

tos, o que também demonstra o percentual de redução do recurso de agravo proporcionalmente ao de apelação. Confira-se a *Figura 22*.

Além de ter havido apenas uma suave redução inicial da quantidade total de agravos de instrumento entrados, a realidade demonstrou ter havido um aumento posterior dessa quantidade. Deste modo, houve um aumento da quantidade de processos entrados e da quantidade de processos pendentes acumulados, conforme demonstra a *Figura 23*.

A figura acima também demonstra que, nas projeções de dois dos três possíveis cenários (otimista e moderado), o estoque de processos pendentes acumulados seria eliminado (em 2013 e 2014, respectivamente); já na projeção do cenário pessimista, relativo à entrada em vigor da lei nº 11.187/05, esse estoque de processos pendentes acumulado se manteria grande e estável.

Portanto, nos cenários otimista e moderado as alterações projetadas já seriam suficientes para, por si só, acabar em pouco tempo com o “estoque” de processos pendentes acumulados – e as eventuais medidas

paralelas seriam úteis apenas para acelerar o alcance do resultado pretendido. Já no cenário pessimista – que mais se aproxima ao cenário da lei nº 11.187/05, as alterações não seriam suficientes, por si só, para acabar com o “estoque” de processos.

Em qualquer que fosse o cenário, haveria uma redução visível e significativa da quantidade total de processos entrados. Além disso, comparando-se, de um lado, a projeção da quantidade de processos entrados e julgados (segundo a tendência anterior à lei e segundo os possíveis cenários) e, de outro lado, a quantidade real de processos entrados e julgados de 2005 a 2009, nota-se que nos três cenários a redução da quantidade de processos permitiria que, em relação ao agravo por instrumento, ao mandado de segurança e ao recurso de apelação, o TJES julgasse mais processos por ano que a quantidade de processos que entrariam nesse mesmo período de tempo.

Contudo, nota-se também que, na realidade, aconteceu o contrário: inicialmente a quantidade de processos entrados aumentou acima da projeção da tendência e somente três anos depois começou a diminuir suavemente.

6 Conclusão

Analisando-se os resultados do estudo de caso realizado, nota-se que, embora tenha sido eficaz na diminuição temporária da quantidade total de agravos entrados, a restrição do cabimento do agravo contida naquela lei não contribuiu para diminuir o “estoque” de processos pendentes acumulados.

Conforme se sustentou, a forma mais eficaz de se alcançar os fins almejados pelo legislador – de reduzir, de fato, a quantidade de agravos interpostos e, consequentemente, eliminar o “estoque” de processos pendentes acumulados – seria restringir ainda mais a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias (representada pelos cenários otimista, moderado e pessimista) e permitir a recorribilidade diferida dessas decisões. Caso contrário, a quantidade desses processos pendentes acumulados só cresceria a cada ano que passa, tornaria o processo cada vez mais ineficiente e, com isso, prejudicaria cada vez mais a efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido caminha o projeto do CPC. Contudo, resta saber se o grau de restrição do cabimento do recurso de agravo proposto nesse projeto será suficiente para se atingir o fim almejado pelo legislador ou se, tal como as reformas legislativas anteriores, surtirá efeito prático tímido e fugaz.

////////////////////////////////////

7 Referências

- Aragão, E. D. M. de. (2003). Estatística judiciária. *Revista de Processo*, 28 (110), 9-18.
- Barbosa, R. (2004). *Oração aos moços*. S.l.: Russel.
- Bedaque, J. R. dos S. (2003). *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros.
- Brasil. (2010). *Projeto do Código de Processo Civil*. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249.
- Bustamante, T. S. de. (2003). *Créditos nominados en dólares o en pesos convertibles de curso legal: Pesificación y devaluación*. Disponível em <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0102.pdf>.
- Carmona, C. A. (2000). O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. In N. Nery Jr. & T. A. A. Wambier (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT.
- Carneiro, A. G. (2006). Do recurso de agravo ante a lei 11.187/2005. In N. Nery Jr. & T. A. A. Wambier (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins* (Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 10). São Paulo: RT.
- Carnelutti, F. (1971). *Diritto e processo*. Buenos Aires: EJEA.
- Chiovenda, G. (1998). *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller.
- Dinamarco, C. R. (2000). *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros.
- Dinamarco, C. R. (2002). *Instituições de direito processual civil (v. I)*. São Paulo: Malheiros.
- Esteves, C. B. (2006a). *(Ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias: análise crítica de suas consequências no processo civil brasileiro e proposta para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional* (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil.
- Esteves, C. B. (2006b). A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In E. de S. e Almeida (Org.). *Direitos e Garantias Fundamentais*. Florianópolis: Boiteux.
- Fabício, A. F. (2001). Tutela antecipada: denegação no primeiro grau e concessão pelo relator do agravo. *Revista Forense*, 349, 1-15.
- Grinover, A. P. (1975). *Direito processual civil*. São Paulo: Bushatsky.
- Jorge, F. C., Didier Jr., F., & Rodrigues, M. A. (2003). *A nova reforma processual (2 ed)*. São Paulo: Saraiva.
- Moreira, J. C. B. (1984). *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva.
- Moreira, C. R. B. (2002). Eles, os recursos, vistos por um advogado: reflexões em matéria de recursos cíveis. *Revista de Processo*, 27 (107), 258-68.
- Moreira, J. C. B. (2003). Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista da EMERJ*, 6 (22), 58-72.
- Moreira, J. C. B. (2005). O neoprivatismo no Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, 6 (34), 5-16.
- Noronha, C. S. (1995). *Do agravo de instrumento*. Rio de Janeiro: Forense.
- Nery Jr., N. (1993). *Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT.
- Silva, I. de H. (1977). *Agravos no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Acede.
- Tucci, J. R. C. e (1997). *Tempo e processo*. São Paulo: RT.
- Tucci, J. R. C. e. (2002). *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: RT.
- Wambier, T. A. A. (2006). *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: RT.
- Yarshell, F. L. (2004) A reforma do Judiciário e a promessa de duração razoável do processo. *Revista do Advogado*, 24 (75), 28-33.
- Zandonade, E. (2002). Estatística judiciária, importância e meios. *Revista CEJ*, 17, 41-43.

NOVOS HORIZONTES EPISTEMOLÓGICOS PARA A PESQUISA

EMPÍRICA EM DIREITO: “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas¹²³ // *Margarida Garcia*⁴

Palavras-chave

Epistemologia do Direito / Pesquisa Empírica em Direito / Ciências Sociais e Direito / Interdisciplinaridade

////////////////////////////////////

Resumo

Tendo por pano de fundo o tema da relação entre o Direito e as Ciências Sociais, este artigo identifica três propostas epistemológicas aptas a abrir novos horizontes para a pesquisa empírica em Direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” os sistemas por meio de entrevistas qualitativas voltadas à observação da *comunicação*, e dessubstancializar as categorias jurídicas. Estas propostas epistemológicas são apresentadas como condições necessárias à possibilidade de um olhar *externo* sobre o Direito. Elas são consideradas como favoráveis ao desenvolvimento da pesquisa multidisciplinar em Direito, pois, em certa medida, tanto o Direito como as Ciências Sociais podem se beneficiar dessas três estratégias. As Ciências Sociais devem “levar o direito a sério”, suas pesquisas sobre o Direito devem ser realizadas “com o Direito”. Por seu turno, o Direito pode aprimorar suas observações e seus modelos normativos internos por meio da integração em suas premissas de decisão do conhecimento produzido pelas Ciências Sociais. A autora suscita a hipótese de que essa integração – uma realidade bastante concreta no universo judiciário, mas ainda pouco problematizada – tenderá a

1. Uma primeira versão deste artigo foi publicada anteriormente pela autora, em francês, sob o título *De Nouveaux Horizons Épistémologiques pour la Recherche Empirique en Droit: Décentrer le Sujet, Interviewer le Système et « Désubstantialiser » les Catégories Juridiques*, no periódico *Les Cahiers de Droit*, v. 52, n. 3-4, p. 417-59, 2011. A autora e os editores da presente Revista agradecem a autorização para a presente tradução do texto.

2. Texto traduzido por Arthur Roberto Capella Giannattasio, Pesquisador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV).

3. Gostaria de agradecer a duas pessoas incrivelmente generosas, com as quais tive o imenso privilégio e prazer de, há muito, dialogar sobre as ideias propostas neste texto: Richard Dubé e Álvaro Pires. Agradeço a Georges Azzaria por me ter oferecido a oportunidade de dar forma a essas reflexões e de as desenvolver ainda mais. Expresso ainda minha gratidão aos avaliadores externos deste artigo, pela leitura crítica atenta e estimulante, bem como pelos comentários pertinentes.

4. Professora da Faculty of Law (Civil Law) e da Faculty of Social Sciences da University of Ottawa.

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Levar o Direito “a sério”: a Sociologia do Direito “com o Direito” e a Sociologia do Direito “sem o Direito” (Niklas Luhmann)**
- 3 Praticar a Sociologia do Direito “com o Direito”: o exemplo de uma pesquisa empírica sobre os direitos humanos do sistema penal**
 - 3.1 A problemática e as perguntas iniciais
 - 3.2 A hipótese diretora e a abordagem teórica adotada
 - 3.3 Algumas notas metodológicas
- 4 Abrir novos horizontes para a pesquisa empírica sobre o Direito: três estratégias promissoras**
 - 4.1 O “descentramento” do sujeito como estratégia criadora de novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica sobre o Direito
 - 4.1.1 Ilustração empírica do interesse de uma observação que obedece ao postulado epistemológico do “descentramento” do sujeito: a determinação da pena, “human process” e/ou “systemic process”?
 - 4.2 A “comunicação” do sistema como ponto de ancoragem para a observação empírica por meio de entrevistas qualitativas: “podemos interrogar os sistemas sociais?” (Pires)
 - 4.3 A “dessubstancialização” das categorias jurídicas como condição de possibilidade do olhar externo e da pesquisa multidisciplinar sobre o Direito
 - 4.3.1 Aplicação do método de “dessubstancialização” das categorias jurídicas ao conceito de “direitos humanos”: ilustração empírica
- 5 Observar o Direito a partir de um ponto de vista multidisciplinar: retorno sobre a distinção olhar interno/olhar externo**
- 6 Conclusão**
- 7 Referências**
 - 7.1 Fontes Primárias
 - 7.2 Fontes Secundárias

se desenvolver futuramente cada vez mais no mundo jurídico. As questões contemporâneas da sociedade (direitos religiosos, direitos de minorias, direitos das mulheres, direitos de povos autóctones, direito ao suicídio assistido, direito ao casamento entre casais do mesmo sexo, direitos reprodutivos, direitos dos imigrantes ilegais, etc.) são reguladas cada vez mais por figuras jurídicas caracterizadas por uma *textura normativa aberta* (valores fundamentais, direitos humanos, etc.) e as Ciências Sociais serão assim mais e mais consideradas como recursos cognitivos importantes para a determinação e a especificação jurídicas – serão essenciais portanto para aqueles que *pensam* e que *dizem* o Direito. Com efeito, visto que essas questões exigem dos atores judiciais criatividade e imaginação jurídicas, bem como abertura cognitiva e normativa diante das diferentes possibilidades de regulação e de concepção de diferentes “possíveis”, as Ciências Sociais serão, neste contexto, elementos importantes de “determinação” dos *possíveis ainda não atualizados*.

NEW HORIZONS FOR EMPIRICAL RESEARCH IN LAW: “decentering” the subject, “interviewing” systems and “desubstantializing” legal categories // *Margarida Garcia*

Keywords

Epistemology of Law / Empirical research in Law / Law and Social Sciences / Multi-disciplinary research

////////////////////

Abstract

In this article, we argue that when interaction between law and social sciences is viewed as a backdrop, three epistemological propositions stand out as opening new horizons for empirical research in law, namely: “decentering the subject”, “interviewing” systems by means of qualitative interviews oriented toward the observation of communication, and the “desubstantialization of legal categories”. These epistemological premises are described as the requisite conditions for grounding an external perspective on the law. They are also considered to be favorable for the development of multi-disciplinary research in law as both law and social sciences can (under certain conditions) benefit from these three analytical strategies. Social sciences must “take the law seriously”, research in law having to be carried out “with the law”. As for law, it may improve its observations and internal normative models by more fully integrating the knowledge generated by social sciences into its decisional premises. The author advances the hypothesis that this integration – already a reality on the judicial arena, yet still lightly problematized – will tend to continuously evolve ever more in the legal universe yet to come. Contemporary social issues (religious rights, minority rights, women’s rights, native peoples’ rights, the right to assisted suicide, same-sex marriage rights, reproductive rights, the rights of undocumented persons, etc.) are increasingly regulated by legal figures characterized by their “open normative composition” (fundamental values, human rights, etc.). Social sciences will increasingly tend to be seen as valuable cognitive resources for determining and specifying legality, thereby essential for those who conceive and shape the law. Indeed, since these issues demand creativity, juristic imagination and cognitive and normative openness from juridical actors when confronted with varying regulatory options, social sciences will in this context provide vital elements for determining potential, yet still not actualized, possibilities within this context.

1 Introdução

Neste estudo, perseguiremos dois objetivos distintos e complementares: pretendemos repensar a maneira pela qual temos o hábito de conceber a relação entre o Direito e as Ciências Sociais, e também sugerir três propostas epistemológicas aptas a favorecer a articulação entre esses dois domínios do saber e a abrir novos horizontes para a pesquisa empírica em Direito. Essa reflexão é traçada a partir de uma pesquisa empírica sobre os direitos humanos do sistema penal⁵, pesquisa elaborada numa perspectiva multidisciplinar inspirada por métodos construtivistas das Ciências Sociais, tendo sido utilizada a entrevista semiestruturada como o principal método de coleta de dados.

O trabalho empírico e teórico então realizado nos levou a uma progressiva reflexão sobre nossa reflexão, a um questionamento sobre o questionamento epistemológico – uma tarefa obrigatória para aquela ou para aquele que se propõe a questionar o Direito a partir das ferramentas das Ciências Sociais. Como respeitar o sistema de referência dentro do qual o trabalho pretendia se inscrever – a Ciência – e descrever de forma adequada e rigorosa o sistema observado – o sistema jurídico? Como falar, seja aos juristas, seja aos cientistas sociais, de uma maneira que se respeitem os valores, as normas e as convenções dos dois sistemas? Nossa vontade de lidar com esse questionamento – contrariando a tendência natural de evitá-lo – levou-nos a pensar sobre as estratégias que poderiam auxiliar a atingir nosso objetivo. Identificamos três estratégias interconectadas e teoricamente suscetíveis de serem úteis para aqueles e para

5. No quadro de nossa reflexão, a expressão “direitos humanos do sistema penal” remete à maneira pela qual o sistema penal constrói, dentro de suas fronteiras comunicacionais, seus próprios “direitos humanos”. Luhmann construiu a distinção “medium/form” (que traduziremos por *medium/forma*) com base nas pesquisas do filósofo e psicólogo austríaco Fritz Heider (1926). Na sua teoria sobre a percepção humana de objetos físicos, Heider tinha usado essa distinção para chamar a atenção para a diferença entre o objeto da percepção (a coisa) e o pano de fundo que serve como um veículo para a sua percepção (o meio). Por exemplo, a luz ou o ar são *media* que permitem o surgimento de formas, tais como um objeto físico ou o som. Explicaremos na seção 4.3.1. deste texto a maneira como aplicamos e adaptamos esta distinção para observar o conceito de direitos humanos. Em outras palavras, os direitos humanos do sistema penal são aqui considerados como formas por meio das quais o *medium* “direitos humanos” se desdobra nas comunicações do sistema de Direito criminal.

aquelas que se propõem a questionar o Direito de um ponto de vista externo sem perder de vista a pertinência do trabalho para aqueles e para aquelas que trabalham em instituições jurídicas.

As três propostas epistemológicas que exploraremos no interior deste artigo – e que têm o potencial de favorecer o diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais – podem ser formuladas provisoriamente do seguinte modo: (i) o “descentramento”⁶ do sujeito (retirando-lhe o lugar de destaque na análise) é uma estratégia que permite melhor descrever e captar a distância que pode existir entre as representações dos atores e a comunicação do sistema (ao qual eles se filiam) – a qual mais produz o ator, do que o inverso; (ii) a entrevista qualitativa concebida como “entrevista reflexiva” com o sistema⁷ é uma metodologia promissora para *observar* a comunicação do sistema - a *comunicação* do sistema jurídico se torna o elemento a partir do qual podemos captar *empiricamente* o Direito como sistema social; (iii) finalmente, a dessubstancialização das categorias jurídicas nos parece uma condição necessária para poder desenvolver um olhar *externo* sobre o Direito e tornar possível a pesquisa multidisciplinar neste domínio. Essa estratégia é essencial para permitir ao pesquisador – que pretende observar o Direito de um ponto de vista externo – controlar suas observações e as distinguir das observações produzidas pelo ponto de vista interno.

Pretendemos inserir essa reflexão dentro de um debate mais amplo, qual seja, o da relação entre o Direito e as Ciências Sociais (Sociologia, Antropologia, Geografia, História, Criminologia, Economia, etc.). Na maior parte das vezes, esse debate é formulado recorrendo à distinção entre duas maneiras de observar o Direito – olhar interno/olhar externo – frequentemente percebidas como incompatíveis⁸. Van de Kerchove

6. A escolha dos termos “descentrar” e “descentramento” (do sujeito), embora pareça pouco usual na língua portuguesa, pareceu-nos a mais indicada para expressar o sentido desta proposição epistemológica. Eles indicam a escolha de tirar o foco da análise do sujeito, para o colocar no sistema. O termo “descentralização” foi preterido por estar demasiado ligado à ideia de devolução de poderes no sistema político.

7. Esta técnica foi proposta por Pires (2004a, p. 173).

8. Alguns juristas (pre)ocupados com o projeto de construir uma efetiva Ciência do Direito propuseram a adoção de um “olhar ex-

& Ost (1988) explicitam os termos dessa distinção:

Enquanto o ponto de vista interno constitui de certo modo um ponto de vista “em espelho” que consiste em aderir a um discurso que as instituições jurídicas detêm sobre elas mesmas e em compartilhar a “pré-compreensão” que está a elas subjacente, o ponto de vista externo supõe, pelo contrário, uma “ruptura epistemológica” ou um afastamento teórico que consistirá, ou em um levar em consideração os termos descritivos e explicativos do ponto de vista interno adotado pelos atores do sistema jurídico (ponto de vista externo “moderado”), ou em realizar uma reconstrução teórica que faça inteiramente abstração da existência deste ponto de vista interno (ponto de vista externo “radical”). (p. 26).

Pretendemos revisitar – e não retomar – este debate a partir de uma distinção proposta por Niklas Luhmann (1985) entre dois tipos de Sociologia do Direito: uma Sociologia do Direito “com o Direito” e uma Sociologia do Direito “sem o Direito”. Essa distinção – centrada exclusivamente em um olhar externo – tem a vantagem de abrir novas possibilidades de diálogo entre o conhecimento produzido pelo Direito e o produzido pelas Ciências Sociais, o que nos permite em um único movimento trazer uma resposta alternativa à questão “quem pode dizer o que sobre o Direito?”.

Para desenvolver as ideias que exporemos nesta contribuição, trabalhamos sobretudo em torno da teoria dos sistemas de comunicação e dos instrumentos propostos pelos alemães Niklas Luhmann e Gunther Teubner, juristas e sociólogos do Direito. Adicionamos à contribuição as reflexões teóricas e epistemológicas de Álvaro Pires, elas mesmas elaboradas em diálogo com a teoria dos sistemas de comunicação.

terno moderado”, um olhar que, permanecendo externo – uma condição essencial para inscrever o enfoque no campo da Ciência – leva a sério o ponto de vista interno do sistema que pretendemos observar (o Direito ou o sistema jurídico). Essa abordagem foi proposta pelos juristas belgas François Ost & Michel van de Kerchove (1988) que, nos últimos anos, apoiando-se sobre os trabalhos de H. L. Hart, fizeram avançar consideravelmente essa orientação epistemológica.

2 **Levar o Direito “a sério”: a Sociologia do Direito “com o Direito” e a Sociologia do Direito “sem o Direito” (Niklas Luhmann)**

Quem pode dizer o que sobre o Direito? De um lado, podem os juristas produzir conhecimentos *científicos* sobre o Direito? De outro lado, podem os cientistas sociais produzir conhecimento *informado pelo Direito* e “instrutivo” para o Direito⁹? Podemos dizer que, de maneira implícita ou explícita, essas três questões ocuparam e ocupam sempre um lugar importante nos trabalhos que (re)pensaram, de uma forma ou de outra, as relações entre o Direito e as Ciências Sociais, perspectivas internas e externas confundidas¹⁰. De modo tradicional, as relações entre o Direito e as Ciências Sociais foram percebidas nos dois campos com desconfiança, indiferença, ceticismo ou incompreensão.¹¹

9. Criar nas Ciências Sociais conhecimento instrutivo para o Direito não implica que as Ciências Sociais devam se colocar “a serviço” do Direito. Nessa perspectiva, as advertências de Foucault sobre as relações (frequentemente problemáticas) entre saber e poder continuam a orientar nossa postura epistemológica. Trata-se antes de criar as condições que permitam ao Direito integrar e considerar seriamente os *inputs* das Ciências Sociais em seus próprios debates e reflexões jurídicas. Em termos mais próximos da teoria dos sistemas de Luhmann, o objetivo é pensar as condições que favoreceriam, nas Ciências Sociais, a criação de saberes ou a formulação de pontos de vista suscetíveis de serem *juridicamente* considerados como “informação” e não como simples “ruído” no interior das redes de comunicação do Direito.

10. Foge ao nosso propósito também descrever a gênese e a evolução das inúmeras tentativas de superar o formalismo jurídico pelas diferentes teorias de *Direito e Sociedade*: o movimento do Direito livre defendido pelos juristas de esquerda, o movimento Direito e Sociedade, o movimento Direito e Economia, os *Critical Legal Studies* nos Estados Unidos, o movimento Crítica do Direito na França, as teorias críticas, tais quais as teorias pluralistas do Direito, as teorias marxistas ou feministas, o realismo jurídico, a *sociological jurisprudence*, a jurisprudência dos interesses – mencionando aqui apenas as principais. No Canadá, as abordagens mais inovadoras que se propõem a analisar o Direito a partir de perspectivas múltiplas – e que propõem uma reflexão epistemológica sobre o tema – foram elaboradas, entre outros, por Guy Rocher, Jean-Guy Belley, Peirre Noreau, Roderick A Macdonald, Andrée Lajoie e Katherine Lippel. Especificamente no interior do Direito Criminal, os trabalhos de Álvaro Pires constituem nossa principal fonte de inspiração.

11. Parsons (1977) falava de “espécie de mistério da negligência proporcionada pelas ciências sociais, e particularmente pela sociologia, com relação ao lugar do direito e dos sistemas jurídicos, após as brilhantes análises iniciais de Durkheim e de Weber” (p. 11). A acreditar nas palavras de Baudoin Dupret (2006) – que observa a “desconfiança sociológica com relação ao direito e aos

Em um diálogo, na maior parte das vezes *sem troca*, os juristas tendem a considerar que apenas os juristas podem dizer qualquer coisa verdadeira sobre o Direito e acusam os cientistas sociais de “sociologismo”¹², isto é, de serem incapazes de captar as convenções do Direito. Os cientistas sociais pretendem o contrário e acusam os juristas de “juridismo”¹³, isto é, de serem incapazes de analisar o Direito de um ponto de vista que lhe seja externo. Notamos que essas duas críticas aceitam um *a priori* fortemente discutível (ao qual retornaremos): que a qualidade da observação seja ligada diretamente ao campo disciplinar do observador e não ao *tipo* de observações realizadas por este, as quais são independentes das qualidades do observador (jurista ou cientista social).

De modo complementar à distinção entre o olhar externo e o olhar interno, daremos atenção a outra distinção de Luhmann, a qual aparece em seu livro *Sociological Theory of Law* (1985)¹⁴. Nesta obra, Luhmann remete diretamente às dificuldades da Socio-

juristas, distância e, por vezes, desprezo das faculdades de direito com relação à intrusão sociológica”, trinta anos mais tarde, não teríamos avançado muito em nossa forma de conceber as relações entre o Direito e as Ciências Sociais (p. 67).

12. Dialogando com os trabalhos de Pierre Bourdieu, podemos descrever o sociologismo como a atitude daquele que observa o Direito adotando um ponto de vista completamente externo e que apreende o Direito como um simples reflexo direto das relações sociais, das relações de força existentes, das determinações econômicas e dos interesses dominantes (Bourdieu, 1986, p. 3). No mesmo sentido, Cotterell (1998) afirma o seguinte: “Sociology of law and socio-legal studies are sometimes declared unable to give insight into the nature of legal ideas or to clarify questions about legal doctrine. The idea that law has its own ‘truth’ – its own way of seeing the world – has been used to deny that sociological perspectives have any special claim to provide understanding of law as doctrine.” (p. 3).

13. Sempre tendo por referência os trabalhos de Pierre Bourdieu (1986), pode-se definir o juridismo como um modo de pensar “específico”, “completamente libertado do peso social”: “a ‘ciência jurídica’, tal qual a concebem os juristas [...] apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento não pode ser cumprido senão segundo a ‘dinâmica interna.’” (p. 3).

14. O pensamento de Luhmann sobre as relações entre o Direito e as Ciências Sociais evoluiu desde a publicação desta obra e foi retomado em escritos posteriores, notadamente em *Law as a Social System* (1993, traduzido ao inglês em 2004). Agradecemos a um dos avaliadores externos pela menção a este texto. Se Luhmann é para nós fonte de inspiração para pensar a relação entre o Direito e as Ciências Sociais, mais do que a opinião de Luhmann sobre a multidisciplinaridade, são úteis para construir nosso argumento os instrumentos de sua teoria. Desenvolveremos essa ideia na seção 4 deste texto.

logia do Direito quando da captação e da tematização do Direito como objeto de estudo¹⁵. A distinção proposta permite diferenciar dois tipos de Sociologias do Direito: a *Sociologia do Direito “com o Direito”* e a *Sociologia do Direito “sem o Direito”*.

As pesquisas sociológicas sobre o Direito “sem o Direito” são aquelas que, interessando-se por aspectos relacionados ao funcionamento do sistema jurídico, não tematizam de qualquer forma o Direito, seus conceitos, suas convenções, suas abordagens teóricas. No que se refere à Sociologia do Direito “com o Direito”, ela exige um esforço visando a tematizar o Direito *como tal*. Interessa-se esta outra Sociologia do Direito com a maneira por meio da qual o sistema jurídico se descreve e se auto-observa, a maneira segundo a qual ele leva em consideração o ponto de vista dos atores sociais, etc. Nesta perspectiva, o observador se interessa, por exemplo, pelas teorias do Direito e pelos autorretratos disponíveis no sistema jurídico, os quais provêm da teoria do Direito, da doutrina ou da jurisprudência. Uma Sociologia do Direito “com o Direito” busca assim a captar as convenções, os conceitos, as ideias, as teorias e os sistemas de ideias *do sistema jurídico*.

Qual é o interesse de praticar uma Sociologia do Direito “com o Direito”? Acreditamos que essa abordagem poderia contribuir para transformar a pesquisa em Direito por uma importante razão. Ela teria o poder de tornar interessante aos juristas pesquisas produzidas a partir de um ponto de vista externo e, em último grau, poderia contribuir à evolução “informada” de modelos normativos construídos a partir do ponto de vista interno. Ao mesmo tempo, isso nos levaria a olhar a partir de uma outra perspectiva a relação entre o Direito e as Ciências Sociais. A hipótese que desejamos enfatizar – e que tentaremos demonstrar por meio das considerações empíricas que seguirão – é que uma Sociologia do Direito “com o Direito” traz, para a evolução do conhecimento científico ou jurídico, “alguma coisa a mais” que não pode ser alcançada por uma Sociologia do Direito “sem o Direito”. Em outras palavras, ela dirige o olhar em direção às ideias, às formas de funcionamento, às

15. Luhmann (1985) propõe a seguinte questão: “Why is the sociology of law so difficult for sociologists?” (p. 2).

construções e às possibilidades que permaneceriam pouco visíveis numa outra abordagem. Não se trata portanto de hierarquizar esses dois pontos de vista, mas sim de apreciar – dentro de uma perspectiva de complementaridade – as diferentes contribuições que podem derivar de cada uma delas e seus respectivos limites.

Além dessas considerações mais teóricas, uma questão importante deve ainda ser levantada: como se articula uma pesquisa empírica desejando se inscrever abertamente no interior de uma Sociologia do Direito “com o Direito”? Para desenvolver essa questão, tomaremos como exemplo¹⁶ uma pesquisa empírica que realizamos recentemente – conforme a perspectiva de uma Sociologia do Direito “com o Direito” – tratando sobre os direitos humanos *do* sistema penal. Ainda que de maneira não detalhada, exporemos a seguir – naquilo que for essencial – a problemática que, naquela pesquisa, deflagrou nosso questionamento, o quadro teórico que elaboramos e a estratégia metodológica que adotamos para lidar com as questões de partida selecionadas.

3 Praticar a Sociologia do Direito “com o Direito”: o exemplo de uma pesquisa empírica sobre os direitos humanos do sistema penal

3.1. A problemática e as perguntas iniciais
No contexto de uma pesquisa empírica sobre a relação paradoxal entre os direitos humanos e o Direito Criminal, comprometemo-nos a melhor compreender aquilo que nos aparecia então como um enigma, ou ainda, como um impasse da reforma penal. Os contornos deste enigma podem ser captados a partir de uma série de questões presentes na origem de nossa reflexão. Se considerarmos a semântica dos direitos humanos como um recurso cognitivo e normativo potente, suscetível de fazer evoluir as estruturas e as

16. Utilizaremos de uma maneira muito restrita e pontual alguns dos dados. O objetivo aqui não é apresentar os contornos dessa pesquisa em particular, mas simplesmente ilustrar, de maneira concreta, o impacto das proposições epistemológicas que defendemos sobre a maneira de conduzir a coleta de dados e de realizar a análise.

ideias que circundam o direito de punir, como explicar, então – *a partir, certamente, de um ponto de vista que colocará em causa o papel do próprio Direito na atualização desta realidade* – que esta semântica não tenha produzido efeitos inovadores na forma de pensar a sanção penal e os modos de intervenção? O que, *no plano das estruturas e dos mecanismos internos do Direito* permitiria compreender esse fenômeno – ao menos sociologicamente intrigante – segundo o qual os direitos humanos, tal como se apresentam no interior das fronteiras do sistema penal, aparecerem na maior parte das vezes como direitos humanos “partidários”? Em outras palavras, como compreender que se trata de direitos que defendem uns (por exemplo, as vítimas) *contra* outros (ou seja, os acusados)? Como explicar sociologicamente essa incapacidade persistente e efetiva de levar em consideração os interesses de *todos* os participantes da esfera penal? E como produzir uma explicação que não perca de vista aquilo que, nesta dinâmica, se refere diretamente ao Direito, a seus modos de funcionamento e a sua “visão de mundo”? No interior de uma Sociologia do Direito “com o Direito”, como explicar que os direitos humanos *do* sistema penal, mais particularmente no domínio das penas, não parecem cumprir sua função de mecanismo de integração social? Como explicar, pelo contrário, que toda uma série de movimentos contemporâneos de defesa de direitos humanos (proteção de crianças, das mulheres, de pessoas com deficiência, de minorias sexuais, etc.) tem demandado penas severas, punitivas e geradoras de exclusão social – em nome dos direitos humanos? E finalmente – a questão mais neutra e geral por trás de todas as outras – de que maneira os direitos humanos foram recebidos e continuam a ser recebidos pelo sistema de Direito Criminal?

Nossas tentativas preliminares de resposta a tais questões nos dirigiram, em um primeiro momento, a um paradoxo aparente. Luhmann descreve o conceito de paradoxo como querendo indicar “um fenômeno de observação ou de descrição que consiste em que a aceitação de uma descrição implica a aceitação da descrição contrária” (Luhmann, 1989: 64). Nossa pesquisa pretendeu explorar justamente aquilo que nos parecia então como um dos paradoxos mais “intrigantes” da punição contemporânea: o fato de que os direitos humanos parecerem poder às

vezes limitar o direito de punir e favorecer a moderação das penas (menos penas para proteger a vida e a liberdade dos acusados) e legitimar o direito de punir e de favorecer a severidade das penas (mais penas para proteger a vida e a dignidade *das outras* pessoas). Quando os direitos humanos se encontram dentro do universo cognitivo, comunicativo e institucional do Direito criminal, eles parecem poder orientar o sistema penal em direções opostas, funcionando, ora como “normatividade crítica” (Delmas-Marty, 1997, p. 155), ora como “razão punitiva”.

3.2. A hipótese diretora e a abordagem teórica adotada

As pesquisas que anteriormente se dedicaram a este paradoxo tenderam a explicá-lo por meio de um conservadorismo por parte dos atores judiciários, ou por meio de certas transformações observáveis no sistema político (populismo penal, guinada à direita das políticas públicas, etc.). Por seu turno, de forma complementar a tais pesquisas, pretendemos compreender esse paradoxo colocando no centro o problema a estrutura cognitiva do próprio sistema jurídico (Sociologia do Direito “com o Direito”). Em outras palavras, estamos aqui interessado em suas ideias e teorias ou, melhor dizendo, tudo aquilo que constitui aquilo que se pode chamar de sistema de pensamento do sistema do Direito Criminal, descrito por Pires como “racionalidade penal moderna”¹⁷. Sem poder entrar em toda a complexidade da teoria da racionalidade penal moderna, gostaríamos de chamar a atenção sobre seu postulado fundamental de que as teorias da pena fundadoras do Direito Criminal moderno (retribuição, dissuasão, reabilitação na prisão e denúncia) deixam de lado, entre elas, algumas de suas disputas para institucionalizar um consenso em torno de três ideias centrais que fundam no momento, cada uma a sua maneira, uma certa concepção do direito de punir. Todas se posicionam, em primeiro lugar, de uma maneira a compreender a punição ou a intervenção penal como uma *obrigação* de punir (e não como uma simples autorização); todas sugerem que a “verdadeira” pena é uma pena *severa* (ou uma sanção que se estende no tempo); todas (sobre) valorizam as penas aflictivas (Foucault,

1975, p. 136) e/ou favoráveis à exclusão social.

Essas três ideias unificadoras de todas as teorias da pena da primeira modernidade impediriam o sistema de Direito Criminal tanto de se conceber fora da lógica da hostilidade como de modificar o modo de pensar suas formas de intervenção. Essas três ideias e as teorias às quais elas se vinculam exerceriam um papel chave, não apenas em relação à determinação da pena, mas igualmente em relação à possibilidade de instituir reformas significativas no plano dos princípios e dos objetos fundamentais do direito criminal moderno. Elas limitariam o espaço das possibilidades no plano da evolução e ao mesmo tempo restringiriam o pensamento e a tomada de decisões dos atores judiciários no que refere às normas de sanção. No que diz respeito a estas, essas teorias oferecem atualmente – cada uma segundo seus próprios motivos – o suporte cognitivo necessário à generalização da pena da prisão – considerada ainda hoje como a *pena de referência*, ao menos no plano simbólico, ou como “a forma essencial de castigo”, para retomar a formulação de Michel Foucault (1975, p. 136). A hipótese diretora de nossa reflexão sobre a questão da recepção dos direitos humanos no direito criminal é, com efeito, que essas mesmas ideias que compõem as teorias do Direito Criminal moderno (a teoria da retribuição, a dissuasão, a reabilitação no ambiente do cárcere e a denúncia) intervêm de maneira particular neste processo de recepção “paradoxal” da semântica dos direitos humanos no seio do sistema penal e influenciam negativamente a evolução deste sistema social em direção a configurações mais *garantistas no que se refere a normas de sanção*. Em outras palavras, a hipótese é que as teorias modernas da pena se tornaram verdadeiros “obstáculos epistemológicos” (Bachelard, 1938, p. 13) à inovação (cognitiva) no que se refere à maneira de conceber os modos de intervenção e as penas, impedindo assim o desenvolvimento dos direitos humanos *garantistas* no âmbito da determinação da pena.

3.3. Algumas notas metodológicas

De um ponto de vista empírico e metodológico, esta pesquisa se sustenta sobre entrevistas qualitativas realizadas com atores judiciários que atuam no interior de organizações centrais do sistema jurídico,

17. Para maiores informações sobre a teoria da racionalidade penal moderna, ver Pires (1998, 2001, 2004) e Pires & Garcia (2007).

a saber, os tribunais (Luhmann, 2004, p. 293). Foram entrevistados promotores e juízes (Cortes de Primeira Instância e Cortes de Apelação, incluindo a Corte Suprema do Canadá). O recurso aos pontos de vista desses profissionais do Direito como campo de observação para a constituição de um corpo empírico nos parecia pertinente porque se pode hipoteticamente considerar que os juízes (no exercício de seu poder discricionário) e os promotores (a quem cabe a tarefa de propor ou de recomendar ao juiz a sanção justa e boa) são os atores mais bem localizados para reconhecer e fazer intervir (ou não) os direitos humanos como um critério decisório válido no processo de determinação da pena. Isto se tornou ainda mais relevante com o aumento do poder desses atores judiciários na determinação do Direito depois da constitucionalização e da judicialização dos direitos humanos (Luhmann, 2004, p. 279). A escolha de recorrer ao ponto de vista dos atores judiciários foi também uma forma de respeitar o compromisso de praticar uma Sociologia do Direito “com o Direito”. Utilizamos assim um método “clássico” em Ciências Sociais (análise qualitativa centrada em entrevistas semiestruturadas), mas privilegiamos uma abordagem epistemológica inovadora ao explorar, segundo as recomendações de Pires (2004b), a possibilidade de realizar “entrevistas com os sistemas” (e não com os atores). Essa maneira de proceder nos levou à formulação de três proposições epistemológicas, a serem aqui enfatizadas.

4 Abrir novos horizontes para a pesquisa empírica sobre o Direito: três estratégias promissoras

4.1 O “descentramento” do sujeito como estratégia criadora de novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica sobre o Direito

A abordagem epistemológica escolhida para ancorar nossa pesquisa nos obriga a efetuar um deslocamento, designado como “descentramento” do sujeito. Como explica Teubner, essa escolha teórica e epistemológica é exigente, ela nos obriga a

romper a fixação da sociologia empírica do di-

reito na psicologia dos atores, na “perspectiva exclusivamente interna dos atores”; a fim de a tornar mais permeável às características estruturais dos sistemas sociais, dos discursos, dos processos comunicativos, ou seja, às características das configurações sociais autônomas, qualquer que seja sua denominação (Teubner, 1996, p. 127).

O “descentramento” do sujeito nos convida a buscar as respostas a nossas perguntas fundamentais na historicidade do sistema, ou seja, mais em suas estruturas cognitivas do que na psicologia dos atores. Não se trata aqui de personificar os sistemas, mas de reconhecer que estes têm um ponto de vista e uma perspectiva tanto sobre eles próprios quanto sobre o seu ambiente – independentemente dos pontos de vista que podem se manifestar na consciência dos atores. Para Teubner (1989), o Direito não escapa das implicações deste posicionamento:

Institutions such as law “do think” independently from their members’ minds. The law autonomously processes information, creates worlds of meaning, sets goals and purposes, produces reality constructions, and defines normative expectations—and all this quite apart from the world constructions in lawyers’ minds (p. 739)

Quais são as implicações disso? Essa abordagem nos convida a mudar o ponto de observação da análise, a fim de fazer emergir um “algo a mais” a que nos referimos mais acima. A abordagem deve assim poder contribuir a lançar um pouco de luz sobre os pontos cegos que uma análise centrada sobre o indivíduo não permite levar em consideração. Estamos diante de duas possibilidades de observação que repousa sobre dois níveis de observação *distintos*: o nível do sistema social e o nível dos sistemas psíquicos (consciência dos atores, dos indivíduos). Eles podem ser representados na *Figura 1*.

A adoção da abordagem por nós privilegiada – descentrar o sujeito para se recentrar sobre o sistema - exige uma estratégia de observação diferente de uma abordagem centrada sobre o ponto de vista dos atores. Ela conduz a resultados diferentes daqueles que nos se-

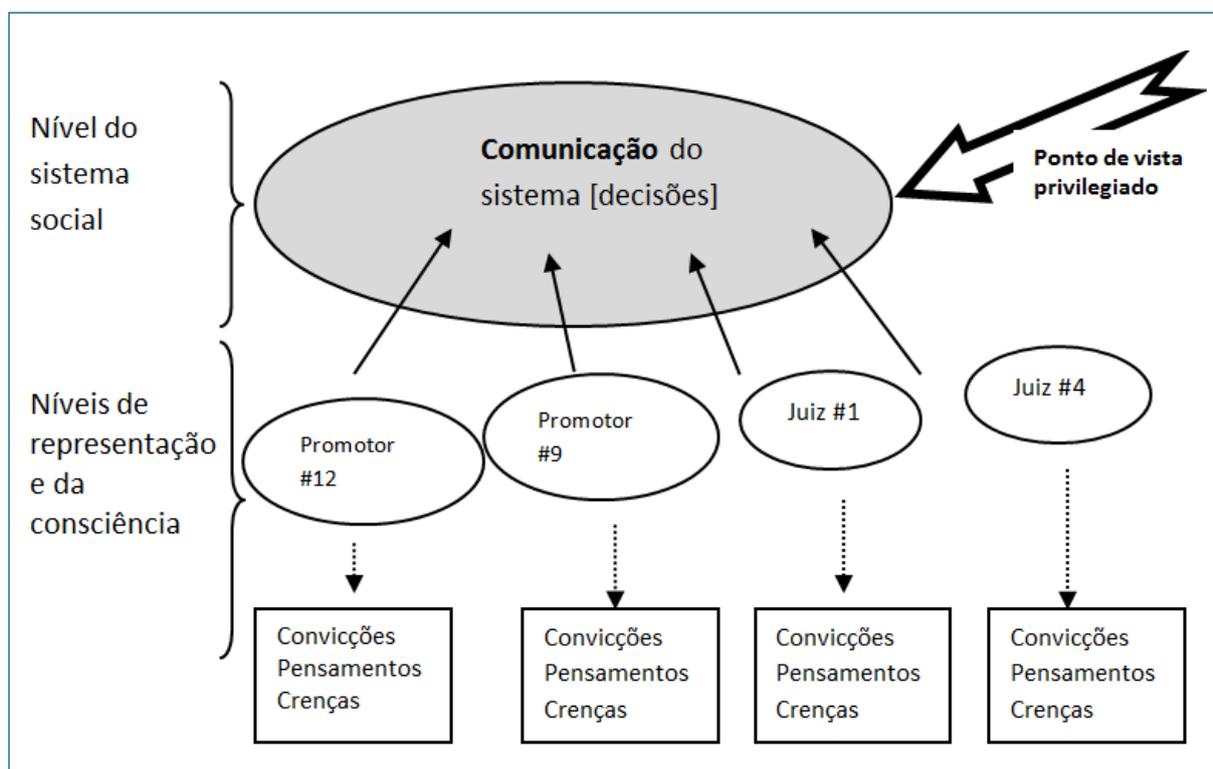


Figura 1. A comunicação como nível de observação privilegiado da pesquisa

riam dados dentro de uma abordagem mais clássica. A parte a seguir precisa as implicações desta abordagem.

4.1.1 Ilustração empírica do interesse de uma observação que obedece ao postulado epistemológico do “descentramento” do sujeito: a determinação da pena, “human process” e/ou “systemic process”?

Para frisar o contraste entre a abordagem que privilegamos e a clássica, mencionamos a pesquisa realizada por Hogarth (1971) sobre a determinação da pena, *Sentencing as a Human Process*. Pode-se considerar esse trabalho como um estudo que privilegiou como unidade de análise mais o “discurso” dos atores do que a “comunicação” do sistema. A pesquisa de Hogarth é um bom exemplo comparativo com relação à nossa, ao menos por três razões: (i) trata-se de um estudo clássico e pioneiro no nicho de pesquisas que *levam em consideração as teorias da pena no processo de determinação da pena*, (ii) a realização do estudo se fez em *colaboração com juízes canadenses, numa abordagem abertamente empírica*, e finalmente (iii) essa pesquisa, como a nossa, *privilegiou a interdisciplinaridade*.

O objetivo principal da pesquisa de Hogarth consistia em examinar “empirically the sentencing process in the normal course of the court’s work, including all

the factors that precede the actual disposition by the court of individual cases” (Edwards, 1971, p. vi). Inúmeros fatores foram analisados, de forma a estabelecer relações estatísticas: a idade dos magistrados, o estado civil, o grupo religioso a que pertencem, a posição social, as crenças, as atitudes judiciais, a “cognitive-complexity” do pensamento no processo de determinação da pena, etc. (Hogarth, 1971, p. 399). Um dos elementos que foi considerado central na pesquisa – e que nos interessa mais particularmente aqui – foi supor hipoteticamente uma relação entre a pena escolhida e filosofia penal *do magistrado*. A influência das teorias da pena foi efetivamente considerada, mas no plano individual: essas teorias foram percebidas como teorias *dos atores*. Perceba-se como o próprio Hogarth (1971) indica ser esse o objetivo primeiro de sua pesquisa:

This is a study of the sentencing behaviour of magistrates. [...] The research described did not begin with a theory of judicial behaviour, but rather with a set of questions and several explicit assumptions about where their answers might be found. Guided by these questions and assumptions the study was initiated with an attempt to gain familiarity with magistrates, their world, and their way of making decisions. The

first objective was to penetrate beneath the formal justification for sentencing, as expressed in reported cases, in order to understand the “inside story” or “meaning” of sentencing as magistrates themselves experience it in their everyday world. (p. 15)

Esse tipo de proposta é relativamente comum nas pesquisas qualitativas que buscam em diferentes graus ultrapassar as razões expressas ou explícitas, e que assumem como missão fazer emergir as razões implícitas, latentes, escondidas, as únicas capazes de explicar “realmente” – acredita-se – o comportamento dos atores. Aquilo que Hogarth denomina justificações formais – que, *de um ponto de vista construtivista*, se aproximariam das motivações institucionais – são desqualificadas como objetos de pesquisa legítima. A observação de instituições formais perdera sua pertinência – para não dizer, sua legitimidade (Haan, 1990) – e, poderíamos dizer, de maneira provocativa, que a Sociologia do Direito e mesmo a Sociologia Construtivista do Desvio operaram um descentramento *do sistema*.

Mas o que aconteceria se se descentrasse, não o sistema, mas o sujeito? Que podemos extrair de uma análise empírica quando ela descentra o ator para considerar a comunicação como fenômeno propriamente social e autônomo? Podemos então melhor captar, por exemplo, a que ponto é importante distinguir as crenças subjetivas dos atores e “aquelas” *do sistema*. Essa distinção tem implicações teóricas e epistemológicas importantes sobre a maneira de observar o Direito, tanto de um ponto de vista empírico, como de um ponto de vista teórico. A distinção na qual insistimos aqui é de outra maneira retomada e aceita como tal pelos próprios atores: o efeito sistema, para eles, é inegável – vale dizer, determinante. Isso implica que eles distinguem as crenças do sistema das suas próprias. Isso é testemunhado pelos dois excertos a seguir, retirados de nossas entrevistas:

[Juiz # 21¹⁸, Canadá] Mas o juiz não pode senão

18. Nosso posicionamento epistemológico – descentrar o ator – é uma das razões que justificou a escolha de não utilizar pseudônimos na análise. O caráter “não personalizado” dos excertos reproduzidos na análise deveria constantemente poder nos servir de lembrança com relação às implicações epistemológicas de nosso

aplicar os fatores que a lei prevê para determinar uma pena. O juiz não pode agregar a tais fatores sua própria concepção da sociedade. Não é isso que se espera de um juiz. [...] O juiz não está lá em nome de suas opiniões pessoais. Não nos preocupamos com as opiniões pessoais. Ele está lá para resolver os debates à luz do Direito.

[Juiz # 8, Canadá] [Se] se conversa entre amigos, pode ser que seja outra coisa. Eu posso dizer “Ah, não estou de acordo com tal espécie de pena, ela é muito severa, eu não estou de acordo com o Governo atual porque, deste modo, apertamos demais o parafuso, etc.”, como qualquer outro cidadão. Mas quando eu recolo minha toga judicial, não é a mesma coisa. Neste momento, eu devo remover tais considerações de meu espírito.

Do ponto de vista da comunicação, esses dois excertos ilustram claramente que há expectativas normativas vinculadas ao sistema, as quais se associam a uma específica concepção do papel do juiz ou do promotor. Os efeitos da diferenciação funcional são, por outro lado, bem visíveis: cada um “sabe”, enquanto indivíduo, que para poder participar da comunicação *do sistema*, nem tudo o que se é e se pensa é sempre pertinente em todo lugar; ao menos não do ponto de vista dos sistemas que nos observam. Cada um “sabe” que, para poder se comunicar, deve-se falar a “linguagem” *do sistema*, produzir *para o sistema* “informação pertinente” e não “ruído” – o que não impede evidentemente que considerações mais pessoais, como as percebidas por Hogarth, não possam intervir. Contudo, o que se deve ver aqui é que, *do ponto de vista do sistema*, tais considerações não podem fundar *no Direito* uma decisão *juridicamente válida*. Outras considerações de outra ordem, uma ordem propriamente sistêmica, são portanto necessárias para o funcionamento “normal” do sistema. São justamente estas “outras considerações” que são o objeto de indagações por parte de uma Socio-

método. Enquanto socióloga do Direito formada no interior de outra tradição epistemológica, a atração pelo ponto de vista subjetivo é forte e frequente: somos por vezes tentados a atribuir o sentido de um excerto a um ator em particular. Tentamos, na medida do possível, controlar a distância, mas é possível que nem sempre o tenhamos conseguido.

logia do Direito “com o Direito”: são essas constrictões comunicativas sistêmicas que enquadram o discurso dos atores precisamente naquilo que se pretende captar com uma tal Sociologia do Direito.

Essas últimas observações não vêm não por em dúvida as análises de Hogarth sobre o processo da determinação da pena como um “human process”, mas, antes, identificar qual o nível de observação: a determinação da pena é, certamente, um “human process”, em um nível “micro”, mas, em um nível “macro”, como indica nossa análise empírica, há a influência de um sistema de pensamento que nos leva a observar a determinação da pena como um “systemic process”.

Colocando-nos em uma perspectiva que é diferente da de Hogarth, não podemos ignorar a questão das teorias da pena e, ainda que elas sejam justificativas formais, elas detêm *em si* uma significação de fundamental importância no processo decisório que nos interessa. Com efeito, é apenas por meio da utilização “em cadeia” de tais justificativas formais que as comunicações do sistema se vinculam umas às outras e podem assim continuar a ser consideradas e reforçadas – justamente em razão dessa reprodução discursiva – como justificativas legítimas – “legítimas”, aqui, certamente, *do ponto de vista do sistema*. Consideradas legítimas pelo sistema, elas entram assim dentro de um processo de *reciclagem cognitiva* potencialmente perpétua, no interior do qual elas podem ser mobilizadas como materiais propriamente jurídicos, os quais permitam orientar juridicamente as operações do sistema.

Poder-se-ia supor, como um contra-argumento, que as motivações pessoais dos atores estão em sintonia com as motivações institucionais do sistema. Poder-se-ia falar, então, de uma situação na qual “o indivíduo se sente como incarnando seu papel”, isto é, na qual “em resumo, o indivíduo é aquilo que ele faz” (Martuccelli, 2002, p. 209). A adesão é possível, mas se deve reter aqui, sobretudo, que tal adesão *não é absolutamente uma condição necessária à reprodução do sistema*. O que é uma condição necessária para a reprodução do sistema é a continuação da comunicação *do sistema*. Que os atores adiram ou não ao que é representado pela comunicação não tem importância do *ponto de vista do sistema*: o que importa é que os indivíduos

continuam a suportá-la – independentemente do que eles possam pensar individual e pessoalmente. Isso quer dizer que um ator judiciário poderia motivar uma pena com base na teoria da dissuasão, por exemplo, mesmo sem compartilhar da crença sobre ela? É isso o que sugere a teoria dos sistemas e é também o que podemos observar empiricamente:

[Promotor # 12, Canadá] Não acredito na dissuasão. Sou um pouco atormentado. Eu me sirvo dela para argumentar, para tentar aumentar uma causa. Ou direi: “Dissuasão! Precisamos dela!”. Se aquele indivíduo a merece mais, eu direi: “Dissuasão integral!”. Vocês irão ouvir as palavras sair de minha boca. Mas, normalmente, eu não acredito nela.

Deve-se lembrar aqui, à luz desta última comunicação, da importância da advertência de Teubner (1996, p. 126) quanto à necessidade, para a Sociologia do Direito, de “levar em consideração o abismo que separa as motivações psicológicas da comunicação social”? Pode haver de fato todo um mundo que separe a comunicação do sistema e as opiniões subjetivas dos indivíduos, todo um mundo entre a cognição social das teorias da pena e aquela dos indivíduos. Mas a partir do momento em que os indivíduos aceitam – apesar de tudo e *independentemente sua subjetividade* – apoiar a comunicação social – e é este ponto que pretendemos ressaltar – a diferença que separa esses mundos não põe problema algum *do ponto de vista do sistema*: ela não impede a continuação da comunicação, nem a reprodução do sistema por meio de seu sistema de pensamento dominante.

O descentramento do sujeito nos convida a tentar captar quais são – independentemente da trajetória dos indivíduos, do seu gênero, sua educação, etc. – as condições cognitivas, ou as estruturas sistêmicas “já presentes” que permitem aos atores comunicar um sentido em vez de outro, isto é, de emitirem uma comunicação, por exemplo, em favor sanções aflitivas e/ou geradoras de exclusão social, em vez de sanções alternativas menos hostis. Ao descentrar o sujeito para problematizar aquilo que é o sistema, surge, com relação ao tema mencionado, a possibilidade de problematizar de modo pertinente o que são as teorias da pena e a racionalidade penal moderna

como sistema de pensamento dominante do Direito Criminal moderno: os atores passam, as ideias permanecem e a comunicação se estabiliza. Recebe “destaque” (Chenail, 1995) no tipo de pesquisa que propomos a *comunicação* do sistema, e não as trajetórias da vida do ator. Dito de outra forma, enfatizam-se as estruturas do sistema de pensamento, e não as estruturas das consciências individuais.¹⁹

Evidentemente – é isso que nos falta tratar – esse tipo de pesquisa terá implicações no plano metodológico, mais particularmente no que se refere à coleta de dados e à análise. Por exemplo, na abordagem que privilegamos, uma vez que o ponto de vista pessoal do ator não é determinante para o sentido da comunicação, torna-se ele sociologicamente menos significativo para a análise. Luhmann (2002) precisa:

[...] when you observe a process of communication, you must know the preceding communication, perhaps also the themes, and what one can meaningfully say about it. Generally, you do not need to know the structures of the individuals “consciousness”. (p. 165).

Nesse sentido, por não ser mais necessário conhecer as estruturas das consciências individuais para captar a comunicação sistêmica, elas não serão buscadas aprioristicamente para a coleta de dados. A coleta de dados visará à comunicação do sistema – o que suscita a questão de saber como operar

19. Lembre-se de que a teoria dos sistemas não foi, de forma alguma, a primeira a fazer a escolha epistemológica de descentrar o sujeito. A esse respeito, pode ser útil retomar alguns enunciados de Émile Durkheim (1897, p. 648): “Cremos ser fecunda essa ideia de que a vida social deve se explicar, não pela concepção daqueles que dela participam, mas pelas causas profundas que escapam à consciência”. Becker indica que Claude Lévi-Strauss (1964, p. 20) teria proposto tal método: “By abandoning a subject-centered perspective, he intended ‘to show not how men think in myths, but how myths think themselves in men, and without their being aware of it!’”. Segundo Gunther Teubner (1996, p. 181), o próprio Michel Foucault construiu o conceito central de discurso, liberando-o de qualquer fundamento transcendental ou psíquico: “o ser humano não está mais na origem do discurso, mas, pelo contrário, é o discurso que produz o ser humano como artefato semântico”. Em resumo, no lugar de conceber a proposição de Luhmann como uma simples provocação, pode-se também o considerar como o resultado ou a consagração de uma reflexão que teria já sido iniciada por um bom número de precursores que, antes dele, haveriam percebido o mesmo problema.

metodologicamente tal coleta de dados²⁰. A questão é colocada diferentemente: podemos interrogar os sistemas sociais?

4.2 A “comunicação” do sistema como ponto de ancoragem para a observação empírica por meio de entrevistas qualitativas: “podemos interrogar os sistemas sociais?” (Pires)

Em 2004, no interior de uma reflexão sobre a pesquisa qualitativa e o sistema penal, Álvaro Pires (2004) apresentou a questão de saber se “a entrevista pode [...] contribuir *de um modo mais* direto ao conhecimento das organizações e dos sistemas sociais?”. Pires apresentou a hipótese que “não demos lugar suficiente, nas pesquisas por entrevistas, ao exame dos sistemas sociais em si, ou seja, sem relação direta com os atores nem tampouco apoiada neles” (p. 175). Na época em que Pires publicou seu texto, tratava-se de uma aposta que não havia sido ainda testada empiricamente. Seduzidos pela possibilidade de lidar com tal desafio e estimulados igualmente pela estranheza da proposição metodológica²¹, decidimos por aplicar as sugestões de Pires a nossa pesquisa.

Tratava-se, assim, para nós, seguindo as orientações de Pires, de abandonar um caminho emprestado de um grande número de pesquisas empíricas sobre o Direito, para nos concentrarmos sobre o sistema social e suas *comunicações*. Desse modo, a entrevista com os atores era apenas um ponto de apoio para observar o ponto de vista do sistema. A “comunicação” do sis-

20. O descentramento do sujeito é uma estratégia que pode ser utilizada em conjunto com diferentes metodologias e técnicas. No interior de nossa pesquisa, esse ponto de partida epistemológico foi elaborado no quadro de uma metodologia qualitativa que fez uso de entrevistas semiestruturadas. A questão de saber se tal postura é útil em outros tipos de pesquisa, fundadas, por exemplo, sobre a análise de documentos ou sobre a observação participante, resta ainda em aberto. Parece-nos *a priori* difícil conciliar este posicionamento epistemológico com uma pesquisa baseada sobre histórias de vida, por exemplo. Nesse sentido, o objeto de pesquisa tem sempre uma palavra a dizer em relação às teorias, epistemologias, metodologias e técnicas a serem mobilizados. Sobre esse tema, ver Pires (1995, p. 55).

21. A proposição de Pires foi ela mesma inspirada diretamente pelo ponto de partida epistemológico que acabamos de expor, a saber, o da teoria dos sistemas de comunicação e o das contribuições epistemológicas de Michel Foucault, as quais ocupavam, no plano teórico, um lugar importante em nossas pesquisas.

tema foi portanto o ponto de ancoragem selecionado para a observação sociológica. Desde então consideramos que por meio da comunicação – necessariamente apoiada pelos atores – um sistema social se autodescreve, se pensa e se reproduz independentemente das subjetividades individuais. De acordo com essa visão das coisas, é a comunicação (do sistema) que produziria as condições de formulação do discurso²² (do ator) e não o ator que, por si só, criaria tais condições. A comunicação do sistema é o terreno a partir do qual o sistema de pensamento – sendo o que nos interessava mais particularmente o da “racionalidade penal moderna” – pode ser captado empiricamente.

O material discursivo assim extraído das entrevistas foi tratado como um conjunto de “autodescrições” do sistema de Direito criminal, como comunicação do sistema social ao qual o ator está “discursivamente” associado. Por meio do discurso dos atores, embora independentemente de sua consciência subjetiva, é o sistema social quem se reproduz – e ele se reproduz *live*, durante a entrevista, no face à face com os atores judiciários. Concebemos assim as entrevistas de nossas pesquisas como entrevistas “reflexivas”, as quais permitiriam captar mais os sistemas de ideias do que as representações próprias dos atores. Contrariamente ao que uma tradição metodológica tinha por hábito prescrever para o método qualitativo, não nos interessamos por explorar os recursos ligados à subjetividade dos atores. Não partimos à busca dos mesmos “dados”, nem colocamos a ênfase sobre o mesmo tipo de relações causais ou explicativas. Não se mostrou pertinente, por exemplo, centrar a análise (ou as questões de guia da entrevista) sobre a trajetória de vida do magistrado, a fim de explicar suas decisões com base nesta orientação. O descentramento do sujeito nos convida, em um contexto de entrevistas de pesquisa, a nos centrar no sistema, em sua historicidade, em suas ideias, e, deste modo, a levar em consideração a comunicação social que subjaz “por trás” dos atores, por assim dizer. O elo causal é invertido: o sentido do discurso do ator é especificado no interior de um espaço de possíveis, o qual é dado por esquemas de observação do sistema, isto é, por suas estruturas cognitivas, suas ideias, suas teorias. O ator

22. Discurso entendido aqui no sentido largo de proposições ou de enunciados; não nos referimos aqui ao conceito de Michel Foucault.

é o suporte empírico da comunicação, ele está atrás do enunciado – mas o que é colocado à frente pelo ator é propriamente social. A comunicação é com efeito uma operação tipicamente social, autônoma em relação às consciências dos indivíduos.²³

O pesquisador em uma situação de entrevista se concentra sobre as condições de formulação das ideias, sobre as “rotinas”²⁴ cognitivas ou discursivas valorizadas, estabilizadas, consideradas como sendo as mais legítimas ou as mais “aceitáveis” pelo sistema. O pesquisador busca mais uma rede de comunicações do que a subjetividade de seu interlocutor, ele está atento às razões que fazem com que qualquer ator possa adentrar na mesma rede de comunicação, independentemente de sua singularidade. O pesquisador está sensível ao fato de que um magistrado pode se aposentar e ser substituído por outro magistrado que defenda relativamente as mesmas ideias ou que as conteste a partir de “argumentos-tipo”. As ideias do sistema são a condição de produção dos discursos do ator. Nessa perspectiva, a trajetória de vida do ator, ou mesmo a influência do político no ambiente do Direito, são sem dúvida realidades que influenciam certos processos no funcionamento normal do sistema jurídico. No entanto, desconsiderar o “algo a mais” propriamente sistêmico – no nosso caso, as ideias associadas às teorias da pena e a influência delas sobre as operações “redundantes” desse sistema social, pode limitar nossa compreensão sociológica do problema atual da evolução do sistema

23. Para a teoria dos sistemas, as explicações que podem nos ajudar a melhor descrever o “comportamento” dos sistemas não podem se encontrar senão no interior do próprio sistema. Como consequência, elas não podem emergir das consciências individuais que, por sua vez, se desenvolvem, de fato, se seguirmos a teoria dos sistemas, *dentro do ambiente do sistema*.

24. O termo é de Seidl, mas nós o utilizamos de maneira suficientemente livre, adaptando-o a nossa proposta. Para Seidl (2005), as rotinas cognitivas são “particular types of *decision premises*. They refer to the way in which the environment is conceptualised by the organization” (p. 405). Utilizaremos essa expressão para indicar certas tendências comunicativas ou discursivas que podem ser descritas como recursivas e redundantes. Nesse sentido, utilizamos o conceito de “rotina cognitiva” para designar os caminhos e os espaços cognitivos (ou as ideias) no interior das quais se situam espontânea e discursivamente os atores quando se lhes solicita mencionar um tema ou refletir sobre ele. Essas formas recorrentes ou caminhos emprestados para a repetição fizeram aparecer tendências comunicativas que pareciam, uma vez atualizadas, limitar “o espaço de variação” da comunicação.

de Direito Criminal moderno.

A análise do material empírico retirado das entrevistas de pesquisa – a título de comunicação do sistema – apresenta, através da emergência desse “algo a mais”, vantagens para o avanço do conhecimento sociológico, mas também vantagens para os próprios atores que participaram da pesquisa. Retorna aqui a distinção que utilizamos acima entre o conhecimento sociológico que, para o Direito, se apresenta como “ruído”, e aquele que, pelo contrário, pode ser entendido como “informação”. As vantagens em questão derivam do tipo de análise que será realizada sobre os dados coletados: no quadro dessas entrevistas reflexivas inspiradas pela epistemologia da teoria dos sistemas, a análise consiste em evidenciar, em relação a um sistema social dado, as distinções colocadas à disposição dos atores para os levar a observar a “realidade” de uma maneira, em vez de outra. A ênfase nessas distinções implica evidenciar as faces que as constituem e, assim, evidenciar a contingência que caracteriza sempre o fato de privilegiar mais uma face do que a outra: por exemplo, a contingência que caracteriza a escolha entre uma pena de prisão e uma pena que não seja de prisão. Luhmann, citado por Graf (2010), explica o alcance da contribuição:

Analysing interviews in the light of systems theory means relating the interview statements to the observer by making the distinctions guiding their descriptions. This method is not aimed at analysing causal relations, but at illuminating latent structures and functions of the observation strategies, and it clarifies the preferred relational observation patterns when communicating an issue. Thus, the method does not simply copy or duplicate the viewpoint of the informants; but it does undergo a process of both reduction and an increase of complexity, which is not observable for the informants themselves in the communication process (Luhmann, 1984, p. 88).

Nossos resultados de pesquisa mostram, com efeito, que as entrevistas assim concebidas podem ser particularmente “úteis” ou informativas, não somente para o avanço do conhecimento sociológico, mas também para o próprio Direito, para o seu desenvolvimento. De fato, as entrevistas reflexivas levam os

atores a observar o que permanece frequentemente na sombra das distinções que eles utilizam para poder observar. Em outras palavras, tais entrevistas expõem as “rotinas cognitivas”, as ideias fixas, os obstáculos cognitivos a ideias alternativas, as teorias práticas com as quais os atores trabalham – frequentemente sem distanciamento crítico, ou mesmo sem poder perceber as restrições trazidas por esses elementos no que se refere à maneira de os atores interpretar ou inventarem o Direito. Eles podem então ver toda a contingência que se encontra no fundamento das categorias jurídicas e se inserir em um movimento de desontologização das “realidades” jurídicas ontologizadas – o que, como veremos na seção seguinte, pode favorecer o surgimento de inovações.

4.3 A “dessubstancialização” das categorias jurídicas como condição de possibilidade do olhar externo e da pesquisa multidisciplinar sobre o Direito

A terceira estratégia que nos parece importante e heurística para abrir novos horizontes epistemológicos e empíricos para a pesquisa em Direito consiste naquilo que denominamos aqui de um esforço de “desontologização” ou de “dessubstancialização” das categorias e das noções jurídicas. Como teremos a oportunidade explicar melhor nas seções seguintes, essa estratégia surge aos nossos olhos, tanto como uma condição de adoção de um olhar externo, como uma condição de pesquisa multidisciplinar em Direito. Antes de chegar a tal conclusão, é importante explicitar em que consiste a “dessubstancialização” das categorias jurídicas. Tratar-se-á, aqui também, de considerar as possibilidades que se abrem concretamente para a pesquisa empírica em Direito quando se adota tal postura epistemológica.

4.3.1 Aplicação do método de “dessubstancialização” das categorias jurídicas ao conceito de “direitos humanos”: ilustração empírica

A demonstração deste procedimento se apoia sobre o trabalho que realizamos quando, em nossa pesquisa, precisamos construir *sociologicamente* o conceito de “direitos humanos”.

Podemos dizer que, tanto para o jurista, como para o não-jurista, os direitos humanos sempre pareceram

problemáticos em virtude de sua fluidez, de sua indeterminação, de seu caráter aberto e de sua difícil institucionalização. Os direitos humanos são tomados com uma profunda ambiguidade conceitual: eles são mais políticos ou mais jurídicos? Eles são mais morais do que jurídicos? Em resumo, um dos problemas maiores encontrados durante nossa pesquisa foi o de investir teoricamente o conceito de “direitos humanos” como categoria jurídica e de mobilizar instrumentos que permitissem sua observação *sociológica*.

Esse método nos pareceu um ponto de passagem obrigatório, uma condição *sine qua non* da possibilidade de observação. Essa necessidade de construir um conceito sociológico de “direitos humanos” surge efetivamente do problema que encontra o observador, a cada vez que ele deve dizer o que são esses direitos. Assim, dependendo do ângulo de observação, podemos nos unir a Hart e conceber os direitos humanos como uma semântica da moral (Sen, 2004, p. 20). Podemos também alterar o ângulo e reconhecê-los como demandas propriamente jurídicas, como “leis em espera” ou como fundamentos para a adoção de uma lei (Sen, 2004, p. 20). Podemos ainda, sob outro ângulo, seguir Peces-Barbes Martinez, unir as perspectivas precedentes e afirmar que “os direitos do homem exprimem tanto uma moralidade fundamental, como uma legalidade fundamental” (Peces-Barbes Martinez, 2004, p. 35). Se modificarmos mais uma vez o ângulo, reuniríamos outros pontos de vista segundo os quais os direitos humanos são concebidos “as primarily ethical demands” e, nesse sentido, “they are not principally ‘legal’, ‘proto-legal’ or ‘ideal-legal’ commands” (Sen, 2004, p. 7). Finalmente, aproveitando-se de toda essa confusão, poderíamos dizer que os direitos humanos são discursos que não têm um ponto de ancoragem específico e que se apresentam mais como “loose talk” (Sem, 2004, p.1-2).

Aqui está a complexidade que caracteriza o objeto e, igualmente, a dificuldade que ele coloca no plano da observação sociológica: tanto para o jurista, como para o cientista social, os direitos humanos aparecem como direitos *confusos*.

Para sair desse impasse, mobilizamos um instrumental teórico e epistemológico da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, isto é, a distinção “*medium*/forma”.

Luhmann nos convida a analisar os conceitos, como *media*, sendo que estes podem se conceber como envelopes no interior dos quais colocamos as palavras, as ideias. Esses envelopes não têm destinatários, eles são generalizados e inúmeros sistemas podem se referir ao conteúdo deles. Em seu conteúdo, o envelope não oferece uma construção pré-fabricada de sentido: cabe antes ao sistema que seleciona o conceito a tarefa última de selecionar as possibilidades de sentido, as formas que a ele serão atribuídas.

Assim, as formas – como determinação de sentido – “are always stronger and more assertive than the medium [o qual é mais flexível, mais aberto]” (Luhmann, 2000, p. 105). As formas representam somente uma possibilidade entre outras, elas são sempre o fruto de seleções contingentes e, dessa forma, “all forms appear accidental” (Luhmann, 2000, p. 105). Nenhuma determinação de sentido conforme uma forma elimina as “remaining possibilities contained in the medium” (Luhmann, 2000, p. 105). De fato, se, em relação ao *medium*, a possibilidade de sentido selecionada atualiza uma *forma* determinada, um retorno ao mesmo *medium*, operado pela mesma entidade ou ainda por outra entidade, não exclui a possibilidade de construção de outras formas²⁵. O que não significa, por outro lado, que o *medium* seja inesgotável, ou que se possa estender sua elasticidade ao infinito: os *media*, “since they consist of elements, [...] are nonarbitrary [and] impose limits on what one can do with them” (Luhmann, 2000, p. 105). Isso dito, considerar-se-á entretanto que “their arsenal of possibilities is generally large enough to prevent fixation on a few forms” (Luhmann, 2000, p. 105).

Esse instrumento da teoria dos sistemas nos permitiu observar como o sistema de Direito criminal atualizou de diferentes maneiras (formas) os direitos humanos. A perspectiva da teoria dos sistemas nos convida a considerar a semântica dos direitos humanos como uma semântica generalizada, a qual pode inspirar diferentes maneiras de “por em forma” (diferentes “*mises en forme*”) nos diferentes sistemas

25. De outro modo, a formalização operada por uma entidade dada não impede também que essa mesma formalização possa ser reflexivamente realizada como meio, seja pela entidade ela própria, seja por outra entidade.

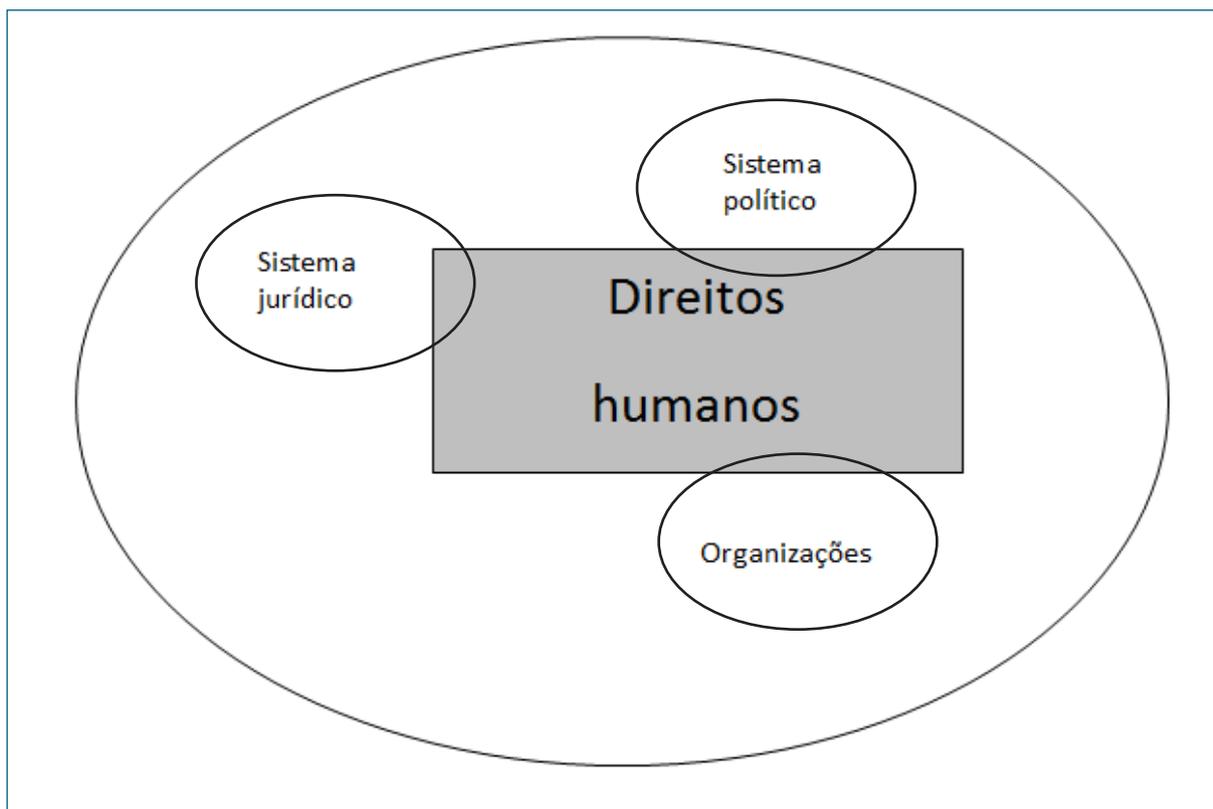


Figura 2. A transversalidade dos direitos humanos

sociais. Ela está também presente no ambiente de todos os sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Surge, nesse quadro, o caráter “policontextual” dos direitos humanos, ideia que podemos representar com a ajuda da *Figura 2*.

Assim representados enquanto uma semântica generalizada, os direitos humanos podem a qualquer momento ser selecionados por diferentes sistemas sociais que poderão deles se (re)apropriar levando em consideração a função enquanto sistemas sociais e também a sua identidade. Assim, dentro desta policontextualidade, poder-se-á observar o fato de que os direitos humanos são políticos para o sistema político, do mesmo modo que são jurídicos para o sistema jurídico. O sistema que seleciona (isto é, o sistema que integra) é também aquele que “põe em forma” e que confere às ideias selecionadas um sentido particular²⁶. Em outros termos, o sistema que

recebe determina o sentido dessa recepção. Não há lugar para debater sobre o sentido “verdadeiro” do objeto “policontextual”, nem para se perguntar em definitivo quem tem razão, quem se aproxima mais da verdade ou da essência dos direitos humanos: o político, o jurídico, ou ainda outro sistema social integrador? A questão não é mais a de saber *o que são*, em última instância, os direitos humanos, mas antes de saber – dentro de uma perspectiva de dessubstancialização radicalmente construtivista e emancipada de toda ontologia – o que “são” os direitos humanos *do ponto de vista do sistema que os observa e que os “põe em forma”*.

Como sublinha Amado, os sentidos do objeto “policontextual” “serão tão numerosos quanto os sistemas que integram esse objeto em suas operações, sem que qualquer desses sentidos possa se hipostasiar, como único ou originário” (Amado, 1993, p. 124). Nesse sentido, podemos dizer que, na sociedade moderna, enquanto objeto “policontextual”, os direitos humanos são transversais: eles perpassam diferentes universos de sentido, e o seu sentido varia no contato com esses universos.

26. Sobre essa discussão, Neves (2007) percebe que “What needs to be done is precisely to reconstruct the predominant field of meaning in which human rights are used in political discourse and legal discourse today and from that foundation to tackle the question of their symbolic force with greater clarity” (p. 412).

Certamente, é importante revestir teoricamente o conceito, mas é fundamental efetuar isso sem o “ontologizar”. Em outras palavras, é importante manter aberta a possibilidade que a significação dos “direitos humanos” possa variar não apenas no tempo e no espaço, mas também em função do observador que a observa e que a comunica (sistema político, sistema jurídico, sistema científico, etc.). Assim, o *medium* “direitos humanos” pode conter diferentes possibilidades de formas, as quais serão “diferentemente” exploradas, dependendo do observador e do quadro de referência mobilizado para lhe atribuir um sentido. Deve-se assim revestir o conceito de direitos humanos, não como se fosse uma realidade ontológica, mas a partir de um ponto de observação específico, a partir de um sistema de referência.

Essa maneira de observar sociologicamente os direitos humanos permite sair dos impasses nos quais as análises clássicas nos mergulharam. Quando se aceita a “policontextualidade” dos direitos humanos, chega ao fim o debate interminável mencionado acima, no qual estávamos forçados a tomar uma posição sobre se os direitos humanos são morais, jurídicos, ou às vezes morais ou jurídicos, ou filosóficos ou éticos. O problema é resolvido: eles são o que eles são em função do sistema que os considera como tais (políticos para o sistema político, jurídicos para o sistema jurídico, etc.).

Assim, se a teoria dos sistemas, como toda teoria, convida-nos a fazer distinções, é importante observar que esse convite implica que levemos sempre e fundamentalmente em consideração o sistema receptor e seu papel na construção de formas ou na construção do objeto que ele observa. No plano de análise, a teoria dos sistemas permite ainda evitar, baseado nos “efeitos paradoxais” dos direitos humanos, a obrigação de decidir entre os “verdadeiros” e os “falsos” direitos humanos, entre as “boas” ou as “más” formas. Essas distinções, muito difundidas nas análises clássicas, tendem a “ontologizar” o conceito e perdem de vista aquilo que há de mais importante a se considerar em matéria de conceptualização: o reconhecimento dos direitos humanos como *medium*, e não como conteúdo (forma).

Nesse sentido, e a título de exemplo, no quadro da

complexidade interna que caracteriza a sociedade moderna, o *medium* “justiça” permite explorar inúmeras possibilidades de sentido: a possibilidade de sentido selecionada e estabilizada dentro do sistema religioso não é a mesma selecionada e estabilizada no sistema jurídico, filosófico, político, etc. Ademais, em um mesmo sistema social, por exemplo, o sistema jurídico, as possibilidades de sentido podem variar em função de subsistemas internos: no que se refere ao conceito de justiça, a possibilidade de sentido selecionada pelo Direito Civil não é a mesma do Direito Criminal. Observação fundamental no construtivismo radical de Luhmann: cada possibilidade de sentido corresponde a uma forma particular do *medium*, mas “no form ever expresses the ‘essence’ of the medium” (Luhmann, 2000, p. 105).

Como essas reflexões nos permitem renovar os horizontes epistemológicos da pesquisa? Diante dessas análises, pudemos formular a hipótese de que inúmeras formas dos direitos humanos podem coexistir, mesmo no interior do sistema de Direito Criminal. A partir do material discursivo retirado das entrevistas com os juízes e com os promotores, tipificamos os *espaços de variação interna* de atualização dos direitos humanos. Um dos resultados deste exercício foi o de distinguir, no interior do sistema penal, os diferentes circuitos de comunicação que utilizam os direitos humanos, sendo que cada circuito de comunicação pode construir as formas que lhe são próprias. Pudemos assim identificar os direitos humanos *do* sistema penal.

Os frutos desse método se tornam rapidamente evidentes no plano de análise. Pudemos identificar um número de “rotinas cognitivas” na comunicação sobre os direitos humanos, espaços no interior dos quais se situam espontânea e recursivamente os atores, quando se pedia para que se referissem ao tema dos direitos humanos, ou que sobre eles refletissem.

Constatamos que esses direitos eram quase sempre pensados em associação com as normas processuais. Com efeito, de maneira recorrente, estável e organizada, os direitos humanos faziam os interlocutores evocar os direitos processuais típicos do garantismo penal clássico: direito a um advogado, direito ao silêncio, direito a uma defesa plena e integral, direito a um processo justo e a um juiz imparcial, todos es-

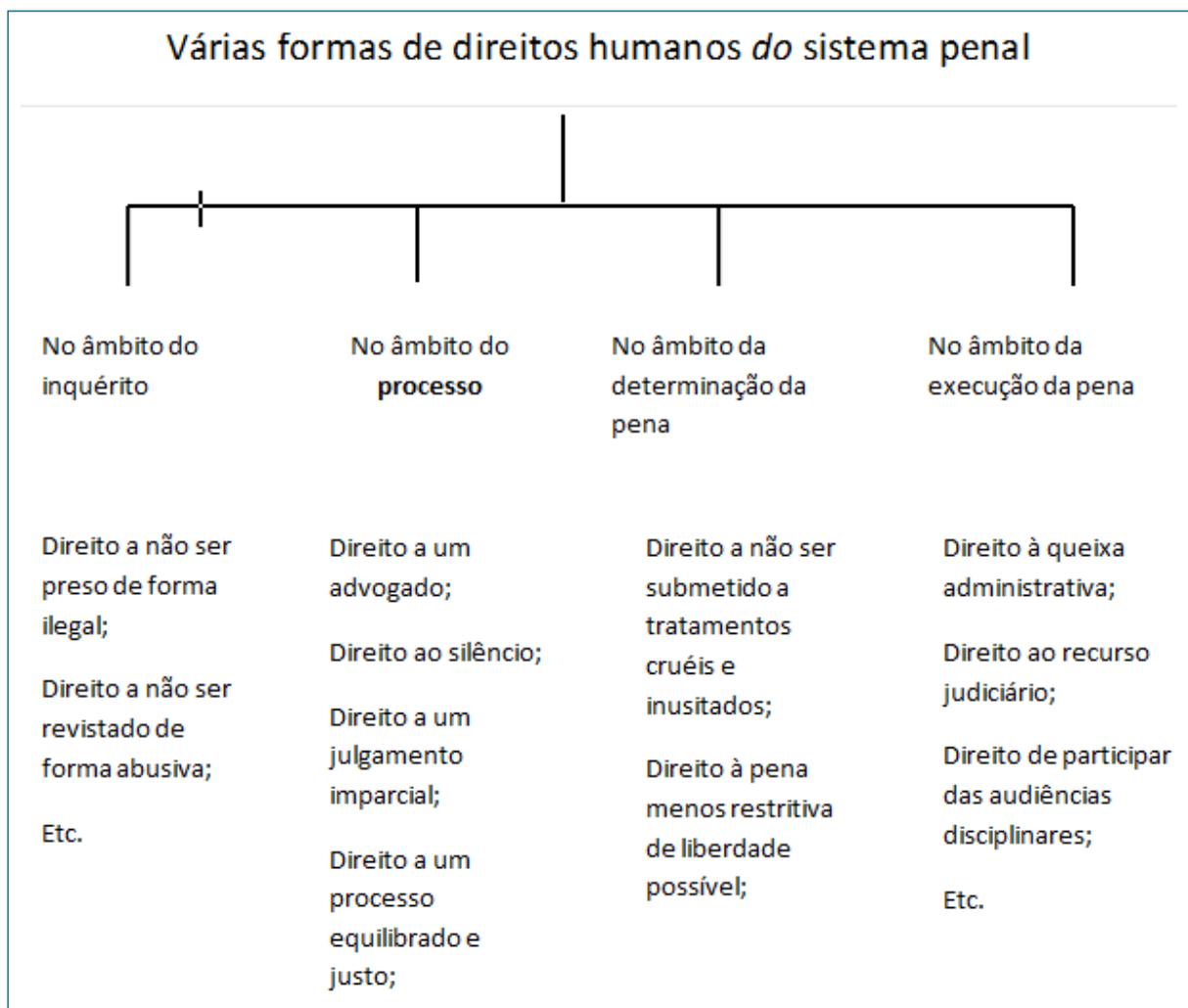


Figura 3. Diferentes formalizações dos direitos humanos do sistema penal

ses direitos cuja missão primeira é a de proteger um acusado e de garantir que as condições de “participação” sejam *equitativas* e *justas*.

[Juiz # 5, Canadá] Depende do que se compreende por “direitos humanos”, mas eu faço uma adequação... Para mim, para fins da discussão, trata-se dos direitos garantidos pelas Cartas e, notadamente quando são os processos de nossa prática, são os direitos processuais: assim, o direito a um advogado, o direito ao silêncio, o direito a uma defesa plena e integral, bom, o direito a um processo justo por um tribunal independente que não seja tendencioso. Esses são os direitos processuais fundamentais.

dona desta vez a ordem dada pelo desdobramento cronológico do procedimento e usa uma ordem hierárquica dada pela importância que ele atribui a cada um dos direitos mencionados. Lá também, não aparece uma referência às normas sancionadoras.

[Juiz # 5, Canadá] Eu diria que na cultura [dos direitos humanos], em primeiro lugar, está a presunção de inocência. Em segundo lugar, está o direito a uma defesa plena e integral. Em terceiro lugar, está o ônus... Talvez eu devesse dizer que o ônus da prova repousa sobre a presunção de inocência. O direito a um advogado, e portanto, a um advogado que possa trabalhar de maneira eficaz, dispendo do acesso a tudo aquilo que deve ter acesso, etc.

Fato ao mesmo tempo interessante e surpreendente: o juiz 5 retoma sua própria enumeração, mas aban-

A seu modo, cada um desses extratos do juiz 5 apoia a hipótese suscitada até o presente momento, segun-

do a qual se pode observar uma “hipervalorização” dos direitos humanos no processo, mais do que em outro âmbito. Outro exemplo, dessa vez, por parte dos promotores.

[Promotor # 24, Canadá] E, de modo mais concreto, o direito criminal deve funcionar tentando alcançar seus objetivos respeitando os direitos inalienáveis da Carta dos direitos da pessoa, de não ser detido²⁷ de maneira distinta da prevista pelas regras e pela lei aceitável, de não ser investigado, de não ser investigado pela polícia sem saber seus direitos, etc. Deter o direito à assistência de um advogado, de deter o direito ao silêncio. Esses são os direitos constitucionalmente reconhecidos.

Os exemplos que acabamos de apresentar constituíam verdadeiras “rotinas cognitivas” e comunicacionais do material discursivo extraído das entrevistas. De maneira recorrente, quase nenhuma referência foi feita às normas sancionadoras ou à proteção do litigante contra as forças afluídas e geradoras de exclusão social do sistema.

Porém, tais proteções existem, elas aparecem na lista dos direitos fundamentais protegidos: pode-se aqui fazer referência às proteções contra as penas cruéis e excepcionais, o direito à liberdade ou à segurança da pessoa, o princípio da pena de prisão como último recurso, etc. De maneira repetida, notamos que a possibilidade de valorizar esses direitos no plano da determinação da pena resta escondida no ponto cego do observador: No contexto da entrevista, confrontados com este ponto cego, os atores não puderam senão admitir o problema. Os extratos a seguir testemunham isso:

[Juiz # 4, Canadá] Não se levam em consideração [os direitos humanos constitucionalizados] no nível da pena.

[Promotor # 13, Canadá] Isso não quer dizer que não se pensa [nos direitos humanos], mas é certo que eles detêm menor prioridade, pois

27. Faz-se aqui referência à prisão preventiva, e não à pena privativa de liberdade.

a importância da pena justifica que eles sejam violados, que os direitos humanos sejam colocados de lado: o direito à liberdade, o direito à... Esses direitos são considerados, mas não pesam muito na balança.

Nas comunicações sobre as normas de procedimento, os direitos humanos pareciam ser reduzidos a formas muito estabilizadas, enquanto que tudo se mostrava de modo muito mais precário e confuso do lado das normas sancionatórias. Com base na empiria, pudemos observar uma “hipervalorização” dos direitos humanos no âmbito das normas de procedimento e elos mais frágeis, às vezes inexistentes – e mesmo desvalorizados – no âmbito das normas sancionatórias. No interior de nossa pesquisa, a “desontologização” do conceito de “direitos humanos” permitiu elaborar uma descrição mais fina do modo segundo o qual esses direitos foram recepcionados pelo sistema penal e permitiu ainda chegar a um dos resultados mais importantes da análise: os direitos humanos detêm uma dimensão contestadora e subversiva com relação ao poder do Príncipe *no âmbito do processo*, mas eles as perdem assim que adentram no âmbito das penas.

Explicar esse resultado de pesquisa não é um objetivo da presente reflexão. O objetivo era aqui apenas apoiar-nos sobre uma ilustração empírica para poder chamar a atenção de nosso leitor sobre o alcance heurístico da estratégia de dessubstancialização, da maneira que acabamos de aplicar sobre o conceito jurídico de direitos humanos. Apenas após ter dessubstancializado o conceito é que pudemos sair da confusão que o cerca, podendo o observar *de um ponto de vista empírico*. Foi necessário separar o conceito de sua “substância”, destacá-lo das formas e dos conteúdos com os quais estamos habituados a justapô-lo. Apenas depois pudemos observar, de fato, as diferentes formas que o *medium* “direitos humanos” recebeu no interior do sistema penal.

A dessubstancialização das categorias jurídicas aparece assim como uma condição de possibilidade para a observação do direito *de um ponto de vista externo*. Ela nos obriga a criar uma distância com relação às categorias jurídicas produzidas pelo ponto de vista interno, pois trata-se do único modo de “controlar”

a qualidade da observação e sua “independência”. A observação pode então determinar e construir o objeto e evitar ser ela mesma determinada ou construída por este objeto. Esse modo de proceder permitiu produzir descrições e distinções mostrando que os efeitos dos direitos humanos são diferenciados e variam de acordo com o circuito de comunicação dentro do qual eles operam, de acordo com as estruturas do sistema dentro do qual eles são aplicados, de acordo com as questões a serem tratadas. Munidos de tais distinções, fomos capazes de captar e precisar mais o paradoxo localizado na origem de nossa pesquisa: que os direitos humanos, podendo penetrar em diferentes universos de sentido, apegam-se a diferentes valores, ideias, conceitos, teorias. Dito de outra forma, os direitos humanos podem produzir, por meio de “afinidades eletivas” entre os elementos reunidos, efeitos subversivos, progressistas, conservadores, moderados, repressivos. Ou seja, tudo e seu oposto. Com relação à questão de saber se os direitos humanos exercem um papel de *contenção* e de *correção* das tendências repressivas contemporâneas, ou se *a contrario* se pode reconhecer neles um papel de *impulsão* e de *legitimação*, podemos agora afirmar, com base na empiria e graças ao trabalho de dessubstancialização, que eles exercem de fato os dois papéis, conforme o situemos no âmbito do processo ou no das penas.²⁸

Na seção seguinte, sistematizaremos as ideias que podem contribuir para uma transformação de nosso modo de fazer a pesquisa em Direito, e que têm mais particularmente o potencial de favorecer a pesquisa multidisciplinar e o diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais.

28. Se não é duvidoso que os direitos humanos poderiam e continuam a exercer um papel *garantista* no âmbito do processo penal, não é impossível imaginar retrocessos possíveis a este respeito. Por exemplo, em um contexto que se tornou recentemente familiar para nós, onde a ameaça do terrorismo é construída como real e iminente, parece haver uma fragilização dos direitos humanos no plano do processo. Inúmeras razões desse tipo podem “irritar” o sistema de garantias processuais – sendo a observação delas uma questão empírica. Dito isso, é verdade que o sistema de referência com relação ao qual avaliamos esses desvios ou manifestações problemáticas é o do *garantismo* processual protetor dos direitos dos acusados, herdado do direito penal da primeira modernidade.

5 Observar o Direito a partir de um ponto de vista multidisciplinar: retorno sobre a distinção olhar interno/olhar externo

A possibilidade de diálogo entre diferentes formas de produção do saber, entre diferentes teorias ou disciplinas, não é óbvia. Do mesmo modo, a observação do Direito de um ponto de vista multidisciplinar não é óbvia, e isso apesar da ebulição de ideias suscitadas nos últimos anos pelos estudos que reclamaram tal orientação. Em *Law as a Social System* (1993 [2004]), Luhmann problematiza a possibilidade de um diálogo entre diferentes disciplinas, mais especificamente entre o Direito e a Sociologia:

Defining the object in the pluralist context of science involves the possibility, in fact the very real probability, that different theories and to an even greater extent different disciplines will define their objects differently and so fail to communicate with each other. They talk about different things even if they use the same terms, as in our case the term “law”. This makes it easy to fill page upon with “debates”, but these debates have no resolution, or at best only serve to sharpen the weaponry of each side. In fact, each side misses the others’ point. This problem is particularly acute in the case of the relationship between legal knowledge and sociology (Luhmann, 2004, p. 57).

O autor indica claramente que as preocupações dos juristas e do Direito (a dimensão normativa, a do dever-ser) são diferentes da preocupação da Sociologia (descrever o que é, explicar o que é). “Sociologists”, explica Luhmann, “explain the law from outside and lawyers observe the law from inside” (Luhmann, 2004, p.59).

Nesta última sessão, apoiando-nos na teoria da observação desenvolvida por Luhmann em sua teoria dos sistemas sociais, propusemos retomar a distinção olhar interno/olhar externo, com o objetivo de compreender melhor as diferentes contribuições complementares que essas duas abordagens nos oferecem, bem como com o objetivo de sugerir que uma e outra podem ser “praticadas” tanto por juristas, quanto por cientistas sociais. Com efeito, a qualidade do olhar não é ditada pelo campo disciplinar do

observador, mas mais pelo lugar de observação que este privilegia. Uma das ideias da qual se deve se desfazer se se pretende renovar o horizonte epistemológico da pesquisa em Direito é aquela que sugere que os juristas estão “condenados” a manter um olhar interno e, portanto, dogmático, sobre o Direito. Pretendemos sugerir que não se deve continuar a alimentar o “combate” entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno, nem mesmo pressupor que o ponto de vista externo é necessariamente melhor que o ponto de vista interno. Utilizamos aqui uma ideia forte da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a saber, a de que “cada análise sociológica não é senão uma observação que corresponde a certo ponto de vista, a certa teoria ou a certo método”, o que faz com que o sociólogo seja ele também percebido a partir de outros pontos de vista: “não há, assim, senão observações de observações que se entrecruzam, não se podendo postular que um ponto de vista seja privilegiado em relação a outro” (Alois, 1994, p. 19).

Certamente se deve ter em mente as diferenças entre o olhar interno e o olhar externo, mas o que se deve reter finalmente é mais o aspecto complementar do que o aspecto antagonista das duas abordagens, bem como as possibilidades de observações *diferenciadas* que elas criam – cada uma a sua maneira. Neste quadro, torna-se possível reconhecer, sem dogmatismo e sem ideologia, que o olhar interno permite observar coisas que escapam ao olhar externo, e vice-versa.

“Quem pode então dizer o que sobre o Direito?”. Para responder enfim a essa questão, deve-se colocar primeiramente a questão de se saber qual é o sistema que observa o Direito. Em outros termos, a observação do Direito é feita a partir do sistema jurídico, ou a partir do sistema científico (da Sociologia do Direito, ou de outra Ciência Social)? Se a observação do Direito é realizada a partir do sistema jurídico, o conhecimento produzido é um conhecimento *sobre* o Direito, produzido *pelo* Direito e *para* o Direito. Se, por outro lado, a observação do Direito é realizada a partir do sistema científico, o conhecimento assim produzido é um conhecimento *sobre* o Direito, produzido *pelo* sistema científico e *para* o sistema científico. O que vai determinar o *conteúdo* e a *caracterização* da observação depende, ainda uma vez, do sistema de referência privilegiado pela observação. A questão que surge

é saber se o observador (seja o jurista, seja o cientista social) observa a partir de distinções próprias do sistema jurídico, ou se ele observa a partir de distinções próprias do sistema científico. Evidentemente, para que o observador possa fazer isso, ele deverá conhecer as convenções, os paradigmas, os principais debates teóricos e os instrumentos metodológicos dos dois sistemas, isto é, ele deve conhecer as distinções do jurista e as do sociólogo; ele deve, por assim dizer, “frequentar” as duas disciplinas. Assim, se ele observa a partir do sistema jurídico e se ele mobiliza as distinções do Direito, seu ponto de vista é necessariamente interno, mas, se ele observa a partir do sistema científico e as distinções estabelecidas por esse sistema social, seu ponto de vista é necessariamente externo. O jurista pode produzir então conhecimento científico sobre o Direito, isto é, ele não é restringido pelos cabrestos dogmáticos do Direito ou por suas teorias normativas internas. Por outro lado, nada impede que um sociólogo do Direito adote um ponto de vista interno e proponha, para os atores judiciais, soluções normativas ou modelos normativos que possam fornecer uma alternativa frente aos que são produzidos pela teoria do Direito ou pela doutrina, de modo a contribuir à complexificação das estruturas internas do Direito. Ele pode se atribuir a tarefa de produzir conhecimento “audível” ou inteligível para o ponto de vista interno, sensível às convenções do sistema jurídico – a decisão última de selecionar ou não o conhecimento assim produzido pertence certamente ao próprio sistema. A ideia que se deve reter aqui é que a observação não é uma operação ontológica cristalizada de uma vez por todas, mas um ponto de vista particular que se pode adotar para perceber “X” em determinado tempo “t”, e que pode ser deixada de lado em favor de outro ponto de vista que opta por observar “Y” no momento “t+1”. Nesse sentido, não podendo adotar simultaneamente o ponto de vista do Direito e o das Ciências Sociais, tanto o jurista como o cientista social podem observar o Direito de um ponto de vista externo ou de um ponto de vista interno. Essa postura permite melhor compreender porque um mesmo indivíduo ou pesquisador pode ser simultaneamente jurista, cientista, ou mesmo, um ativista²⁹. A partir do momento em que ele distingue,

29. A título exemplificativo, um mesmo indivíduo pode ser professor de Direito, pleitear perante a Corte Suprema do Canadá em

a cada vez, as contingências típicas de cada ponto de vista, ele pode adotar os três, simultaneamente.

Dentro dessa perspectiva, seja nas descrições jurídicas produzidas pelo jurista, seja nas descrições (igualmente jurídicas) do cientista social que observou o Direito tendo em vista as distinções do Direito, nos dois casos estaríamos diante de descrições que podem se conceber como materiais jurídicos *suscetíveis* de participar de operações e de mecanismos de autorreprodução do sistema jurídico, se o sistema assim “decidir”.

Como explicar então os problemas persistentes entre Direito e Ciências Sociais? Como disse Jacques Commaille (1991, p. 13), “entre construir a ordem e construir o sentido, pode haver aproximações insuportáveis, riscos de confusão ou incompatibilidades”. No que se refere às aproximações insuportáveis, pensamos que uma grande parte dos mal-entendidos entre o Direito e as Ciências Sociais derivam do fato de que os pesquisadores parecem ter uma grande dificuldade para tomar uma distância com relação às categorias e às convenções do Direito. É disso que derivam os riscos de confusão, pois, por falta de um distanciamento crítico, o pesquisador tende a reproduzir aquilo que Bourdieu denomina “discurso semierudito”, misturando o “semiconstruído” e o “semiconcreto” (Bourdieu, 1991, p. 72), um discurso no qual o pesquisador não consegue fazer a ruptura epistemológica com seu objeto.

Finalmente, no que se refere às incompatibilidades, associamo-las em boa parte ao fato de que frequentemente as pesquisas sobre o Direito que adotam o ponto de vista das Ciências Sociais – realizadas, na maior parte das vezes, por observadores de Ciências Sociais – não levam o Direito suficientemente “a sério”. Para criar as condições de “escuta” entre o Direito e as Ciências Sociais e a possibilidade que o diálogo seja verdadeiramente um, devemos aprender a complexificar e a olhar de maneira mais crítica, não exclusivamente as insuficiências do olhar interno, mas também os pontos cegos que caracterizam

uma causa e publicar artigos em revistas científicas que se encontram dentro do campo disciplinar da Sociologia do Direito. Esses três contextos exigem desse indivíduo o domínio de três tipos distintos de vocabulário, de convenções, de normas, de modos de agir, de modos de falar, diferentes formas de pensar e de perceber.

frequentemente o olhar externo. Como afirma Luhmann (2004),

A sociological theory of law would, therefore, lead to an external description of the legal system. However, such a theory of law would only be an adequate theory if it described the system as a system that describes itself (and this has, as yet, rarely been tried in the sociology of law. (p. 59).

Como fazer para favorecer esse tipo de pesquisa? Eis a questão que devemos nos fazer. Somos da opinião de que a dessubstancialização das categorias é uma condição essencial para garantir a qualidade da observação externa e também para permitir a possibilidade de pesquisas multidisciplinares em Direito que não percam de vista a maneira pela qual o sistema de Direito se autodescreve. A noção de multidisciplinaridade abrange inúmeros sentidos, os quais não podemos infelizmente desenvolver neste texto. Basta dizer que, em um sentido geral, uma pesquisa pode ser considerada multidisciplinar a partir do momento em que ela mobiliza os paradigmas, as teorias e às vezes os métodos de ao menos duas disciplinas. Assim, um mesmo pesquisador que “frequente” duas disciplinas, que conheça os principais paradigmas teóricos e epistemológicos de duas disciplinas, pode fazer uma pesquisa multidisciplinar. Outro modo de fazer, cada vez mais em voga, é por meio da mobilização de equipes multidisciplinares, em que pesquisadores pertencentes a diferentes disciplinas trabalham em conjunto em torno de um tema. Neste último caso, parece-nos essencial explicitar previamente as diferentes formas que pode receber um conceito/*medium* para cada uma das disciplinas implicadas na pesquisa. Esse raciocínio se aplica com relação a qualquer conceito central a uma pesquisa. Se os pesquisadores não estão atentos às diferentes maneiras disciplinares de construir as formas de um mesmo *medium*, encontrar-nos-emos diante de uma cacofonia disciplinar ou diante de um “diálogo sem troca”. Na realidade, há dois cenários típicos que podem ser produzidos: o que acabamos de mencionar, o qual corresponde a um trabalho “multidisciplinar” semelhante ao “diálogo de surdos” do qual fala Luhmann (2004, p. 57), ou se pode imaginar um cenário de imperialismo disciplinar, no qual uma disciplina se sobrepõe às outras, comprometendo a

própria ideia de interdisciplinaridade. Esse último cenário pode ocorrer a qualquer momento: na escolha dos pontos de partida, da construção das hipóteses, do trabalho de campo, etc. Pode ocorrer, por exemplo, que no momento da redação de um relatório de pesquisa, uma das disciplinas – frequentemente o Direito, nas pesquisas multidisciplinares “com (muito) Direito” – imponha seu vocabulário, suas categorias e assim, necessariamente, sua “visão de mundo”. Para evitar esse problema, é essencial que cada um tenha presente o modo como cada um constrói diferentemente as formas de um mesmo *medium*. Trata-se esta de uma condição necessária, suscetível de permitir que a observação se realize a partir de pontos múltiplos e conforme um “diálogo com troca”. Sem esse entendimento não é possível que todos possam participar, retirar proveitos das contribuições dadas por uns e por outros e, com isso, aprender. Essa perspectiva poderia assim se apresentar como uma solução ao problema identificado por Luhmann, relatado por Teubner:

What is missing, according to Luhmann, is a “conceptual system oriented towards social policy which would permit one to compare the consequences of different solutions to problems, to accumulate critical experience, to compare experiences from different fields, in short: to ‘learn’” (Luhmann, 1970 apud Teubner, 1983, p. 264).

Nesse sentido, podemos adicionar que, de um ponto de vista interno, as propostas que sugerimos favorecem a “aprendizagem”, isto é, elas podem revelar aos participantes do sistema jurídico as estruturas cognitivas latentes que moldam, enquadram e limitam a concepção dos possíveis, ou ainda, elas estimulam a sua criatividade e podem, desde logo, contribuir ao aprimoramento da qualidade dos modelos normativos e das premissas que emolduram a tomada de decisão. O Direito não precisa se tornar ciência (se tal fosse possível), nem ser concebido como tal para aprimorar suas próprias observações, voltadas sobre ele mesmo ou sobre seu ambiente. Em nossa opinião, a via traçada pelas três estratégias analisadas neste trabalho, ao criar pontos de contato entre o Direito e seu ambiente, criam também para o Direito novas possibilidades evolutivas e permitem levá-lo a se tornar mais reflexivo e mais crítico, ou ainda, a produzir

soluções e vias mais bem adaptadas à complexidade do mundo social que ele se propõe a regular.

Do ponto de vista externo, as propostas epistemológicas analisadas nos levam a descrições mais rigorosas, à descoberta de novos ângulos de observação, a distinções que verdadeiramente *distinguem* e que são uma condição *sine qua non* de toda observação. Como pudemos observar, as três propostas nos levam a manter uma distância prudente com relação às convenções do Direito, distância esta absolutamente necessária para poder observar, analisar e explicar o Direito de um ponto de vista externo. A partir do momento que concordamos em dizer aquilo que é completamente claro, ou seja, que a ciência não pode trabalhar com essências, a desontologização das categorias jurídicas revela ser de indiscutível utilidade para a observação que adota o ponto de vista externo.

O conhecimento produzido pelas Ciências Sociais a partir dessas premissas epistemológicas não terá, por si só, um impacto *imediato* no sistema jurídico. Apenas quando este vir no conhecimento produzido pelas Ciências Sociais uma utilidade prática para sua tomada de decisão, ele deverá converter esse material não-jurídico em material jurídico.

6 Conclusão

Neste estudo, apresentamos três propostas que nos parecem poder enriquecer o horizonte epistemológico da pesquisa empírica em Direito e contribuir para o desenvolvimento de uma nova concepção de trabalho de pesquisa dentro de uma perspectiva multidisciplinar inspirada por métodos construtivistas das Ciências Sociais. Deve-se sublinhar que toda nossa reflexão foi encaminhada tendo como base referencial a disciplina da Sociologia e, como metodologia de pesquisa, a análise qualitativa baseada em entrevistas semiestruturadas, e não visa a uma generalização que englobe outras disciplinas de referência, outras epistemologias ou outras metodologias.

Relembramos, ainda uma vez, que essa abordagem é *complementar* à das teorias sociológicas que atribuem ao indivíduo um lugar privilegiado na análise, e não busca de forma alguma a recolocar em questão os méritos dos resultados produzidos por essas pes-

quisas. A postura epistemológica que apresentamos nos convida a simplesmente considerar outro ponto de observação para a análise, com a esperança de que, fazendo isso, possamos observar *alguma coisa a mais* e, desse modo, contribuir lançando um pouco de luz sobre os pontos cegos que uma análise centrada sobre o indivíduo não permite levar em consideração. Ressaltamos, a esse respeito, que os pontos cegos são incontornáveis, eles existem em *toda* observação, não importando a perspectiva adotada. Em outras palavras, não há relação hierárquica entre os pontos de vista interno e externo, eles são necessariamente sempre – e em todo lugar – *limitados*.

Dito isso, o esforço de distanciamento do jurista com relação a certas formas fixas do pensamento jurídico pode levá-lo a ver os *possíveis não atualizados*, ou ainda a reconstruir os possíveis esquecidos, ocultados ou abandonados. Para retornar à teoria dos sistemas, cada sistema pode voltar a chamar (*recall*) “internal contexts from the past” e mudar a orientação da comunicação, a forma das ideias e os critérios de decisão na origem das práticas (Luhmann, 2004, p. 306, 327). Pode-se descrever a atividade da Corte Suprema do Canadá, quando ela se refere, por exemplo, ao artigo 7 da *Carta Canadense de Direitos e Liberdades* e formula um novo princípio de justiça fundamental, como uma forma de desenvolvimento de um *possível não atualizado*.

Dever-se-ia em pesquisas futuras levar em consideração o modo pelo qual o Poder Judiciário se apropria do conhecimento produzido pelas Ciências Sociais – uma questão que é importante em termos de reforma do Direito, mas que é ainda pouco problematizada. Por outro lado, pode-se notar – e nossos resultados de pesquisa apontam esse sentido – um possível crescimento da sensibilidade dos juízes canadenses (incluindo os da Corte Suprema do Canadá) com relação aos saberes produzidos pelas Ciências Sociais. O que não deixa de estar relacionado à evolução do papel dos tribunais nas sociedades contemporâneas após a constitucionalização dos direitos humanos realizada nas últimas décadas. Como indica a Juíza Presidente da Corte Suprema do Canadá, Beverly McLachlin (1990, p. 43), “more and more, courts are being called upon to decide questions of central importance to great number of individuals in our society;

questions which go far beyond the traditional areas of legal scrutiny into the uncharted waters of central social issues”. Solicitar-se-á a ajuda do cientista social como perito³⁰ em certas causas que poderiam se beneficiar do conhecimento de inúmeras disciplinas sociais e, mais ainda, aceitar-se-á o conhecimento produzido pelas Ciências Sociais como elementos de prova³¹, ou ainda, como saberes que fornecem ao Direito parâmetros aptos a guiar e a emoldurar a análise constitucional³², sobretudo nos casos em que se opõem diferentes direitos e diferentes valores. Daí a importância para as Ciências Sociais de produzir conhecimento que possa ser utilizado pelo Direito e que seja sensível ao ponto de visto interno e à situação dos atores judiciais, os quais são *obrigados* a decidir no interior de restrições organizacionais, materiais e cognitivas sólidas. Recentemente, em uma decisão “ousada” relativa aos artigos relacionados à prostituição, na decisão *Bedford*³³, a juíza Himel da Corte Superior de Ontário não hesitou em se apoiar sobre o conhecimento produzido pelas Ciências Sociais e, mais especificamente, pela Sociologia. Lem-

30. No caso *R. c. Labaye*, a Corte Suprema do Canadá menciona: “O juiz afirma uma moral social que não está necessariamente vinculada às crenças pessoais, mas que tem origem nos valores da população, nomeadamente naqueles refletidos na legislação em matéria sexual. Neste particular, o juiz pode, apesar de seu papel de intérprete da moral social, assegurar um grau de objetividade suficiente, bastando recorrer aos valores que afirma a legislação. O perito, frequentemente especialista em Ciências Sociais, ajudará também o juiz em sua tarefa e permitirá assegurar um grau de objetividade suficiente.” (R. c. Labaye [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80).

31. Ver, por exemplo, o caso *R. c. Bryan*: “No caso, considerando que é difícil calcular o prejuízo causado pela perda de confiança do público no sistema eleitoral, ou pela violação do princípio de igualdade de informação, a lógica e a razão conjugadas a certos elementos de prova extraídos das Ciências Sociais poderiam constituir prova suficiente do prejuízo.” (R. c. Bryan [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12).

32. A Corte Suprema, com relação a este ponto, no interior de um conflito entre Direitos e valores: “Trata-se de determinar se o regime legislativo estabelece um equilíbrio constitucional entre dois valores que a lei constantemente defendeu: de um lado, o direito fundamental da pessoa de tomar sozinha decisões que dizem respeito a seu corpo e, de outro lado, a proteção das crianças vulneráveis. Deve-se para tanto examinar o regime legislativo, o *common law* relativo à tomada de decisões médicas no caso dos adultos e dos menores, a jurisprudência internacional (a título comparativo), assim como as publicações jurídicas e das Ciências Sociais pertinentes. As constatações que emergem desse exame guiarão a análise constitucional.” (A.C. c. Manitoba Directeur des Services à l’Enfant et à la Famille), 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181).

33. *Bedford v. Canadá*, 2010 ONSC 4264.

bramos que a juíza Himel teve a coragem de produzir uma comunicação *desviante*, que não pretendia reproduzir o sistema de maneira redundante, mas que visava à inovação, à mudança do estado de Direito em relação às condições de vida e de trabalho dos profissionais e das profissionais do sexo. Nesse tipo de decisão, em que os juízes se encontram muito pouco apoiados do ponto de vista cognitivo e decisório pelo sistema ao qual eles pertencem (sistema jurídico), eles podem fundar sua decisão recorrendo ao conhecimento produzido pelo sistema científico, pelas Ciências Sociais em particular.

Por todas essas razões, o Direito e as Ciências Sociais têm interesse em aprimorar a qualidade das contribuições que eles trocam. A pertinência deste diálogo é cada vez mais importante no universo jurídico em nossa sociedade moderna: a maior parte das questões contemporâneas da sociedade (direitos religiosos, direitos de minorias, direitos das mulheres, direitos dos povos autóctones, direito ao suicídio assistido, direito ao casamento entre casais do mesmo sexo, direitos reprodutivos, etc.) é pensada e decidida mais e mais com a ajuda de semânticas jurídicas que se caracterizam por sua “textura aberta”, como a semântica dos direitos humanos ou a dos princípios de justiça fundamental. Essas questões exigem, daqueles que *pensam* ou *dizem* o direito, criatividade, imaginação jurídica e abertura cognitiva e normativa face as diferentes possibilidades de regulação, face a concepção de diferentes “possíveis”. Em um mundo plural multicultural e diversificado, a especificação e o enquadramento pelo Direito de tais questões fundamentais que encontramos no centro de nossa modernidade não poderão passar sem o conhecimento produzido pelas Ciências Sociais. Nesse contexto, o conhecimento social produzido “com o Direito” pode “interessar” mais o Direito e terá mais chances de ser selecionado pelo Direito e de produzir em seu seio uma variedade inovadora, tanto do ponto de vista descritivo, como do ponto de vista normativo.

////////////////////////////////////

7 Referências

7.1 Fontes Primárias

- Cour Supérieure de Justice - Ontario. *Bedford v. Canada* (2010).
- Cour Suprême du Canada. *Reine c. Labaye* (2005).
- Cour Suprême du Canada. *Reine contre Bryan* (2007)
- Cour Suprême du Canada A.C. c. *Manitoba Directeur des Services à l'Enfant et à la Famille* (2009)

7.2 Fontes Secundárias

- Alois, H. (1994). Introduction à la Sociologie de Niklas Luhmann. *Sociétés*, 43, 17-27.
- Amado, J. A. G. (1993). La société et le droit chez Luhmann. In A.-J. Arnaud, & P. Guibentif (Dir.). *Niklas Luhmann Observateur du Droit*. Paris: L.G.D.J.
- Bachelard, G. (1938). *La formation de l'esprit scientifique*. Paris: Vrin.
- Bourdieu, P. (1986) La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 3-19.
- Bourdieu, P. (1991). Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. In F. Chazel, & J. Commaille (Dir.). *Normes juridiques et régulations sociales*. Paris: L.G.D.J.
- Chenail, R. J. (1995). Presenting qualitative data, *The qualitative report*, 2 (3). Disponível em <http://www.nova.edu/ssss/QR/QR2-3/presenting.html>.
- Commaille, J. (1991). Normes juridiques et régulation sociale. Retour à la Sociologie générale. In F. Chazel, & J. Commaille, Jacques (Dir.). *Normes juridiques et régulations sociales*. Paris: L.G.D.J.
- Cotterell, R. (1998). Why must legal ideas be interpreted sociologically?. *Journal of Law and Society*, 25 (2), 171-192.
- Delmas-Marty, M. (1997). Le droit est-il universalisable? In J.-P. Changeux (Dir.). *Une Même Éthique pour Tous?* Paris: Odile Jacob.
- Dupret, B. (2006). *Droit et Sciences Sociales*. Paris: Armand Collin.
- Durkheim, É. (1897) Essais sur la conception matérialiste de l'histoire. *Revue Philosophique*, 44, 645-651.
- Edwards, J. L. (1971). Forward. In J. Hogarth. *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto.
- Foucault, M. (1975) *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Gallimard.
- Graf, H. (2010). Interviewing Media Workers. *Mediekultur, Journal of Media and Communication Research*, 49, 94-107.
- Haan, W. (1990). *The politics of redress: Crime, punishment, and penal abolition*. London/Boston: Unwin Hyman.
- Heider, F. (1926). Ding und Medium. *Symposium*, I, 108-57.
- Hogarth, J. (1971) *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto.
- Kerchove, M. van de; & Ost, F (1988). *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: PUF.
- Lévi-Strauss, C. (1964). *Mythologiques: Le Cru et le Cuit*. Paris: Plon.
- Luhmann, N. (1985). *A sociological theory of Law* (2 ed). London: Routledge/Kegan Paul.
- Luhmann, N. (1989). Le droit comme systeme social. *Droit et Société*, 11 (12), 45-70.
- Luhmann, N. (2000). *Art as a social system* (2 ed). Stanford: Stanford University.
- Luhmann, N. (2002). What is communication? In W. Rasch (Ed.). *Theories of distinction – Redescribing the descriptions of Modernity*. Stanford: Stanford University.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a social system*. Oxford: Oxford University.
- Martuccelli, D. (2002). *Grammaires de l'individu*. Paris: Gallimard.
- Mclachlin, B. (1990). The role of the court in the post-Charter Era: Policy-maker or adjudication. *University of New Brunswick Law Review*, 39.
- Neves, M. (2007) The symbolic force of human rights. *Philosophy & Social Criticism*, 33 (4), 411-444.
- Parsons, T. (1977). Law as an intellectual stepchild. *Sociological Inquiry*, 47 (3-4), 11-58.
- Pires, A. (1995). Le sens du probleme et le sens de l'approche: Pour une nouvelle conception du travail methodologique. *Revue de l'Association pour la Recherche Qualitative*, 13.
- Pires, A. (1998). Aspects, traces et parcours de la rationalite penale moderne. In: C. Debuyst, F. Digneffe, & A. Pires (Orgs.). *Histoire des savoirs sur le crime & la peine* (La rationalite penale et la naissance de la criminologie, v. 2). Bruxelles: De Boeck Université/Presses de l'Université de Montréal/Presses de l'Université d'Ottawa.
- Pires, A. (2001). La rationalite penale moderne, la societe du risque et la juridicisation de l'opinion pu-

- blique. *Sociologie et Sociétés*, XXXIII (1), 179-204.
- Pires, A. (2004a). Racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na Modernidade tardia, *Novos Estudos (CEBRAP)*, 68, 39-60.
- Pires, A. (2004b). La recherche qualitative et le système penal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? In D. Kaminski, & M. Korkoref (Dir.). *Sociologie Pénale: Système et Expérience. Pour Claude Faugeron*. Ramonville Saint-Ange: Érès.
- Pires, A., & Garcia, M. (2007) Les relations entre les systèmes d'idées: Droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort. In Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, & S. van Drooghenbroeck (Dir.). *Les Droits de l'Homme, Bouclier ou Épée du Droit Pénal?* Belgique: Facultés Universitaires Saint-Louis/Bruylant.
- Peces-Barba Martinez, G. (2004). *Théorie générale des droits fondamentaux* (Collection Droit et Société, v. 38). Paris: L.G.D.J./Maison des Sciences de l'Homme..
- Seidl, D. (2005) Glossary to Niklas Luhmann's terminology. In D. Seidl, & K. H. Becker (Dir.). *Niklas Luhmann and Organization Studies*. Copenhagen: Liber & Copenhagen Business School.
- Sen, Amartya. (2004) *Elements of a theory of human rights*. Oxford: Author. (Mimeografado, a partir da Conferência Why Invent Human Rights, de 14.11.2002).
- Teubner, G. (1983). Substantive and reflexive elements in Modern Law, *Law and Society Review*, 17 (2), 239-285.
- Teubner, G. (1989). How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law, *Law & Society Review*, 23 (5), 727-757.
- Teubner, G. (1996). *Droit et Réflexivité: l'Auto-référence en Droit et dans l'Organisation*. Paris/Bruxelles: L.G.D.J./Bruylant.

“EMPIRISMO CRÍTICO” E OS ESTUDOS JURÍDICOS NORTE-AMERICANOS:

paradoxo, programa ou caixa de Pandora?¹ // *David M. Trubek*² e *John Esser*³

Palavras-chave

Direito e sociedade / Empirismo crítico / Estudos jurídicos críticos

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução: avaliando o “empirismo crítico”**
- 2 A Crise nos estudos de Direito e Sociedade**
- 3 Origens do Direito e Sociedade**
 - 3.1 Rotações
 - 3.2 Realismo jurídico
 - 3.3 A Epistemologia e a política do movimento Direito e Sociedade
 - 3.4 A Crítica da compreensão original
- 4 O desenvolvimento do empirismo crítico**
 - 4.1 Anunciando o programa
 - 4.2 Construindo uma narrativa da tradição direito e sociedade
 - 4.3 Repensando a tradição Direito e Sociedade
 - 4.4 Tendências divergentes na construção de uma sociologia interpretativa do direito
 - 4.4.1 Antropologia cultural
 - 4.4.2 Neomarxismo britânico
 - 4.4.3 Estudos Jurídicos Críticos norte-americanos
 - 4.5 Uma ameaça comum? Cientificismo sem determinismo
- 5 Crítica e empirismo**
 - 5.1 A pesquisa em Direito e Sociedade como prática ideológica
 - 5.2 Passos experimentais do seminário de Amherst
 - 5.2.1 A descrição e avaliação de ideologias
 - 5.2.2 A multiplicação de perspectivas
 - 5.2.3 Conhecimento como política
- 6 Empirismo crítico: paradoxo, programa ou caixa de Pandora?**
- 7 Referências**

Resumo

Neste artigo, David Trubek e John Esser analisam a proposta de um “empirismo crítico” sugerido pelos acadêmicos do Seminário de Amherst nos Estados Unidos. Através da análise da produção intelectual desta vertente crítica, os autores identificam suas premissas epistemológicas e as semelhanças e divergências com a literatura de direito e sociedade. Por fim, sugerem um paradoxo entre os critérios de objetividade dos métodos empíricos e a abordagem crítica radical.

1. Este artigo, com o título “*Critical Empiricism in American Legal Studies: paradox, program or Pandora’s box?*”, foi originalmente apresentado na *Conference on American and German Traditions of Sociological Jurisprudence and Critical Legal Thought*, organizada pelo *Center for European Legal Policy*, em Bremen, Alemanha, 1986. Posteriormente esse artigo foi publicado pela *Law & Social Inquiry* (v. 14, n. 1, p. 3-52, 1989) e pelo *German Law Journal* (v. 12, n. 1, p. 115-158, 2011). Tradução de Rafael A. F. Zanatta. Revisão técnica de Fabio de Sá e Silva.

2. Professor emérito da University of Wisconsin-Madison.

3. Professor de sociologia no Wagner College.

“CRITICAL EMPIRICISM” IN AMERICAN LEGAL STUDIES: Paradox, Program, or Pandora’s Box? // *David M. Trubek e John Esser*

Keywords

Law and society / Critical empiricism / Critical legal studies



Abstract

In this article, David Trubek and John Esser analyze the proposal of “critical empiricism” suggested by scholars of the Amherst Seminar in the United States. Based on the review of the scholarship produced by the Amherst group, the authors identify their epistemological assumptions and the similarities and differences with the Law and Society literature. Finally, they suggest that there is a paradox between the criteria of objectivity of the empirical methods and the radical critical approach.

É nossa aspiração, e minha insistência, que é possível sermos tanto críticos como empíricos (Susan Silbey, Palestra na Sessão Plenária “Tradições Críticas no Direito e Sociedade”, Law and Society Association, Chicago, Illinois, Junho de 1986)

1 Introdução: avaliando o “empirismo crítico”

O que deveríamos fazer frente ao chamado de Susan Silbey para uma produção sócio-jurídica que seja tanto crítica quanto empírica? Acreditamos que o movimento “direito e sociedade”⁴ pode e deveria desenvolver uma crítica da ordem jurídica? A pesquisa empírica pode contribuir para tal crítica? A ideia de uma “sociologia crítica do direito” faz algum sentido, afinal?⁵

Para alguns, o empirismo crítico é uma contradição em termos. Se compreendermos empirismo como pesquisa livre de valores para a produção de conhecimento objetivo, é difícil ver o que poderia ser crítico em uma sociologia do direito. Deste ponto de vista, Silbey está propondo um paradoxo, não um programa. Para outros, a ideia de uma sociologia crítica do direito parece atrativa, mas irreal. Olhando para a história passada da produção acadêmica em direito e sociedade, pode-se concluir que esse campo é tão ligado ao Estado e às profissões jurídicas que ele é estruturalmente incapaz de desenvolver uma prática crítica.

Não compartilhamos dessas ressalvas. Enxergamos o ideal de uma sociologia crítica do direito como desejável e possível. Apoiamos aqueles que levantaram a bandeira do “empirismo crítico” no movimento direito e sociedade. Essa frase condensa muitas ideias: dúvidas sobre práticas anteriores, na qual empiristas consideraram o direito muito em sua expressão

4. A expressão “law and society” será utilizada neste artigo como “direito e sociedade” (N.T.)

5. Esse artigo foi originalmente apresentado na *Conference on American and German Traditions of Sociological Jurisprudence and Critical Legal Thought*, organizada pelo Centro para Políticas Jurídicas Europeias, em Bremen, na República Federativa da Alemanha, entre 10 e 12 de Julho de 1986. Versões subsequentes foram discutidas no Departamento de Sociologia na Universidade de Northwestern (Fevereiro de 1987) e no Workshop de Teoria do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Virgínia (Março de 1987). Comentários pelos participantes de tais eventos, membros do Seminário Amherst em Ideologia Jurídica, Boaventura de Sousa Santos, Kristin Bumiller e Edward White merecem nossos agradecidos reconhecimentos.

imediate; esperanças por novas direções, nas quais acadêmicos irão interrogar os valores jurídicos e questionar instituições jurídicas; e crença de que práticas críticas irão fortalecer, e não enfraquecer, o frágil movimento direito e sociedade neste país. Nós compartilhamos essas dúvidas, esperanças e crenças. Mas também reconhecemos que um chamado a um empirismo crítico levanta questões filosóficas, requer a elaboração de um programa de pesquisa, e coloca questões práticas para o movimento. Antes que alguém possa dizer se o empirismo crítico é um paradoxo, programa ou caixa de Pandora, estas questões devem ser analisadas. O objetivo deste ensaio é lidar com tais questões.

O método que escolhemos é a revisão crítica do trabalho de um grupo de acadêmicos associados com o “Seminário em Processos Judiciais e Ideologia Jurídica”, que se reúnem regularmente em Amherst, Massachusetts (EUA). Criado a partir de várias disciplinas e instituições, o Seminário de Amherst está comprometido com o ideal de uma sociologia crítica do direito. Seu trabalho ilustra o projeto de “empirismo crítico” e reflete alguns de seus dilemas. Ao nos concentrarmos no Seminário, podemos iluminar o projeto que esperamos explicar e fomentar. Há custos nesta estratégia: entre eles, o principal é a exclusão de outras vozes que clamaram por uma abordagem crítica no direito e sociedade. Mas as virtudes superam os custos. O projeto de Amherst é um dos poucos esforços coletivos para reconstruir a pesquisa em direito e sociedade, e apenas por isso já é uma experiência notável. Além disso, dada a diversidade do grupo de Amherst, que se baseia em muitas disciplinas e perspectivas e a amplitude de trabalho que eles produziram, uma revisão da produção acadêmica do grupo serve bem para ilustrar a complexidade e riqueza do mais novo trabalho crítico neste campo.

2 A Crise nos estudos de Direito e Sociedade

A chamada para um empirismo crítico é apenas uma manifestação de uma crise no movimento direito e sociedade nos Estados Unidos. Justamente quando o movimento parecia estar atingindo a maturidade, ele tem sido pego de surpresa com dúvidas sobre seu propósito, conquistas e futuro. Estas dúvidas enseja-

ram uma substancial literatura “outonal”, que olha para o passado para verificar resultados, criticar erros e avaliar prospecções futuras.⁶ Tais avaliações são notavelmente diversas.⁷

O que explica a inquietação? A *Law and Society Association* (LSA) está prestes a comemorar seu aniversário de 25 anos. Para muitos pontos de vista, o campo parece estar florescendo. Há várias revistas de qualidade, um sem número de ativos centros de pesquisa em direito e sociedade, e um conjunto crescente de trabalhos. Movimentos de direito e sociedade estão sendo formados em muitos países. Por que esse é um tempo para autocrítica, ao invés de autocongratulação?

Parece haver três tipos de preocupação na literatura e na discussão em torno dela. Primeiro, um receio de que o movimento esteja perdendo vitalidade intelectual. O direito e sociedade foi, certa vez, um movimento de vanguarda no pensamento jurídico. Acadêmicos do direito e sociedade criticaram as pretensões das correntes dominantes na literatura jurídica, embeberam-se de ideias instigantes de muitos campos do conhecimento e traçaram novos caminhos acadêmicos. Hoje, alguns temem que o movimento esteja se tornando uma represa intelectual, baseado em ideias antiquadas sobre o direito e a investigação social, e isolado de fortes correntes de pensamento na teoria jurídica e social.

A inquietação também reflete preocupações políticas: alguns temem que os trabalhos de direito e sociedade perderam seu “gume crítico” no sentido político, tornando-se não mais que servos dos formuladores de políticas. Ninguém julga que o movimento direito e sociedade tenha tido, alguma vez,

uma agenda política explícita. Mas pelo fato de ter sido fundado no auge das reformas liberais da *Warren Court*, quando o direito estava sendo utilizado para proteger os pobres e expandir os direitos civis, o movimento direito e sociedade ganhou forma em um período que a pesquisa em direito estava facilmente ligada à política progressista. Com a desintegração do projeto de reforma liberal e o refluxo da Suprema Corte, esta aliança entre sociologia jurídica e política progressista deu sinais de fracasso.

Uma terceira fonte de inquietação é o reconhecimento de que os pontos de apoio do movimento são frágeis. Embora o movimento tenha conseguido firmar uma trincheira inicial para avançar, o apoio que alguns esperavam não se materializou. O movimento vislumbrava operar a partir de três bases principais: departamentos de ciências sociais em universidades, faculdades de direito e órgãos do governo. Acadêmicos do direito e sociedade iriam desenvolver teorias que poderiam guiar as políticas públicas; o governo iria buscar assistência na academia. Faculdades de direito iriam ver a necessidade de teoria em ciências sociais e estudos empíricos e iriam desenvolver fortes relações com departamentos de ciências sociais. Embora tudo isso tenha ocorrido, nenhuma das “pernas” deste triângulo desenvolveu-se da forma que os fundadores talvez desejassem. Acadêmicos de direito e sociedade foram capazes de conseguir empregos nos departamentos de ciências sociais, mas em geral se sentiram marginalizados dentro de suas disciplinas e departamentos. Embora as faculdades de direito tenham começado a aceitar a necessidade de pesquisa empírica, esta movimentação tem sido lenta e esporádica. Mesmo as faculdades de direito que aceitam esta ideia geralmente pensam que é suficiente contratar um cientista social para suprir todas as suas necessidades. Além do mais, o “direito e sociedade” está ameaçado pela rápida ascensão de outros movimentos no pensamento jurídico. O “direito e economia” (*law and economics*), um movimento posterior, tem sido recebido de forma muito mais animada pelas faculdades de direito, oferecendo uma forma alternativa para que estas incorporem as ciências sociais no direito. Ao mesmo tempo, o pensamento feminista e os “estudos jurídicos críticos” (*critical legal studies*) levantaram questões sobre a ciência social “convencional” e estão tomando o lu-

6. Consideramos os seguintes textos especialmente úteis: Abel (1980), Friedman (1986), Galanter (1985), Macaulay (1984), Sarat (1985a, 1985b) e Whitford (1986). Também nos baseamos na recente análise de White (1986) sobre a relação entre o movimento direito e sociedade e os estudos jurídicos críticos.

7. Alguns argumentam por uma ciência social objetiva do direito mais pura e mais bem financiada (Friedman, 1986); alguns declaram vitória limitada e aconselham horizontes mais modestos e um trabalho contínuo (Whitford, 1986); outros predizem a chegada de uma nova era onde o valor do tipo de conhecimento que surgiu da época empírica será finalmente reconhecido pela academia e pelas profissões jurídicas (Galanter, 1985); enquanto alguns poucos clamam por um “empirismo crítico” (Sarat & Silbey, 1987; Trubek, 1984, 1986).

gar do direito e sociedade como movimentos vanguardistas. Por fim, o apoio para pesquisas jurídicas orientadas para a formulação ou o aperfeiçoamento de políticas públicas não cresceu tão rapidamente quanto esperado, e as agendas acadêmicas e de políticas públicas tenderam a divergir. Muito da pesquisa para a formulação ou o aperfeiçoamento de políticas públicas que deu apoio inicial ao movimento era ligado a uma agenda política que, em geral, desapareceu. Ainda, este tipo de pesquisa tornou-se mais focada e as suas fontes de financiamento se tornaram mais rigidamente controladas por formuladores (*policy makers*) com agendas mais explícitas.

Muito do debate interno dentro do movimento direito e sociedade tem se preocupado com tais problemas e desafios. A chamada por uma sociologia crítica do direito representa uma opção para o futuro do movimento. Ela pode ser vista como um esforço para preservar o alto nível intelectual, ligar o movimento direito e sociedade a pensamentos de vanguarda tanto no direito quanto nas ciências sociais, e redefinir o relacionamento do movimento com a política.

3 Origens do Direito e Sociedade

3.1 Rotações

Antes de avaliarmos esse projeto, nós precisamos olhar para as origens do movimento direito e sociedade e identificar algumas das ideias básicas sobre conhecimento, direito e política que influenciaram seus anos de formação. Na sua fase inicial, o movimento aderiu a uma epistemologia e uma teoria do direito que estão sob ataque crescente. Para entender o projeto de sociologia crítica do direito, nós precisamos entender a tradição contra a qual ela está se voltando.

Pensamos que a melhor forma de entender as origens do direito e sociedade é vê-lo como um *domínio juridicamente construído do conhecimento social*. Ao mesmo tempo em que reconhecemos que a ciência social e os cientistas sociais tiveram um papel importante na formação das práticas de direito e sociedade, nós achamos que o impacto da cultura jurídica acadêmica foi uma força dominante no desenvolvimento das teorias do movimento sobre conhecimento e política. Assim, nós queremos retratar as origens

do direito e sociedade como um momento no pensamento jurídico estadunidense.⁸ Esta perspectiva permite que se veja como algumas preocupações e restrições do pensamento jurídico acadêmico inspiraram os estudos em direito e sociedade e criaram – ou ao menos sustentaram – visões sobre a natureza do conhecimento e a função do direito nas quais a produção acadêmica de direito e sociedade tem tradicionalmente se baseado. Considerando que tais visões são os principais alvos da crítica que os proponentes do “empirismo crítico” articulam, esta abordagem deve facilitar a compreensão do Seminário de Amherst e projetos irmãos.

A cultura jurídica estadunidense tem demonstrado um forte comprometimento com três suposições que nós chamaremos de (i) centralidade do direito, (ii) neutralidade e racionalidade do processo judicial, e (iii) autoridade da produção acadêmica jurídica. Ao justificarem estas três suposições, escolas de direito legitimam a existência continuada do sistema jurídico e da academia jurídica. A produção jurídica acadêmica trata o direito como uma moldura central para as interações sociais e como uma instituição de grande relevância na orientação da sociedade. Além disso, o direito é visto como um processo neutro. Ele é visto como comprometido com a exploração racional de valores e objetivos comuns e não como um instrumento de algum grupo, facção ou classe. Finalmente, a produção jurídica acadêmica apresenta-se como uma voz de autoridade, falando de uma posição que reflete tanto a centralidade e a neutralidade do direito, em cujo nome falam os acadêmicos do direito, quanto a racionalidade da “ciência” jurídica em si.

Estes temas da produção jurídica acadêmica são um pouco problemáticos. Eles negam a frequente marginalidade do direito, ignoram o constante jogo de classes e interesses por trás da fachada neutra do direito, e negam as bases frágeis da literatura aca-

8. Ao explicar o direito e sociedade como um “domínio juridicamente construído do conhecimento social” não queremos negar outros determinantes dessa corrente acadêmica. Pode haver alguma verdade na compreensão tradicional de que o D&S foi criado como uma disciplina fora do direito e na visão de que muitas premissas do direito e sociedade foram emprestadas de ciências sociais existentes. A estreiteza de nosso foco demonstra nosso desejo de trazer à luz uma causa não reconhecida e subapreciada.

dêmica em direito. Portanto, nossa cultura produz desafios constantes a eles. Estes desafios ameaçam desintegrar o projeto acadêmico, e a academia jurídica deve responder a esses desafios caso não queira que os limites e o significado de sua produção percam sentido.⁹ Ao mesmo tempo, presos na rede da produção da academia jurídica, os desafiadores se veem reafirmando os temas da visão contra a qual eles estão reagindo, de modo que os ciclos da literatura acadêmica em direito configuram “rotações” em torno dos temas recorrentes de que o direito é vital, os processos jurídicos são neutros e racionais e a produção acadêmica é dotada de autoridade.¹⁰

Acreditamos que a história da formação do movimento direito e sociedade pode ser contada como um ciclo de desintegração e reintegração, ou como uma rotação na cultura jurídica dominante. Contar a história desta forma ajuda a destacar algumas características básicas da abordagem do movimento direito e sociedade em relação ao direito e ao conhecimento, e também explica as origens das ideias que estão sendo atacadas pelos proponentes do empirismo crítico.

3.2 Realismo jurídico

O realismo jurídico é a origem das teorias sobre o conhecimento e o direito em torno das quais o movimento direito e desenvolvimento se formou. Ao entender o movimento direito e sociedade como um domínio juridicamente construído do conhecimento social, portanto, nós devemos olhar em detalhes o realismo jurídico. Uma característica chave do pensamento realista era a centralidade do empirismo para os estudos jurídicos. As razões que os realistas possuíam para privilegiar os estudos empíricos, e a definição particular de empirismo que eles ofereceram, formaram a herança intelectual dos acadêmicos que criaram o movimento direito e sociedade. Embora se possa datar os anos de formação do movimento direito e sociedade no final da década de 1950 e início da década de 1960 – bem depois do auge do realismo –, as ideias e tradições realistas criaram a moldura dentro da qual os pioneiros do direito e sociedade desenvolveram a ideia de um programa acadêmico para utilizar o empirismo das ciências sociais

com vistas a iluminar o direito em ação.

A maior contribuição do realismo foi sua “desconstrução” do pensamento jurídico clássico. Eles mostraram que a doutrina jurídica era indeterminada e contraditória, assim demonstrando que as considerações doutrinárias não poderiam explicar resultados jurídicos. Isso colocou uma ameaça desintegradora à cultura jurídica dominante: o empirismo ofereceu um possível modo de reintegração. A “descoberta” dos realistas acerca da indeterminação da doutrina jurídica trouxe uma ameaça para os temas clássicos da autonomia, neutralidade e racionalidade do direito, bem como para as bases da autoridade acadêmica. Se, como Karl Llewellyn afirmou,¹¹ a autoridade dos textos da tradição doutrinária gerou respostas conflitantes para importantes questões jurídicas, e conceitos jurídicos eram racionalizações *post hoc* de decisões tomadas em bases diversas do que se via na superfície da argumentação jurídica, então forças distintas daquelas “do direito” (como convencionalmente entendido) devem operar no estabelecimento de políticas públicas, e razões distintas das da academia jurídica devem explicar as escolhas que os juízes e outros atores jurídicos realmente fazem. Em um mundo pós-formalista no qual a linguagem parecia opaca e indeterminada e a ciência jurídica convencional parecia uma mera racionalização de decisões feitas em resposta a forças que a academia jurídica sequer poderia enxergar – muito menos explicar ou controlar –, a prática acadêmica do direito parecia ameaçada.

O empirismo ofereceu uma resposta à ameaça de desintegração da prática acadêmica do direito. Como Peller¹² e Boyle¹³ apontaram, os próprios realistas construíram a resposta para as ameaças que suas críticas colocaram para a cultura jurídica. Eles postularam o que Peller chama de “objetividade transcendental”, um mundo de determinadas “realidades” por baixo da retórica vazia da tradicional linguagem jurídica. Postulando um mundo de fatos determinados e tangíveis ou funções sociais objetivas cujas operações poderiam ser vistas por sobre, por trás ou

9. Clune (1986).

10. Kennedy (1985).

11. Llewellyn (1931).

12. Peller (1985).

13. Boyle (1985).

por debaixo do ilusório mundo da doutrina jurídica, os realistas apontavam para uma base mais fundamental em torno da qual a ciência jurídica poderia ser construída – a observação da “realidade”. Realidade significava fatos tangíveis, políticas sociais baseadas racionalmente e, logo, objetivamente, e prescrições normativas subjacentes que poderiam ser tratadas como premissas factuais em vez de visões sociais contestáveis. Esta “realidade”, assim como a natureza, poderia ser apreendida através dos mesmos métodos de investigação empírica que os realistas (e provavelmente muitos outros intelectuais estadunidenses da época) pensavam que os físicos e químicos utilizavam. Os métodos empíricos iriam identificar fatos reais com os quais o direito deveria lidar, desenterrar as forças objetivas reais que determinam a resposta do direito para necessidades sociais, revelar as reais necessidades funcionais da vida social, especificar as *reais* normas subjacentes que eram moldadas por essas forças e funções objetivas, e equipar reformistas com as ferramentas para aperfeiçoar corpos de regras e sistemas de governança. Uma ciência jurídica realista, inspirada nas ciências naturais, iria restaurar a habilidade do direito de servir como um mecanismo central, porém autônomo, de “condução social”, pois iria apontar para as necessidades que o direito deveria atingir e as funções que deveria executar, bem como iria equipar o direito com ferramentas necessárias para gerenciar racionalmente uma sociedade complexa, de acordo com objetivos não problemáticos. Ao mesmo tempo, ao adotar os métodos das ciências naturais, a prática do direito acadêmico iria ela própria se tornar objetiva e consoante com a vocação geral da universidade moderna. Nesse sentido, a invocação da ciência como a base para uma produção acadêmica dotada de autoridade foi uma estratégia muito conservadora no discurso do pensamento jurídico, pois não foi justamente isso o que Langdell argumentou em tempos passados?

Nesta visão, no centro do esforço realista de reintegrar o discurso acadêmico jurídico estavam temas que se tornaram problemáticos no período outonal do movimento direito e sociedade. Os realistas imaginaram uma ciência empírica do direito que iria oferecer um novo fundamento para uma atribulada comunidade acadêmica. Esta ciência revelaria leis naturais governando a interação social, exploraria as

funções necessárias de uma ordem jurídica e identificaria compromissos normativos que eram tão universais ou testados pelo tempo que eram incontestáveis. O conhecimento produzido por tal ciência empírica do direito iria garantir uma base racional para a operação da ordem jurídica e guiar a reforma do direito. Nesse sentido, a mudança para o empirismo serviu para preservar os principais temas do discurso jurídico acadêmico. Armado com o conhecimento científico, o direito poderia manter – ou exigir de volta – sua posição central na sociedade estadunidense. Ademais, a ciência objetiva iria garantir que o direito continuasse a executar um papel neutro, ao invés de ser o instrumento do que nós viemos a chamar “interesses especiais”. Enfim, o conhecimento objetivo científico iria fortalecer a racionalidade do direito e, portanto, a autoridade da produção jurídica acadêmica.¹⁴

3.3 A Epistemologia e a política do movimento Direito e Sociedade

A epistemologia e política desta forma “construtiva” de realismo jurídico foram aceitas, ao menos tacitamente, por muitos dos fundadores do movimento direito e sociedade. No centro da compreensão original do direito e sociedade estavam três ideias muito básicas: cientificismo universal, determinismo e reformismo despreocupado.¹⁵

O *determinismo* apresenta uma compreensão particular da natureza do mundo social. Ele sugere que a ação social é governada por leis, tal como as leis que governam a rotação dos planetas. Estas leis existem inde-

14; Para ilustrações, ver a discussão de Schlegel (1979, p. 579-585; 1980, p. 293-294) sobre as duas traduções da pesquisa social no realismo jurídico: a “tradição de reforma progressista” e a “tradição científico-social”. A tradição científico-social eventualmente perdeu terreno para a tradição de reforma progressista. Enquanto Underhill Moore era associado intimamente com a tradição científico-social, a maioria dos realistas jurídicos estava originalmente presa entre as duas tradições. Quando a necessidade de tempo e energia para a produção de boa pesquisa em ciência social se tornou evidente, também se tornou evidente que o conhecimento produzido iria aparecer muito tarde para ser usado para legitimar propostas de reforma progressistas nas batalhas políticas. Consequentemente, a maioria dos realistas jurídicos como William Douglas e Charles Clark moveu-se para longe da tradição científico-social em direção à tradição da reforma progressista.

15. Um de nós, em artigo anterior, especificou dois desses temas – cientificismo universal (positivismo) e determinismo – e o papel que tiveram na constituição da perspectiva original do direito e sociedade. Ver Trubek (1986, p. 579-585).

pendentemente de nossas vontades e garantem à ação social uma profunda lógica. Acadêmicos de direito e sociedade que adotam uma perspectiva determinista tiveram esperança de desenvolver modelos de leis da ação social que se relacionam a fenômenos jurídicos.

O *cientificismo universal* apresenta uma compreensão da natureza do conhecimento e do processo através do qual o conhecimento é construído. Este tema, ao menos como refletido no discurso do direito e sociedade, presume uma radical distinção entre um mundo externo de objetos e comportamentos e um mundo interno de consciência. Entre as afirmações que podem ser construídas dentro do mundo interno da consciência está uma classe especial cujo objetivo é uma descrição precisa dos elementos específicos do mundo externo de objetos e comportamentos. Se estas afirmações são construídas através da observação do mundo externo e atingem o critério de descrição precisa, então elas se qualificam como “juízos de fato”. Sob presunções de *cientificismo universal*, o conhecimento científico é um conjunto de juízos de fato e, possivelmente, juízos sobre o modo pelo qual estes juízos de fato são inter-relacionados.¹⁶ Os juízes últimos de qualquer conhecimento científico são os objetos ou ocorrências no mundo externo que os juízos de fato pretendem descrever. O conhecimento científico evolui através de um processo pelo qual nós testamos juízos de fato contra o que podemos demonstrar ser o caso, e juízos sobre juízos de fato contra aqueles juízos de fato que sabemos serem descrições precisas. Métodos de investigação empírica nos permitem determinar se o conhecimento científico que tomamos como hipótese descreve adequadamente o mundo externo que podemos apreender. Teoria e método são definidos neste contexto. Devemos elaborar afirmações científicas de maneiras que nos permitam falsificá-las pela investigação factual (teoria), e devemos ter formas de medir os fatos contra as relações postuladas pela teoria (método).

16. Esses juízos de fatos podem ser vistos como (1) presunções sobre elementos do mundo externo que correm invisíveis; (2) generalizações de características compartilhadas por uma classe de juízos de fato; (3) criações da consciência que servem como mecanismos heurísticos para controlar nossa compreensão dos fatos; (4) presunções sobre forças não observadas no mundo externo (tais como as “leis” de uma perspectiva determinista) que constituem verdadeiras conexões entre fatos; ou uma entre diversas outras coisas.

O *reformismo despreocupado* apresenta uma compreensão de como o conhecimento científico social deve ser usado. Esta perspectiva presume que o produto, os procedimentos e os projetos das ciências sociais devem ser usados como instrumentos a serviço do sistema jurídico. Sociólogos do direito que aceitam tal perspectiva são despreocupados quanto aos propósitos que seus produtos assumem, seja porque aceitam esses propósitos e o valor do direito ou porque acreditam que não é o papel da ciência social definir os fins colocados à atividade científica.

3.4 A Crítica da compreensão original

Cada um desses temas tornou-se alvo de crítica. Os críticos afirmam que o determinismo e o *cientificismo universal* são noções antiquadas da ciência social. Enquanto alguns no movimento direito e sociedade ainda buscam desenvolver leis científicas empiricamente testadas de comportamentos relacionados ao direito, outros contestaram esta ideia. Críticos questionam se é possível separar o “direito” de outros aspectos da sociedade e se é possível construir uma macroteoria das “leis” gerais de fenômenos jurídicos. Questionam ainda se juízos de fato são distinguíveis de teorias e se juízos de fato e teoria são distinguíveis de juízos de valor ou interesses. Os críticos sugerem que a virada *cientificista* esconde valores e propósitos por trás da invocação de fatos, forças e funções objetivas.¹⁷

Os críticos também questionam a adesão do movimento direito e sociedade ao *reformismo*. Eles afirmam que esse envolvimento ofusca questões relativas a valores, que uma ciência social crítica deve enfrentar. Eles sugerem que o *instrumentalismo* ingenuamente adota os propósitos da ordem jurídica e dos atores do sistema jurídico dotados de autoridade que propõem “reformá-lo”. Ao adotar os valores do sistema jurídico e de seus reformistas como não problemáticos, estudos reformistas podem legitimar o poder em vez de interrogá-lo, celebrar o direito em vez de submetê-lo a um questionamento.¹⁸

As críticas ao *cientificismo*, *determinismo* e *reformismo* marcam o início de um esforço para reconstruir

17. Sarat & Silbey (1988); Trubek (1986).

18. Sarat (1985b).

o direito e sociedade como uma sociologia crítica do direito. Mas os proponentes desta mudança enfrentam dois dilemas fundamentais. Primeiro, nós mesmos somos parte do discurso que queremos transformar. Nós trabalhamos com conceitos e vocabulários imbuídos de significados originados nas próprias visões de conhecimento e política das quais queremos escapar. Isso explica por que o termo “empirismo crítico”, ao menos quando inicialmente lançado, parecia tão paradoxal. Considerando que o empirismo tem sido identificado com um discurso objetivista e uma instância apolítica, a ideia de casar o empirismo com preocupações normativas e política transformadora parecia contraditória.¹⁹ Segundo, no esforço de demonstrar a prevalência do cientificismo, determinismo e reformismo no direito e sociedade, críticos tiveram que desenvolver uma explicação sobre as razões pelas quais o movimento originalmente adotou estas visões de conhecimento e política. Esta explicação – nas quais embasamos as páginas anteriores – possui uma forte dimensão estrutural. Ela tenta explicar a tradição dominante ao olhar a posição institucional do movimento direito e sociedade dentro da academia e no relacionamento com formuladores de políticas. Esta explicação – resumida em frases como “domínio juridicamente construído do conhecimento” e “atração dos interlocutores do mundo das políticas públicas” – sugere que poderosas forças estruturais determinam a epistemologia do movimento e a sua posição política. Mas se esse fosse realmente o caso, como poderia uma prática alternativa se desenvolver, ao menos, é claro, se todo o conjunto de restrições estruturais fosse modificado?

Esses são problemas sérios. Mas o fato de que uma nova abordagem à pesquisa social no direito está começando a desenvolver sugere que a tradição nunca foi tão monolítica quanto os críticos algumas vezes sugerem, nem as forças estruturais tão poderosas quanto podem parecer. Deste modo, sempre houve uma corrente dentro do direito e sociedade que rejeitou o cientificismo, o determinismo e o reformismo. Alguns acadêmicos do direito e sociedade, desde o início, questionaram a ideia de conhecimento objetivo e desafiaram os valores do sistema jurídico. Quando os críticos começaram a procurar novas

direções, eles puderam encontrar uma tradição crítica dentro do discurso que queriam transformar. Embora tais ideias e alternativas práticas pudessem ocupar posições marginais ou estar submersas, elas se encontravam disponíveis como pontos de partida para uma nova guinada no direito e sociedade. Afinal de contas, a chamada de Silbey para um “empirismo crítico” foi lançada em uma palestra plenária da Associação Direito e Sociedade (*Law and Society Association*), proferida em um encontro cujo tema era “Tradições críticas no direito e sociedade”.

4 O desenvolvimento do empirismo crítico

Embora “empirismo crítico” seja um conceito problemático, ele descreve um projeto que está em execução. Para dar uma ideia deste projeto, nós nos voltamos agora ao trabalho do Seminário Amherst. Desde 1982 este grupo de cientistas sociais que moram ou trabalham em Amherst, Massachusetts, tem se encontrado regularmente para discutir os trabalhos de “sociologia do direito”²⁰ feitos por eles próprios e por outros:

*O Seminário Amherst sobre Ideologia Jurídica e Processo Legal tem ocorrido em Amherst, Massachusetts desde 1982. Ele inclui John Brigham, Christine Harrington, Lynn Mather, Sally Merry, Brinkley Messick, Ron Pipkin, Adelaide Villmore, Barbara Ymgvesson bem como os autores deste artigo.*²¹

Amherst tem sido o quartel informal de um movimento que procura reconstruir os estudos em direito e sociedade. Muitos dos participantes do seminário adotaram o “empirismo crítico” como um slogan para descrever aquele projeto. Uma descrição aproximada do trabalho e da história do grupo é necessária como ponto de partida para qualquer análise da nova “rotação” dentro da tradição do direito e sociedade.

20. O termo utilizado originalmente no texto é *sociology of law*, que poderia ser traduzido como “sociologia jurídica” ou “sociologia do direito”. Considerando que a “sociologia do direito” é um termo mais conhecido entre cientistas sociais, optou-se por esta tradução (N.T.).

21. Silbey & Sarat (1987, p. 166). Patricia Ewick é integrante do Seminário desde 1987.

19. Para um esforço para redefinir essas categorias, ver Trubek (1984).

Nesta seção, analisaremos algumas das declarações programáticas gerais que o Seminário tem produzido; descreveremos a versão que eles fornecem da tradição que buscam reformar; examinaremos as fontes em que eles baseiam sua inspiração reconstitutiva; analisaremos alguns estudos de campo ilustrativos que eles têm conduzido; e examinaremos algumas questões não resolvidas.

4.1 Anunciando o programa

Apesar de ser relativamente informal, o Seminário Amherst possui coerência institucional. Os participantes se reúnem regularmente. Eles convidam visitantes, incluindo líderes do direito e sociedade (e.g. Marc Galanter), acadêmicos dos estudos jurídicos críticos (e.g. Duncan Kennedy) e um número significativo de sociólogos do direito europeus, muitos associados com o movimento de estudos jurídicos críticos da Europa (e.g. Alan Hunt, Boaventura de Sousa Santos, Maureen Cain, Peter Fitzpatrick, Yves Dezalay). Eles editaram uma edição especial do *Legal Studies Forum*²², composto inteiramente de artigos escritos por membros do Seminário. Eles estão editando conjuntamente uma edição especial do *Law & Society Review* – um dos principais periódicos na sociologia do direito.²³ Eles afirmam explicitamente estar desenvolvendo uma nova abordagem para os estudos sócio-jurídicos: Silbey “vislumbra” e “propõe” uma sociologia do direito que “estudaria” o direito como uma prática social.²⁴ Sarat “oferece uma estratégia de reorientação para a pesquisa empírica do direito em ação”²⁵. John Brigham pretende “resgatar estudos de impacto a partir do arcabouço de uma ciência social interpretativa”²⁶.

O trabalho do Seminário Amherst é bastante diverso. Os participantes vêm de uma variedade de disciplinas.²⁷ Eles produziram estudos empíricos, análises de conceitos e movimentos jurídicos, ensaios teóricos e declarações programáticas. Embora sejam quase

sempre formulados em termos gerais, tais ensaios e declarações fornecem uma indicação do projeto reconstutivo que ambicionam em seu conjunto:

*O trabalho para aqueles que buscam preservar o gume crítico [nos estudos sócio-jurídicos] consiste em reconstituir e reimaginar o tema da pesquisa sócio-jurídica. Isso requer atenção para epistemologia e compreensão, ou seja, como nós pretendemos conhecer e o que a pretensão de conhecimento pode significar. Mas estas palavras não são simplesmente nossas. Elas refletem muitos anos de esforços intensos no Seminário Amherst. Tais esforços e esta colaboração são parte de uma atividade que busca localizar e examinar o conhecimento e a tradição que nós chamamos de direito e sociedade. Elas sugerem que pode ser o tempo de movermos nossa atividade para locais e espaços do ambiente social que nós não consideramos previamente, com o objetivo de reconsiderarmos a relação entre direito e sociedade.*²⁸

Estas constatações de Susan Silbey e Austin Sarat nos dão um inventário dos objetivos do projeto de Amherst. Os membros do Seminário, somos informados, buscam manter o “gume crítico” (*critical edge*) do direito e sociedade através (1) da reconstituição do objeto da pesquisa sócio-jurídica. Isto requer (2) localizar e examinar o direito e sociedade como um corpo de conhecimento e como uma tradição. A problemática desta tradição deveria então ser transformada através (3) de um repensar da relação entre direito e sociedade que ela propõe, (4) com a definição de novos projetos de pesquisa para o campo, através (5) do destaque de objetos e espaços no mundo que não foram previamente reconhecidos como significantes.

4.2 Construindo uma narrativa da tradição direito e sociedade

Uma porção substancial do recente trabalho produzido em Amherst buscou localizar as pressuposições subjacentes à pesquisa em direito e sociedade, visando criar uma narrativa da tradição que pudesse ser criticada. Essa narrativa descreve o direito e sociedade como a mistura de uma teoria “instrumental” da ação

22. (1985), *Legal Studies Forum*, 9.

23. (1987, Outubro) *Law & Society Newsletter*, 8.

24. Silbey (1985).

25. Sarat (1985a).

26. Brigham (1985, p. 47).

27. Brigham, Villmoare e Harrington são cientistas políticos. Merry e Yngvesson são antropólogas. Silbey é socióloga. Sarat é cientista político e jurista.

28. Silbey & Sarat (1987, p. 166).

e de uma visão “liberal legalista” do direito.²⁹ A teoria instrumental da ação estabelece a agenda básica para a pesquisa em direito e sociedade, e é essa agenda que os acadêmicos de Amherst querem alterar. Para entender o projeto deles, é essencial entender o modelo que eles criticam e a alternativa que eles oferecem.

Na narrativa de Amherst, a “teoria instrumental” que animou o trabalho original em direito e sociedade inclui noções sobre a ação social e o direito. Ela repousa sobre uma distinção fundamental entre, de um lado, a subjetividade dos atores e, do outro, o comportamento dos atores e objetos materiais.³⁰ A subjetividade dos atores inclui (1) fins ou valores desejados, (2) conhecimento, percepções ou descrições do mundo objetivo de coisas e comportamentos, e (3) critérios de avaliação. Os objetos do mundo material – incluindo os comportamentos de outros atores – representam os instrumentos e constrangimentos que um ator deve levar em consideração ao orientar seu próprio comportamento. Atores usam seu conhecimento destes instrumentos e constrangimentos para determinar a variedade de comportamentos que poderiam adotar. Um ator escolhe um valor³¹ e então utiliza seu conhecimento sobre o mundo para selecionar um comportamento que irá concretizar aquele valor. Ao selecionar determinado comportamento – ou “meio” –, atores empregam certos critérios de avaliação como o parâmetro de seleção.³²

Na teoria instrumental da ação, o sistema jurídico é visto como um conjunto de regras e instituições estabelecidas para se atingir determinados fins. A doutrina jurídica e as instituições jurídicas constituem, portanto, um conjunto de meios. Os valores que se pretende alcançar na criação ou interpretação do direito podem ser valores públicos fixados consensualmente por todos os cidadãos, interesses privados de grupos particulares de cidadãos, ou um misto entre

os interesses de grupos que competem uns com os outros.³³ O sistema jurídico promove tais fins ao induzir ou facilitar o comportamento exigido.

A “teoria instrumental” integra as noções de ação e direito. Uma vez criados por seres humanos, leis e instituições jurídicas passam a agir como constrangimentos materiais ao comportamento.³⁴ Os cidadãos consideram o sistema jurídico como um constrangimento e orientam seu comportamento de acordo com ele. Assim, se o direito for efetivo, o comportamento real dos cidadãos irá corresponder ao comportamento prescrito pela doutrina jurídica. Se comportamentos legalmente prescritos ocorrem, isso quer dizer que foram alcançados os valores pretendidos pela construção do direito. Esta teoria do direito oferece um meio pelo qual a teoria instrumental da ação explica de que forma agregados de comportamentos individuais se transformam em padrões de comportamento social. Em uma sociedade marcada por uma multiplicidade de valores, os comportamentos dão ensejo a padrões ou porque os indivíduos internalizam um conjunto comum de regras e os valores a elas implícitos, ou porque todos eles vivenciam tais regras e instituições que servem como constrangimentos no ambiente em que devem atuar.

Na compreensão instrumental do direito está implícito um projeto para uma ciência social empírica. Não há meios para se ter certeza de que o comportamento dos cidadãos irá se conformar às normas jurídicas: o “direito em ação” (o comportamento real dos cidadãos) pode não corresponder ao “direito nos livros” (as regras prescritivas da doutrina jurídica conforme resulta da interpretação de agentes dotados de autoridade). A ciência empírica pode ser usada (i) para determinar se o comportamento real conforma-se ou desvia-se do direito e, se não desvia, (ii) para especificar as condições que causam essa variação. A ciência empírica pode também auxiliar o processo de elaboração do direito, assegurando que os legisladores levem em consideração condições existentes do mundo material e as “leis” naturais e necessárias do comportamento humano e social. Não faz sentido aprovar leis que demandam comportamentos impossíveis –

29. Ver, e. g., Silbey & Sarat (1987, p. 6-12); Merry & Silbey (1984, p. 155-157); Sarat (1985a, 1985b); Merry (1987a, p. 2062).

30. Silbey (1985).

31. Valores podem ser entendidos como atomizados e aleatórios ou como ocorrências sistemáticas. Ver Parsons (1949, p. 77-79).

32. O modelo instrumental de ação geralmente presume que os atores utilizam critérios de avaliação de racionalidade: isto é, eles selecionam aqueles meios que, de forma mais eficiente, atingem os fins desejados. Ver Merry & Silbey (1984, p. 156-158).

33. Sarat (1985a, p. 24).

34. Silbey & Sarat (1987, p. 166).

que são contrários a “leis” básicas da sociedade ou que negam as necessidades funcionais da vida social. A teoria instrumental da ação concebe a ciência empírica do direito como (i) descrições válidas do mundo, (ii) enunciados que descrevem os meios que o mundo oferece para se atingir certos valores, e (iii) critérios de racionalidade que podem ser utilizados para selecionar o mais eficiente destes meios. Consequentemente, nessa visão, a ciência empírica do direito é neutra, em vez de ser uma atividade motivada por valores. Não obstante ela possa ser usada a serviço de certos valores, os valores não estão envolvidos na construção de seu conhecimento.

A narrativa de Amherst diz que o movimento direito e sociedade foi constituído como uma ciência empírica neste sentido. Membros do seminário afirmam que o trabalho em direito e sociedade começou admitindo que o direito e seus conteúdos eram desejáveis. A partir daí, constituiu-se como uma ciência de políticas, fornecendo conhecimento de valor neutro, que poderia ser utilizado pelo sistema jurídico. Sua tarefa era a de identificar espaços na sociedade onde o direito era ineficaz em influenciar o comportamento social e explicar as condições que permitiam a ocorrência dessas lacunas entre o “direito nos livros” e o “direito em ação”. Este conhecimento iria, então, ser utilizado por formuladores de políticas para corrigir a doutrina jurídica e tornar as instituições jurídicas mais efetivas:

A história da pesquisa social em direito é intimamente ligada ao estudo da efetividade jurídica, isto é, ao desejo de entender as condições nas quais a legislação ou as decisões judiciais efetivamente guiam o comportamento ou resultam em mudanças sociais antecipadas e desejadas (...). A pesquisa em efetividade jurídica começa ao identificar os objetivos da política jurídica e prossegue na avaliação de seus sucessos ou falhas, comparando os objetivos com os resultados produzidos. Onde, como é quase sempre o caso, o resultado não casa com os objetivos, a atenção é dada aos fatores que podem explicar a lacuna entre o direito nos livros e o direito em ação.³⁵

35. Sarat (1985a, p. 23), notas omitidas.

4.3 Repensando a tradição Direito e Sociedade

Em artigo ainda não publicado, Susan Silbey produz três críticas à forma como a “sociologia do direito” tem concebido a relação entre direito e sociedade. Primeiro, ela afirma que a pesquisa em direito e sociedade trata doutrinas jurídicas específicas e as situações particulares em que elas são construídas e aplicadas como categorias abstratas e universais: como *direito* e *sociedade*. Segundo, afirma que a pesquisa em direito e sociedade falha em problematizar a ideia do direito em si. Os limites *do direito* são definidos a partir das doutrinas jurídicas e instituições existentes. Finalmente, afirma que, ao restringir sua agenda de pesquisa para questões de efetividade jurídica, a pesquisa em direito e sociedade limitou seu campo de visão para casos problemáticos. Ao focar somente em casos de inefetividade e não em casos onde o direito é efetivo, ofereceu uma representação enganosa da significância social do sistema jurídico:

A pesquisa produz imagens de um sistema jurídico lutando para reter o que parece ser um tenuous domínio da ordem social (...) eclipsando a esmagadora realidade da legalidade, da contribuição do direito para a reprodução e manutenção de relações e práticas sociais existentes.³⁶

Em cada uma dessas críticas da distinção direito/sociedade está implícita uma crítica da teoria instrumental da ação. A partir delas, podemos enxergar a emergência de uma visão alternativa da ação, que chamaremos de teoria interpretativa³⁷. Esta teoria rejeita diversos componentes chave da abordagem instrumental.

Primeiro, o instrumentalismo parece ser excessivamente individualista. Para um interpretativista, valores, conhecimentos e critérios de avaliação incorporados na subjetividade do ator não são unidades de sentido mantidas individualmente, mas, ao contrário, são vestígios de um tecido de relações sociais mantido coletivamente. Além disso, na perspectiva interpretativa o indivíduo não se apropria desse tecido por meio da seleção consciente de valores ou aprendizado do conhecimento disponível. Ao con-

36. Silbey (1989, p. 20).

37. Trubek (1984, p. 600-605).

trário, de certa maneira, esse tecido “se apropria” do indivíduo de modo que sem uma reflexão autoconsciente o ator passa a desejar os fins, utilizar as perspectivas, e aplicar a racionalidade que constitui o tecido social. Na literatura de Amherst, essa teia de sentidos sociais é designada como “ideologia”³⁸.

Segundo, o instrumentalismo interpreta erroneamente a relação entre sentido social e ação social. O instrumentalismo faz uma distinção radical entre ideias e comportamento e concebe a ação como resposta a sanções externas, legais e de outras categorias. A teoria interpretativa rejeita a distinção ideia/comportamento e concebe a ação como uma síntese do comportamento e do sentido social. Ela vê a ação social como práticas que combinam interesses no mundo e percepções do mundo para criar esquemas implícitos de respostas, disposições ou hábitos. Neste novo modelo, mudanças nas ideias não causam mudanças no comportamento, tampouco mudanças no comportamento causam mudanças nas ideias. Ao contrário, os atores sociais aplicam (ou tentam aplicar) disposições ou padrões de ação dotados de sentido frente a situações de instabilidade. “Esquemas ou princípios implícitos”, escreve Sally Merry, “permitem que atores produzam uma ampla variedade de práticas em resposta a um conjunto infinito de situações de instabilidade sem que esses esquemas sejam

38. As citações seguintes dão uma ideia da forma como o conceito “ideologia” é utilizado nessa literatura: “Ideologia, como estou utilizando o termo, descreve um aspecto ou trecho da cultura localizado dentro de uma arena institucional particular. Uma ideologia é um conjunto de categorias pelos quais as pessoas interpretam e realizam eventos produtores de sentido (...). Em vez de enxergar ideias e ações como analiticamente distintas, o objetivo é desenvolver uma forma de compreensão do mundo social que liga essas categorias. A ideologia é vista como separada da ação, mas como integral a todas as práticas sociais. A ideologia é constitutiva, na medida em que ideias sobre eventos ou relações definem aquela atividade, assim como as regras sobre o jogo definem o movimento ou a vitória naquele jogo” (Merry, 1986, p. 270); “A ideologia jurídica é a estrutura de valores e ideias cognitivas pressupostas e expressas através de doutrinas jurídicas desenvolvidas pelas cortes e outras práticas de descobertas do direito ou agências de criação do direito e no trabalho dos legisladores e juristas desde que essas ideias e valores sirvam para influenciar a maneira pela qual papéis sociais e relações são concebidas e avaliadas (Cotterrell citado por C. Harrington, 1985a, p. 30); “A ideologia do processamento de conflitos refere-se à estrutura de valores pressupostos na justificação para essa reforma e expressada por meio de sua prática. Esses valores moldam a forma pela qual as relações sociais são concebidas e avaliadas.”

constituídos como princípios explícitos”³⁹.

Essas disposições moldam as respostas iniciais que os indivíduos oferecem diante de uma nova situação. Elas servem como um conjunto inicial de constrangimentos que definem o leque de atividades que podem ocorrer. Entretanto, dado que as disposições são geralmente abertas a adaptações, e considerando que elas podem ser mais ou menos adequadas para lidar com um novo tipo de situação, a interação resultante pode introduzir mudanças nos hábitos dos atores. Deste modo, enquanto as disposições oferecem uma estruturação inicial para as atividades da vida, elas estão sujeitas a mudanças.

Estes princípios de estruturação e mudança são especialmente evidentes nas interações sociais que envolvem dois ou mais atores, que podem envolver o confronto de dois ou mais esquemas de ação. A confusão resultante da junção de diferentes atores, cada um buscando enunciar seu próprio esquema de disposições para uma atividade, deve resultar na transformação de alguns, se não de todos esses esquemas concorrentes. Os membros de Amherst utilizam os termos “processo” ou “prática” para comunicar esta noção de interação e ação dotada de sentido.⁴⁰

Essa teoria interpretativa da ação, na qual “ideologia” e “prática” (ou “processo”) são conceitos-chave, gera uma nova concepção de estudos sócio-jurídicos, o que explica o argumento de Susan Silbey de que a tradição direito e sociedade definiu o direito muito

39. Merry (1986, p. 253).

40. As seguintes passagens dão uma ideia da forma como o conceito “processo” é utilizado nesta literatura: “Antropólogos moveram-se do estudo da análise do direito como sistema de regras para uma análise do direito como um *processo* para lidar com casos problemáticos. Esta mudança foi paralela a uma mudança mais ampla dentro do campo para um modelo de análise mais voluntarístico, centrado no ator. A descrição das sociedades veio a focar mais nas estratégias e escolhas dos atores em vez das regras de comportamento, em agregações sociais passageiras e efêmeras tais como redes ou facções em vez de grupos persistentes tais como linhagens e clãs” (Merry & Silbey, 1984, p. 159). A “abordagem processual” dentro da antropologia jurídica está desenvolvendo uma forma de compreensão da flexibilidade do processo de invocação de regras e normas em situações de conflito que promete fornecer a base analítica para lidarmos com a relação entre ideias jurídicas e sistemas de poder, como é verdade para outros antropólogos do direito que estão investigando as implicações dos sistemas de sentido para o comportamento jurídico” (Merry, 1986, p. 267).

estritamente. Ideologias são teias de valores, perspectivas e critérios de avaliação que, de alguma maneira, constituem sujeitos. Entre as ideologias que existem em nossa sociedade estão conjuntos de normas e perspectivas dentro do e sobre o direito. Tais ideologias jurídicas operam mais claramente nas regiões centrais da doutrina e das instituições jurídicas, *mas podem estar presentes em práticas sociais ocorrendo em qualquer lugar*. Se tais práticas não estão incluídas dentro do domínio da pesquisa sócio-jurídica, algo essencial será omitido. Ao limitar suas concepções do “direito” à doutrina e às instituições jurídicas, Silbey argumenta, o movimento direito e sociedade perdeu um elemento chave para o entendimento de como o direito participa da construção social da realidade.

Isto leva à sua segunda crítica, de que enquanto o “direito e sociedade” focou na inefetividade, ele deveria olhar também sua “efetividade”. Uma vez que nós enxergamos o direito como uma ideologia que constrói relações sociais, ela sugere, estaremos interessados em situações nas quais normas jurídicas e ideias prevalentes são aceitas de forma não problemática, assim como estaremos interessados em casos em que elas são objeto de resistência ou são ignoradas.

A terceira crítica de Silbey ao direito e sociedade – seu falso universalismo – aborda o outro lado deste processo. Outra explicação para a presença da ideologia jurídica fora do sistema jurídico é que essa ideologia teve origem fora do direito e foi importada para dentro deste. Essa possibilidade destaca a historicidade da ideologia jurídica. Os conteúdos da doutrina jurídica originam-se de processos históricos específicos, por meio dos quais ideologias são ou construídas ou transmitidas. Assim, a determinação dos conteúdos de um corpo de doutrina jurídica, bem como das fontes a partir das quais elas surgem, é uma questão histórica que podem somente ser respondidas empiricamente. Desse modo, do ponto de vista de uma teoria interpretativa da ação, a tendência de universalização de categorias presente no direito e sociedade está equivocada.

4.4 Tendências divergentes na construção de uma sociologia interpretativa do direito

Muito esforço poderia ser colocado para se questionar se a narrativa de Amherst do direito e sociedade

como uma teoria instrumental da ação apreende precisamente a tradição que ela critica. De fato, poderia ser argumentado que o movimento direito e sociedade era mais sensível à ideologia, mais atento a práticas fora da doutrina e instituições jurídicas, mais preocupado com contextos e particularidades, do que a crítica sugere.⁴¹ Mas não estamos interessados nessas minúcias. Interpretamos a narrativa de Amherst não como uma completa história intelectual, mas, em vez disso, como esboço de uma nova abordagem para a sociologia do direito. Vista desta forma, a crítica pode ser associada à emergência de uma nova perspectiva e à inauguração de uma nova agenda de pesquisa. A tarefa é examinar tal visão alternativa.

Deve causar alguma perplexidade, porém, que não uma, mas várias possíveis agendas parecem estar emergindo. De fato, se se projeta cada uma das várias tendências que podem ser identificadas no grupo de Amherst, pode-se vislumbrar um momento no qual não se poderia mais pensar no Seminário de Amherst como a plataforma de um novo “paradigma” nos estudos jurídicos, mas, ao contrário, como um local onde muitos projetos distintos tomaram forma. Se há uma coisa que os participantes de um seminário de ideologia jurídica deveriam concordar deveria ser a importância da ideologia como um conceito para o estudo do direito. E, de fato, todos os acadêmicos de Amherst iriam provavelmente concordar com o seguinte conjunto de proposições:

- // Ideologias são sistemas de sentido por meio dos quais atores definem seus interesses, percebem seu mundo e avaliam as suas opções e atividades.
- // A forma e o conteúdo das relações sociais são constituídos, ao menos em parte, pela percepção destas relações encontradas na ideologia concomitante. Portanto, relações sociais estão sujeitas a mudanças nas ideologias.
- // Ideologias são constituídas, transmitidas e transformadas por meio de práticas (ou processos) de atribuição de sentido. Portanto, a forma e o conteúdo das ideologias são sujeitas a mudanças em práticas cotidianas.
- // Ideologias representam um campo de batalha. Neste contexto, poder é a habilidade para persua-

41. Ver Blumberg (1967) e Macaulay (1979).

dir, coagir ou por outro modo fazer com que outros atores assumam sua ideologia como suas próprias.

// Há uma variedade de “ideologias jurídicas”. Estas incluem a produção da chamada doutrina jurídica por elites, as compreensões cotidianas sobre o direito, e um leque de visões intermediárias. Tais “ideologias” estão presentes em um amplo leque de espaços sociais e são importantes em muitas relações sociais.

// Compreender todas estas ideologias jurídicas é uma tarefa essencial para a sociologia do direito.

Não obstante os participantes do Seminário possam concordar com estas amplas proposições e compartilhar um interesse em termos chave como “ideologia”, “prática” e “processo”, eles chegam a esse acordo saindo de pontos de partida bem distintos. Com efeito, na variedade de publicações do grupo que se reúne em Amherst, é possível notar o impacto, ou os traços, de pelo menos três correntes bastante diferentes no pensamento social contemporâneo: antropologia cultural, neomarxismo britânico e os estudos jurídicos críticos norte-americanos. Cada uma destas (e outras tradições também) tem sido apropriada no esforço de redefinir a pesquisa em direito e sociedade. Mas cada uma destas fontes primárias de inspiração contém o potencial de gerar diferentes respostas para as questões colocadas pelo esforço de reconstruir o direito e sociedade como “empirismo crítico”. Para entender, em sua completude, as origens do projeto de Amherst, e para verificar o potencial de divergência entre seus proponentes, deve-se olhar atentamente para as diferentes correntes em que o Seminário buscou se basear e com as quais tem procurado caminhar.

4.4.1 Antropologia cultural

Uma fonte da preocupação do Seminário com a ideologia e o processo vem da antropologia jurídica. Antropólogos preocupados com o estudo comparativo de fenômenos jurídicos encontraram espaço dentro do movimento direito e sociedade desde o início.⁴²

42. L. Nader representou a *American Anthropological Association* no *First Board of Trustees da Law and Society Association*. Os primeiros três volumes da *Law and Society Review* incluíram artigos dos antropólogos Bohannon & Huckleberry, (1967), Cicourel (1967) e Morrison (1969). O v. 2, n. 1 (1967-68) foi dedicado à análise das profissões jurídicas na Índia. O v. 4, n.1 (1969-70) foi uma Edição Especial sobre Direito e Antropologia.

A agenda inicial do direito e sociedade, com seus temas relacionados de ciência universal e determinismo, levantou questões que a antropologia e seus métodos pareciam particularmente bem equipados para tratar. Para oferecer uma descrição neutra e válida do papel central e autônomo que o direito exercia (ou deveria exercer) em cada sociedade, a produção acadêmica sócio-jurídica tinha que identificar as necessidades funcionais em todas as sociedades que requeriam o direito ou instituições congêneres às do direito. Qual forma melhor existe para identificar estas necessidades funcionais do que por meio da comparação de fenômenos jurídicos em um número de sociedades diversas?

Definindo o paradigma dos conflitos

Embora antropólogos se sentissem bem em concretizar os temas do determinismo e do cientificismo universal em direito e sociedade, eles logo encontraram problemas com o tema do reformismo despreocupado. É preciso lembrar que inicialmente os acadêmicos do direito e sociedade tendiam a aceitar como auto-evidentes o valor e a autoridade de instituições jurídicas existentes. Entretanto, mesmo os mais superficiais estudos comparados de instituições jurídicas entre culturas pôde rapidamente demonstrar que os conceitos gerais de “direito” presentes na literatura do direito e sociedade eram etnocêntricos. Por exemplo, a aceitação inicial e inquestionável do valor das instituições adjudicatórias pelo movimento, os antropólogos argumentaram, cegou-o para o fato de que em outras sociedades “funções jurídicas” eram realizadas por instituição informais e não adjudicatórias. Portanto, eles afirmavam, a literatura sócio-jurídica precisava de um arcabouço mais amplo e mais geral para a análise das funções gerais do direito. Eles então substituíram o estudo do direito e sociedade pelo estudo dos conflitos e das instituições voltadas à resolução de conflitos.⁴³ A emergência deste paradigma dos conflitos expandiu a abordagem e a agenda original do direito e sociedade. Ao ampliar a definição das instituições jurídicas, o paradigma dos conflitos criou uma moldura dentro da qual as instituições jurídicas estadunidenses poderiam elas próprias ser criticadas. Assim, por exemplo, os *insights* interculturais dos antropólogos do direito forneceram as bases para

43. Ver, por exemplo, Nader (1980) e Abel (1973).

argumentos de que a adjudicação era ineficaz para certos conflitos, agravando-os em vez de resolvê-los, e negando dessa forma o “acesso à justiça”.

Inicialmente, pelo menos, proponentes do paradigma dos conflitos não questionaram os temas subjacentes do determinismo e do cientificismo universal. Presumia-se que todas as sociedades precisavam de instituições para servir à função de resolver conflitos (disputas), e que certos tipos de instituições para resolução de conflitos eram mais adequados para lidar com certos tipos de conflitos. Pesquisadores assumiam que uma ciência social empírica poderia identificar tipos universais de instituições de disputas e conflitos, e especificar os princípios que definiam o encaixe ideal entre conflito e instituição por meio de uma descrição cuidadosa e da comparação das disputas nas sociedades existentes.

Muitos dos acadêmicos que formaram o Seminário de Amherst foram influenciados pela versão original do paradigma dos conflitos e pelas ideias antropológicas em que este se inspirou. Entretanto, pelo menos alguns deles logo se rebelaram contra o determinismo que permeava tal visão. Foi a resposta crítica ao determinismo e suas implicações para a definição de “disputas” e “resolução de conflitos” que os levou a reformular o paradigma, mediante a elaboração de conceitos como “prática” e “ideologia”. Esta mudança pode ser vista nas críticas que fizeram ao “formalismo” na teoria contemporânea de resolução de conflitos. Para acadêmicos como Merry e Sarat, a teoria contemporânea de resolução de conflitos é em sua maior parte “formalista”. Sua abordagem ao estudo dos conflitos é “a-histórica” e utiliza um modelo confuso de ação social.⁴⁴ Quando se presumem leis universais da ação social como subjacentes às disputas e às instituições voltadas à resolução de conflitos, as disputas são entendidas como objetos estáticos presentes em toda sociedade, cuja forma ou substância essencial podem ser determinadas independentemente da sociedade em que ocorrem.⁴⁵ Assim, elas são “desincorporadas de seu mundo social”⁴⁶. E nesta narrativa formalista, indivíduos engajados em disputas são descritos de

forma errônea como agindo racionalmente ao escolher o fórum mais eficiente para desenredarem-se, eles próprios, destas relações problemáticas.⁴⁷

Em contraposição, os antropólogos, e outros no grupo de Amherst influenciados por eles, acreditam que o uso de conceitos como “processo” e “ideologia” – ou seja, uma teoria interpretativa da ação – no estudo dos conflitos adiciona-lhe uma dimensão histórica. Em vez de tomar disputas e instituições de resolução de conflitos como dados societários, o novo paradigma dos conflitos pode questionar a maneira pela qual estes são gerados e se transformam ao longo do tempo:

Uma premissa fundamental para nossa abordagem é que a disputa não é um evento estático que simplesmente ‘acontece’, mas que a estrutura de disputas, querelas e ofensas inclui mudanças ou transformações ao longo do tempo. Transformações ocorrem pois os participantes no processo de disputa possuem diferentes interesses e perspectivas sobre o conflito; participantes avaliam esses interesses e perspectivas no próprio processo de definição e modelagem do objeto da disputa. Sobre o que trata a disputa, se é mesmo uma disputa ou não, e se é propriamente uma disputa ‘jurídica’, podem ser questões centrais para negociação no processo de disputa. Por transformação da disputa nós queremos dizer uma mudança na forma ou conteúdo como resultado da interação e envolvimento de outros participantes no processo de resolução do conflito (...) Em um nível fundamental, a transformação da disputa envolve um processo de ‘redefinição’ (rephrasing) – isso é, algum tipo de reformulação no discurso público.⁴⁸

Note o conceito de “ideologia” implícito nesse parágrafo e o papel que se presume que a ideologia possui na transformação dos conflitos. Primeiro, as percepções das partes envolvidas no processamento de uma disputa são elementos que, em parte, constituem uma relação social como um conflito. Uma mudança na percepção das partes resulta em uma mu-

44. Merry (1987a, p. 2063).

45. Mather & Yngvesson (1981).

46. Merry (1987a, p. 2063).

47. Merry (1987a, p. 2062).

48. Mather & Yngvesson (1981, p. 776-777).

dança na forma e na substância do conflito. Segundo, tais “percepções” incluem não somente a compreensão “factual” que uma parte possui do conflito, mas também o interesse que a parte possui na disputa. Isto é, as percepções que constituem uma disputa incluem tanto as motivações (objetivos e valores) como as cognições (dos “fatos da situação”). Terceiro, percepções são trazidas para dentro do processamento da disputa tanto pelo lado da “sociedade” (as partes) quanto pelo lado do “direito” (por meio de uma terceira parte interveniente). Finalmente, as percepções trazidas para o fórum de resolução do conflito interagem umas com as outras para formar um novo conjunto de percepções compartilhadas – um “discurso público”.

Note também o conceito de “processo” implícito nesse parágrafo e o papel que ele possui na explicação da mudança social e jurídica. Se o processamento do conflito envolve a criação de um novo conjunto de percepções compartilhadas por aqueles envolvidos (o “discurso público”), e se por percepção nós entendemos tanto cognições quanto interesses, então isso sugere que estas partes podem sair com diferentes interesses e cognições em relação a quando entraram no “processo”. Quando esse *insight* é combinado com o fato de que aqueles envolvidos em um conflito incluem tanto as partes quanto um terceiro, nós obtemos a noção de que o resultado transformativo do processamento de um conflito pode ser “devolvido”, por assim dizer, pelas partes à “sociedade” e pelo terceiro interveniente ao “direito”. O processamento dos conflitos pode então introduzir transformações não somente no conflito em si, mas no sistema jurídico e na comunidade também. O processamento de conflitos não somente muda a forma e o conteúdo das relações sociais em questão, mas pode também alterar o direito e a consciência jurídica. Portanto, o conceito de “processo” relaciona mudança social à mudança jurídica:

Interessa-nos, por um lado, a relação entre a definição e a transformação de conflitos e, por outro lado, a manutenção e a mudança do sistema jurídico e de outros sistemas normativos (...). Defendemos que a ampliação dos conflitos individuais é uma forma pela qual a mudança

*social se liga à mudança jurídica*⁴⁹.

Essa conclusão possui implicações radicais para suposições tradicionais no tocante à relação entre direito e sociedade. Não podemos mais pensá-las como esferas separadas que se afetam mutuamente. Ao contrário, agora temos um terceiro elemento – o “processo” (ou “prática”) – que se encaixa, pode-se dizer, *entre* direito e sociedade. Este terceiro elemento serve como uma condição de reprodução e transformação para o sistema jurídico e para a comunidade. O “processo” oferece um espaço por onde sentidos jurídicos podem “flutuar” e se tornar parte dos sentidos da comunidade e vice-versa. Pode, portanto, servir como uma fonte de transformações no direito ou na sociedade. Ele continuamente redefine não somente as relações entre direito e sociedade, mas os limites destes fenômenos.

Disputando nos limites: desenvolvendo uma agenda de pesquisa

A revisão da versão original do paradigma dos conflitos com a incorporação da teoria interpretativa da ação gerou uma estratégia e uma agenda de pesquisa. Uma porção substancial dos estudos de campo produzidos pelos participantes do Seminário nos últimos anos reflete esta estratégia e desenvolve tal agenda. O trabalho pode ser sintetizado como descrições de casos onde sentidos originados dentro do sistema jurídico e da comunidade são trazidos em contato uns com outros em instituições judiciais comuns, operam em conjunto no processamento de conflitos menores, e “retornam” em nova forma tanto para o sistema jurídico quanto para a comunidade. A partir de uma perspectiva tradicional de direito e sociedade, isto pode ser visto como o processo através do qual sentidos originados na comunidade “flutuam para dentro” e se tornam parte do sistema jurídico e vice-versa. Entretanto, numa perspectiva interpretativa, esse processo é mais complicado. O processamento de conflitos e disputas é um processo dialético no qual novos padrões de sentido são construídos tanto para o sistema jurídico quanto para a comunidade, a partir de traços do passado. Esses novos padrões de sentido fazem mais do que simplesmente redefinir o conteúdo das ideologias jurídicas

49. Mather & Yngvesson (1981, p. 776 e 779).

e comunitárias; eles também redefinem os limites desses fenômenos e as relações entre eles. Tal abordagem pode ser vista no estudo de Merry e Silbey sobre as cortes de primeira instância e os programas de mediação associados a elas.⁵⁰ Ela também está refletida no exame de Harrington do *Neighborhood Justice Center*, no estudo de Yngvesson sobre as audiências criminais em Juizados Criminais Especiais (*lower criminal courts*)⁵¹, nas observações de Sarat e Felstiner das reuniões entre advogados e clientes⁵², a no modo como Merry explora o direito na vida cotidiana de uma vizinhança⁵³.

Tais estudos possuem quatro características singulares. Primeiro, eles focam nos conflitos “normais” em espaços institucionais que estão “abaixo” na hierarquia do sistema judicial. Tais conflitos raramente levantam grandes questões doutrinárias, e raramente são objeto de apelação. Eles são concebidos como “pequenas causas” pelos funcionários das cortes e, portanto, relegados a instituições desenhadas para processar pequenas disputas (*small claims courts*). Segundo, os estudos enfatizam o papel que a subjetividade dos participantes – percepções, valores, e critérios de avaliação – possui na definição da relação como “disputa” (conflito). Terceiro, ao observar a percepção do participante, eles dão atenção a imagens do mundo derivadas da doutrina jurídica, mas também examinam o uso de narrativas que utilizam sentidos extraídos da comunidade e das experiências dos funcionários das cortes. Finalmente, eles estão preocupados com a forma como advogados e servidores gerenciam e transformam as percepções dos participantes, e vice-versa.

Esta breve narrativa do paradigma dos conflitos revisado mostra como o Seminário de Amherst tem desafiado alguns dos temas centrais da tradição direito e sociedade, ao mesmo tempo em que se apegam a outros temas. Para esclarecer esse ponto, precisamos contrastar estes estudos das “disputas nos limites” com o clássico padrão de estudo dos “fossos” (*gap studies*), na tradição do direito e sociedade. “Os estu-

dos dos fossos” comparava o “direito nos livros” com o “direito em ação”, mensurando a distância entre prescrição e comportamento. Como Sarat apontou, estudos clássicos de fossos confirmavam a centralidade e autonomia do direito enquanto apontavam para os limites de seu impacto.⁵⁴ Estudos de fossos tomavam o direito como desejável, e assumiam que “preencher os fossos” era um objetivo legítimo. Os estudos de Amherst sobre as disputas nos limites, como os estudos dos fossos, reconhecem que a doutrina jurídica pode ser utilizada em cenários onde outros discursos também estão em ação. Mas, em contraste com os estudos sobre os fossos, as pesquisas sobre disputas nos limites não tratam o direito e a doutrina jurídica como universais, consensuais, necessariamente racionais ou centrais para moldar o comportamento. Em vez disso, neste quadro, conceitos inspirados na doutrina formal são empregados juntamente com outras narrativas em processos ou interações entre partes, advogados, servidores, funcionários das cortes e juizes. A doutrina jurídica é uma entre muitas práticas ideológicas cuja interação ajuda a constituir subjetividades e definir os limites entre direito e sociedade.

O trabalho sobre as disputas nos limites também transforma algumas das abordagens originais do direito e sociedade com relação ao conhecimento social. O compromisso original do direito e sociedade com a ciência incluía ideias sobre o universalismo do direito (funções semelhantes ao direito são necessárias em todos os lugares); determinismo (a sociedade obedece a “leis naturais”) e objetivismo (a literatura sócio-jurídica pode relatar estados objetivos do mundo por meio de técnicas válidas). Os estudos de Amherst rejeitam os primeiros dois aspectos da compreensão original enquanto se agarram firmemente ao terceiro. Portanto, eles reconhecem que as instituições jurídicas não executam funções necessárias e universais, e suas operações são contingentes e sujeitas a transformações que surgem das práticas por intermédio das quais a ideologia jurídica é constituída e transmitida. A operação do direito é, nessa narrativa, historicizada e contextualizada.

Mas apesar do universalismo da *doutrina jurídica* ser

50. Merry (1985, 1986, 1987a, 1987b) Merry & Silbey (1987), Silbey & Merry (1987).

51. Harrington (1985a).

52. Yngvesson (1985a, 1985b).

53. Merry (1985, 1986, 1987a, 1987b).

54. Sarat (1985a, 1985b).

desafiado, o universalismo – e, portanto, a autoridade – dos estudos sociológicos do direito é reformulado e reconstituído em suas bases. Os estudos de Amherst assumem que os cientistas sociais são capazes de utilizar os padrões metodológicos das ciências sociais para garantir descrições válidas de práticas históricas e contingentes que o novo paradigma identifica.⁵⁵ Ainda, a própria descoberta da historicidade e contingência torna a “ciência social” mais importante para autocompreensão do direito. Considerando, nesta abordagem, que o verdadeiro significado e impacto do direito reside em práticas complexas e contingentes de baixa visibilidade, o trabalho dos cientistas sociais – especialmente aqueles que possuem acesso a métodos e procedimentos da antropologia – torna-se essencial, se nós realmente queremos entender o que de fato está acontecendo.

4.4.2 Neomarxismo britânico

Uma segunda fonte do interesse do Seminário na ideologia e no processo deriva da apropriação de ideias da tradição marxista, particularmente esforços recentes para teorizar o papel do direito na reprodução e transformação da hegemonia capitalista. Temas marxistas encontraram espaço na agenda de pesquisa de direito e sociedade tão logo as preocupações liberais do movimento em relação à desigualdade da justiça levaram os acadêmicos a questionar se as instituições jurídicas liberais não seriam também parte do problema, tanto quanto da solução para as questões de justiça.⁵⁶ Dado que o reformismo despreocupado era abandonado, o direito e as instituições jurídicas podiam ser interrogados para se descobrir a função que tinham na garantia de que “os mais ricos saíssem na frente”⁵⁷.

Enquanto a introdução de temas da tradição marxista contribuiu para a desintegração do tema do reformismo despreocupado no direito e sociedade, ela também tornou possível reformular e reintroduzir o determinismo e o cientificismo universal. Para entender como isso ocorreu, deve-se traçar a história das teorias marxistas recentes do direito e seu impacto no projeto de Amherst.

55. Para uma discussão maior, ver a seção D, *infra*.

56. Galanter (1974).

57. Galanter (1974); Sarat (1985a, p. 27-28).

Os estudos marxistas do final das décadas de 1960 e 1970 eram dominados por abordagens estruturalistas. Eles postulavam profundas estruturas ou “códigos” de práticas sociais cujos princípios podiam ser especificados em um alto nível de abstração. Estas práticas, por sua vez, possuíam três dimensões, cada uma com seu próprio código específico (ou estrutura): práticas econômicas, práticas políticas e práticas ideológicas. Para cada modo de produção, havia práticas estruturadas correspondentes que reproduziam a ordem social. O direito era concebido como uma prática ideológica que reproduzia relações capitalistas de exploração e dominação ao contribuir para a constituição da subjetividade.

A narrativa marxista estruturalista do direito, na realidade, possui uma forte relação com a compreensão original do direito e sociedade. Embora o marxismo abandone a ideia de que o direito seja universal e execute funções necessárias e desejáveis em todas as sociedades, ele postula que o direito executa uma função necessária em cada modo de produção. Ademais, embora o marxismo abandone a ideia de que o direito impulse a justiça igualitária e sirva à sociedade como um todo, substituindo tal ideia pela noção de que o direito é um instrumento da classe dominante, ele postula a necessidade e a importância funcional do direito no capitalismo. E considerando que o marxismo assume que desenvolvimentos nos fenômenos jurídicos devem refletir leis subjacentes da sociedade e executar funções necessariamente sociais, as ideias marxistas parecem garantir a base para a pesquisa científica desenhada para especificar tais leis e confirmar suas operações. Assim, é fácil ver como o desencantamento com a tradição do direito e sociedade poderia levar ao acolhimento de temas marxistas, e como isto levaria à identificação da ideologia como conceito central para estudos jurídicos.

Apesar de o marxismo estruturalista ter reconhecido que a ideologia jurídica era importante, originalmente ele não forneceu encorajamento e tampouco direção para a investigação empírica detalhada, pois as funções e impactos do direito eram tidos como certos. Foi somente quando um grupo de acadêmicos marxistas do direito começou a desenvolver uma noção mais rica de ideologia que se tornou possível fazer da “ideologia jurídica” um tema para estudos empíricos

em direito de inspiração marxista. Tais desenvolvimentos no pensamento marxista foram seguidos de perto pelo grupo de Amherst e muitos acadêmicos neomarxistas de ponta visitaram o Seminário e influenciaram o trabalho de seus membros. As figuras de liderança neste esforço de repensar a noção marxista de ideologia jurídica vêm de um grupo de acadêmicos britânicos, incluindo Alan Hunt, Colin Sumner e Roger Cotterrell.⁵⁸ Considerando que Hunt tem um forte contato com o grupo de Amherst, podemos observar especificamente sua contribuição para a discussão.

Em uma palestra ministrada inicialmente em Amherst e posteriormente publicada na *Law & Society Review*, Hunt argumenta que a produção, transmissão e efeito da ideologia jurídica não podem ser presumidos, mas devem ser estabelecidos empiricamente. Ele afirma que os marxistas erram se eles assumem que a doutrina jurídica (i) simplesmente contém uma reafirmação desqualificada dos valores e ideais capitalistas; (ii) é diretamente transmitida a todos os membros da sociedade; ou (iii) opera mecanicamente para constituir todos os cidadãos como sujeitos complacentes. Em contraste, Hunt sugere que, para entender de forma completa o conteúdo e impacto das ideologias jurídicas nós devemos identificar tais ideologias tal como elas existem no mundo; especificar seu conteúdo; e identificar o contexto institucional e econômico em que elas operam através da investigação empírica.⁵⁹ Note-se que esta abordagem afrouxa a estrita suposição estruturalista de uma profunda e inalterada lógica de leis sociais. Hunt, portanto, abre espaço para a possibilidade de que investigações empíricas possam descobrir ideias contra-hegemônicas e transmissões imperfeitas. Não obstante, Hunt não abandona o objetivo de uma narrativa “material” das práticas ideológicas. Enquanto ele afirma que o estudo empírico

de ideologias juridicamente orientadas no capitalismo pode revelar tendências hegemônicas e contra-hegemônicas, ele também sugere estas visões jurídicas “desviantes” não possuem persistência real ou impacto, a menos que elas possam encontrar suporte “material” em práticas institucionais e econômicas. “Meu objetivo”, ele escreve, “é utilizar o conceito de ideologia para explorar a conexão entre ideias, atitudes e crenças, de um lado, e interesses políticos e econômicos, de outro”⁶⁰. Hunt refere-se a esta abordagem como o estudo da “ideologia materialista”.

Com a transformação de Hunt do conceito marxista de ideologia, o papel da ideologia jurídica em reforçar, legitimar ou desafiar relações existentes de dominação abre-se para a investigação empírica. Se as ideologias são hegemônicas ou contra-hegemônicas e se elas encontram suporte material para sua existência continuada, isso é algo que depende da natureza da relação entre ideologias e o contexto institucional e econômico no qual elas existem. Essas relações são determinadas de forma conjuntural, e, portanto, sua natureza só pode ser estabelecida por meio da investigação empírica.

Isso define uma agenda de pesquisa para a ciência social empírica, uma agenda diretamente abordada pelo trabalho de membros do Seminário como Christine Harrington, John Brigham e Adelaide Villmoare, mas refletida no trabalho de outros também. Tais estudos buscam descrever as ideologias do direito e das reformas jurídicas dominantes nos círculos de políticas públicas e explicar sua produção, persistência ou efeito, ao relacioná-las à estrutura subjacente de relações sociais e institucionais nas quais elas es-

58. Hunt (1985), Sumner (1979) e Cotterrell (1986).

59. A investigação empírica deve descrever as várias estruturas de valor, percepção e critérios de escolha imbricados no pensamento jurídico; estabelecer os limites de tais estruturas ideológicas; estabelecer sua coerência ou incoerência; identificar o contexto institucional e econômico no qual elas existem; determinar as funções que tais ideologias servem para seu contexto institucional; determinar as funções que os contextos institucionais desempenham em relação a essas ideologias; e traçar o processo pelo qual tais ideologias são produzidas, como são transmitidas, e se seus efeitos são reproduzidos ou transformados por meio do estudo empírico das práticas.

60. Hunt (1985, p. 13).

tão situadas.⁶¹ Brigham⁶² examina as maneiras pelas quais a ideologia embutida na doutrina jurídica afeta as formas tanto dos participantes em movimentos sociais perceberem o mundo quanto dos próprios movimentos desenharem sua estratégia.⁶³ Ele examina oposições conservadoras ao aborto⁶⁴, oposições feministas à pornografia, o movimento gay pela igualdade de direitos, e o movimento de solução de conflitos por vias alternativas à adjudicação.⁶⁵ No caso do aborto, por exemplo, Brigham argumenta que a decisão de Suprema Corte dos EUA no caso *Roe v. Wade* simultaneamente removeu um incentivo maior que grupos de mulheres pró-aborto tinham para organizar a ação política, forneceu um incentivo para grupos antiaborto se organizarem politicamente, e determinou que o direito se tornasse uma arena essencial para as estratégias políticas da coalizão política antiaborto.

Christine Harrington⁶⁶ está preocupada com a retórica dos reformistas do direito – sejam eles acadêmicos, formuladores de políticas ou gestores. Ela quer expli-

61. Brigham e Harrington explicitamente declaram essa suposição para a relação entre ideologia e contexto institucional. Brigham (1985) escreve: “*Insights* sobre as dimensões constitutivas da ideologia surgem do estabelecimento de um referencial ou contexto que pode ser delimitado (...). As relações institucionais que constituem as comunidades responsáveis por interpretar o direito possuem considerável importância para a pesquisa social (...). Isso se deve à incorporação da ideologia nas relações sociais da vida institucional (...) A doutrina como ideologia pode ser entendida por meio das relações sociais e institucionais que determinam seu impacto” (p. 49). Harrington escreve: “A abordagem deste livro tem sido moldada pela noção de que a ideologia da reforma é em si problemática e ligada a práticas institucionais (...). Uma perspectiva sociológica da ideologia jurídica informa o estudo da relação entre a ideologia e instituições de formalismo. Essa perspectiva leva ao exame do conteúdo da ideologia e seu papel em assegurar as condições de exercício do poder (...). O objetivo é identificar ‘as condições nas quais a ideologia se desenvolve, é sustentada e desintegrada em razão da significância sociológica e prático-política do conhecimento’ [Cotterrell, 1986, 70]. Nós estamos preocupados com as estruturas de reforma da ideologia e sua significância política” (Harrington, 1985a, p. 11-13).

62. Brigham (1985, 1987).

63. Movimentos são constituídos em termos jurídicos onde eles enxergam o mundo nesses termos e se organizam em consonância (com tais termos). Todos os movimentos são constituídos, ao menos em parte, pelo direito. As formas jurídicas são evidentes na linguagem, nos motivos e nas estratégias das atividades dos movimentos como práticas” (Brigham, 1985, p. 8-9).

64. Brigham (1985).

65. Brigham (1987).

66. Harrington (s.d. 1985a, 1985b, 1987).

car por que essas ideologias tomam a forma que tomam, por que elas são aceitas ou não e que impacto elas têm para a natureza das relações sociais. Mais especificamente, ela examina as reformas no processamento de disputas⁶⁷ e na prática do direito diante de agências federais.⁶⁸ Em seu estudo sobre ideologias de resolução de conflitos, por exemplo, ela argumenta que ideologias de reforma que defendem o informalismo têm encontrado aceitação não por que explicitam a finalidade de substituir mecanismos jurídicos formais para o processamento de disputas por mecanismos informais e deslegalizados mas, ao contrário, por que essas ideologias aumentam o escopo, a legitimidade e a eficiência do sistema judicial existente (formal).

Adelaide Villmoare trata do potencial determinante que a ideologia “dos direitos” pode ter como estratégia para a mudança social emancipatória. Ela afirma que a ideologia de reforma construída ao redor de uma nova concepção de direitos legais pode ser um meio efetivo para a mudança social. Entretanto, para que tal ideologia seja efetiva, ela deve ser construída utilizando categorias teóricas que reconhecem o formato de instituições legais, políticas, econômicas e sociais existentes.⁶⁹ Caso contrário, não haverá “base material” nem para o apoio à ideologia nem para a viabilidade de sua implementação.

Os traços do neomarxismo nos estudos de Amherst possuem um sem número de características que se colocam em alguma tensão com as ideias derivadas da tradição antropológica. Primeiro, a narrativa neomarxista da ideologia direciona a atenção para processos macropolíticos e não para manifestações em microencontros específicos. Segundo, o neomarxismo tende a enfatizar que o impacto da ideologia

67. Harrington (1985a, 1987).

68. Harrington (1987).

69. “Um passo necessário ao se analisar a formação dinâmica dos direitos no sistema jurídico contemporâneo dos Estados Unidos é ser capaz de identificar novos tipos de direitos. Visando identificar novas formas, é necessário dispor de categorias teóricas que nos guiem. A construção de categorias que ajudem na percepção de novas formas de direitos é inspirada na observação conceitualmente informada de configurações históricas particulares do direito que existe e das mudanças nas relações políticas, econômicas e sociais. Em outras palavras, a construção teórica de diferentes tipos de direitos é contingente à sofisticação de ideias abstratas, assim como a circunstâncias históricas concretas (Villmoare, 1985, p. 43).

deve ser especificado em relação a um contexto político, institucional e econômico. Terceiro, nesta perspectiva, a ideologia tende a ser considerada como conjunto relativamente estável e definível de categorias que podem ser separadas das instituições políticas e econômicas associadas a ela. Quarto, a ideologia é avaliada em termos de reforço ou desafio à hegemonia do grupo ou classe dominante.

Os temas neomarxistas transformariam a agenda do direito e sociedade, embora em formas que, em última instância, divergiriam daquelas inspiradas pela antropologia. Estudos inspirados em Marx claramente rejeitam noções sobre o caráter autônomo e a natureza benigna do direito. Na verdade, eles reafirmam o tema da centralidade do direito, mas é a centralidade de uma ideologia dominante, não um “mecanismo de direção social” neutro. Estudos inspirados em Marx distanciam-se completamente da análise instrumental de políticas. Embora eles possam examinar a formação de políticas, isso ocorre para expor o jogo de interesses subjacente à aparente neutralidade das reformas, e não para levar as reformas adiante à maneira instrumental. Finalmente, o marxismo, como a antropologia, é utilizado para reconstituir a pretensão de autoridade acadêmica através da ciência do direito e sociedade. De fato, o “traço” marxista no trabalho de Amherst é próximo à compreensão original do direito e sociedade. Embora a mudança do marxismo estruturalista dos anos 1970 para a formulação neomarxista corrente abandone temas deterministas sobre profundas leis estruturais do modo de produção capitalista, o neomarxismo continua sendo um programa de cientificismo universal ao enfatizar a necessidade de descrever a estrutura das instituições econômicas e políticas com o objetivo de “explicar” como as ideologias funcionam. Portanto, ele aponta para direções que diferem do esforço de contextualização da antropologia.

De fato, assim como as novas disputas de paradigmas tornam o papel das ciências sociais no estudo do direito mais importante do que na formulação original do direito e sociedade, a guinada para o neomarxismo fornece um argumento forte, porém diferente, para conceber os estudos jurídicos como “ciência”. Se a ideologia jurídica é um aspecto central do processo pelo qual grupos dominantes mantêm a hegemonia,

então qualquer compreensão das relações sociais deve lidar com a produção e reprodução da hegemonia pelo do direito e compreender como esta ideologia reforça relações institucionais e econômicas existentes. Se o processo de produção e reprodução da sociedade por meio da ideologia jurídica é mais conjuntural do que pensado originalmente, então o estudo detalhado desse processo em todas as suas particularidades é essencial para uma compreensão completa do modo de produção capitalista. Assim, a guinada neomarxista oferece tanto uma razão para o estudo da ideologia jurídica em um nível empírico ser importante, quanto um apoio para a ideia de que a ideologia assim descrita somente pode ser explicada ao se descrever as funções às quais ela serve nas estruturas econômicas e institucionais.

4.4.3 Estudos Jurídicos Críticos norte-americanos
O movimento dos “Estudos Jurídicos Críticos”⁷⁰ (EJC) nas faculdades de direito dos Estados Unidos teve um grande impacto no trabalho do Seminário Amherst. Isto poderia ser mensurado de diversas formas: frequência das citações, contatos, sobreposição de temas. Mas essas medidas não nos dizem muito. Há três razões que explicam por que é difícil traçar as relações entre os EJC e o projeto de Amherst. Primeiro, os EJC são heterogêneos, incorporando uma ampla variedade de tradições “críticas”. Assim, não é fácil dizer o que os EJC “são” em qualquer sentido que permitiria uma avaliação de seu “impacto”. Segundo, os estudos jurídicos críticos adotam e se apropriam de tradições críticas que tiveram impacto amplo em muitas das outras disciplinas com as quais os acadêmicos de Amherst trabalham. Portanto, é possível ver alguns temas descritos como originários de fontes “antropológicas” ou “marxistas” no trabalho de acadêmicos dos EJC, bem como no produto do Seminário de Amherst. Finalmente, a relação entre Amherst e os EJC é muito complexo. Assim, em um artigo não publicado apresentado em Amherst, Duncan Kennedy notou que os estudos jurídicos críticos aparentemente tiveram dois papéis contraditórios no desenvolvimento do Seminário:

Um papel de bode expiatório: os EJC representam algumas coisas que todos concordam que

70. O termo original é *Critical Legal Studies* (CLS). N.T.

devem ser evitadas, embora isso seja uma forma muito suave de se dizer: a referência coletiva à forma como o EJC deve ser evitado é uma das formas pelas quais o grupo se constitui;

Um papel de exemplaridade: muitas das posições ou atitudes nas quais o grupo converge são aspectos importantes do trabalho dos EJC, e quanto mais o tempo passa, mais e mais trabalhos dos membros do grupo fazem referência aos EJC como um atalho para se referir tanto a premissas de fundo comumente aceitas em seus próprios trabalhos, como a objetivos e aspirações do trabalho do grupo”.

Como resultado destas tendências contraditórias, Kennedy afirma, o Seminário tem mostrado “uma curiosa ambivalência em relação aos EJC”.

Pode-se ver nesta ambivalência de outro velho tema na história do movimento direito e sociedade. Desde o início, acadêmicos de direito e sociedade tiveram uma relação contraditória com a teoria e a produção acadêmica em direito. Por um lado, acadêmicos de direito e sociedade buscam uma identificação com as preocupações da academia jurídica, de modo que suas vozes pudessem ser ouvidas na cultura jurídica acadêmica. Por outro lado, eles sempre buscaram se diferenciar do que os acadêmicos do direito fazem (em contraposição aos acadêmicos sócio-jurídicos), de modo que eles pudessem defender um papel legítimo e distinto na produção de conhecimento sobre o direito. O que sempre foi uma relação complexa na era “liberal” do reformismo jurídico torna-se igualmente, senão ainda mais complexo, no presente momento, quando uma tradição crítica surgiu na academia jurídica e incorporou e empregou temas, conceitos e modos de argumentação extraídos de uma variedade de disciplinas sociais. Os acadêmicos de Amherst podem temer que, caso abraçam os estudos jurídicos críticos de forma integral, eles serão engolidos por eles. Por outro lado, se mantiverem uma distância muito grande, eles estarão isolados de uma grande e reconhecida corrente no pensamento jurídico.

Em vez de tentar traçar as complexidades da relação entre duas entidades tão complexas quanto o “Seminário” e os “EJC”, nós queremos destacar dois aspectos

que nos parecem ser ao mesmo tempo importantes e ilustrativos nessa relação. Essas são questões de posição acadêmica e de método.

Os acadêmicos dos EJC estiveram bastante preocupados com a questão de como os próprios acadêmicos se posicionam no processo de construção do conhecimento. Eles ocupam uma posição contraditória e são autoconscientes disso. Seu trabalho principal é a produção de teoria do direito. Ainda sim, eles acreditam que a teoria do direito é um produto ideológico, parte de um processo complexo através do qual relações desiguais e injustas são produzidas e reproduzidas na sociedade. A questão da posição relaciona-se a como levar adiante uma política transformadora na teoria do direito.

O debate no interior dos EJC sobre como isso pode ser feito é intenso e não resolvido. Todos os acadêmicos dos EJC provavelmente concordariam que a primeira tarefa é a de compreender a natureza política do trabalho de produção da doutrina e da teoria do direito, e de ser autoconsciente sobre como a sua própria docência e produção acadêmica afetam definições culturais que possuem implicações políticas. A questão sobre o que fazer quando essa compreensão e autoconsciência tiverem sido alcançadas é mais controversa. Alguns no interior dos EJC defendem uma prática chamada “*trashing*”, ou a crítica implacável da cultura jurídica dominante. Outros se manifestam em favor de um processo de produção de “doutrina desviante”. Isso significa trabalhar dentro da tradição da cultura jurídica dominante para identificar visões suprimidas e contra-hegemônicas que podem ser encontradas dentro do pensamento jurídico e da doutrina.⁷¹ Como os que apoiam a última abordagem enxergam o pensamento jurídico e a doutrina como complexos e contraditórios, eles acreditam que visões contrastantes já estão presentes dentro da própria tradição que buscam transformar.⁷²

Alguns dos trabalhos dos participantes do Seminário mostram uma preocupação com a necessidade de se entender o significado político da produção acadêmica e investigar o papel do acadêmico nesse

71. R. Gordon (1987).

72. Unger (1986).

processo. Assim, Susan Silbey e Austin Sarat estão preocupados, tanto quanto os EJC, com o problema da cumplicidade na produção, reprodução e transmissão da ideologia jurídica. Isto os tem inspirado a interrogar seus próprios trabalhos como acadêmicos sócio-jurídicos. Se, eles argumentam, acadêmicos sócio-jurídicos estão tão imbricados em redes de produção de sentido quanto os sujeitos que eles descrevem, então cabe-lhes interrogar a estrutura do discurso que eles tecem. Isto requer interrogar o terreno conceitual que sua linguagem constitui,⁷³ as estratégias perseguidas por suas produções de conhecimento, os interesses promovidos por seus produtos, e a posição institucional a partir da qual eles levam adiante esta produção de ideologia.⁷⁴

Se as discussões de Silbey e Sarat sobre a posição acadêmica parecem ecoar e reforçar aspectos da abordagem dos EJC, debates feitos por estes dois acadêmicos de Amherst e outros participantes do Seminário sobre questões de método parecem traçar claras linhas divisórias entre seu trabalho e os dos acadêmicos dos EJC. Assim, ao longo do trabalho do grupo de Amherst e particularmente em recentes ensaios de Silbey e Sarat, é possível encontrar repetidas referências ao fato de que a literatura dos EJC falha em narrar o impacto da ideologia jurídica porque tais acadêmicos somente estudam a doutrina jurídica e não examinam o verdadeiro processo ou práticas por meio das quais esta ideologia é produzida e transmitida. Estas críticas aos EJC por limitarem sua análise da ideologia aos “manuais de chinês” da cultura jurídica de elite permitem que os participantes do Seminário aceitem e incorporem algumas das posições teóricas do EJC, ao mesmo tempo em que permitem que eles afirmem que a completa realização do projeto dos EJC demanda a colaboração dos acadêmicos sócio-jurídicos que realmente sabem como descobrir a forma pela qual o poder é produzido e reproduzido na vida cotidiana. Como Kennedy sugere, o grupo de Amherst encontrou em seu pano de fundo compartilhado de disciplinas empíricas uma forma que pode tanto se relacionar quanto se distinguir deste novo movimento na academia jurídica estadunidense (os EJC). Ao identificar os estudos empíricos como um

aspecto necessário da tradição crítica nos estudos jurídicos, e ao identificar a ciência social como necessária para o empirismo, este aspecto dos trabalhos do Seminário recoloca o tema do cientificismo e, assim, promete continuidade no direito e sociedade.

O esboço traçado acima para as fontes do projeto de Amherst é incompleto. Ele dá atenção insuficiente a influências, como o pós-estruturalismo, que estão claramente operando no trabalho do Seminário. O esboço também terá induzido a erro, se for lido como sugerindo que Amherst apenas comporta três diferentes grupos muito diferentes e projetos potencialmente em guerra uns com os outros. Ao focar nas fontes, e nos potenciais conflitos entre os projetos derivados destas fontes, nós menosprezamos o grau de comprometimento comum e damos muita pouca ênfase ao processo dialético de interação que pode ser observado se o trabalho do Seminário for estudado cronologicamente. Assim, uma das características interessantes da produção acadêmica de Amherst é a quantidade de trabalhos que têm sido produzidos em coautoria, na medida em que as pessoas vêm de diferentes disciplinas e possuem trabalhos anteriores que se baseiam em diferentes fontes e, não obstante, agregam-se em trabalhos coletivos nos quais buscam sintetizar diferentes perspectivas. Nós achamos que é importante ver as fontes e os potenciais conflitos entre elas, mas também é essencial compreender que, ao mesmo tempo em que se baseiam em diferentes fontes para definir uma prática crítica, os participantes do Seminário compartilham uma aspiração comum. Esta aspiração é de desenvolver uma sociologia crítica do direito que incorpore ideias de estrutura sem abandonar a ideia de agência; que seja capaz de identificar padrões e regularidades enquanto mantém a ideia básica de que a vida social é indeterminada e instável; e que insista que o nível micro e macro de análise devem informar um ao outro.⁷⁵

4.5 Uma ameaça comum? Cientificismo sem determinismo

Embora ninguém possa prever os resultados de longo prazo do projeto de Amherst, três coisas podem ser ditas. Primeiro, ao destacar conceitos como “ideologia”

73. Silbey (1985).

74. Sarat (1985a, 1985b) e Silbey & Sarat (1987).

75. Esta interpretação foi sugerida por Boaventura de Sousa Santos. Comunicação pessoal aos autores, maio de 1988.

e “processo” e reconstituir o paradigma dos conflitos, o Seminário de Amherst fez uma virada decisiva na tradição de direito e sociedade. Segundo, esta virada coloca em questão dois dos temas originais em torno dos quais o movimento foi organizado: instrumentalismo despreocupado e determinismo. Terceiro, apesar da vontade de desafiar dois dos pilares centrais da compreensão original do direito e sociedade, os participantes do Seminário parecem reter e compartilhar a crença de que a ciência social pode garantir descrições válidas do mundo. Essa crença faz com que eles não questionem o tema do cientificismo universal. Ela oferece um possível ponto de acordo entre um conjunto de diferentes perspectivas. Ainda sim, parece ser inconsistente com os elementos do modelo “interpretativo” de ação que o Seminário está desenvolvendo, além de levantar sérias questões sobre a natureza do “empirismo crítico” que os participantes promovem. Nesta subseção, enfrentamos a questão do cientificismo sem determinismo. Na próxima seção, exploraremos os problemas que esta crença cria para o projeto de empirismo crítico.

Poderia parecer, em um primeiro olhar, que a virada interpretativa conduziria os participantes do Seminário a questionar a autoridade das descrições científicas – no entanto, poucos assim o fizeram. Como pode uma literatura que promove a teoria interpretativa da ação por meio do uso de conceitos como “ideologia” e “processo” manter os vestígios de uma teoria instrumental da ação? Lembre-se que a teoria instrumental presume uma distinção entre consciência (interna) e objetos/comportamentos (externos). Quando a prática científica é concebida dentro de uma perspectiva instrumental, uma distinção pode ser feita entre suposições relacionadas à natureza do objeto/comportamento externo descrito pela ciência (suposições ontológicas) e suposições relacionadas à natureza do processo pelo qual essas descrições são construídas (suposições epistemológicas). Enquanto uma tal distinção for mantida, é possível aceitar as suposições interpretativas relacionadas à natureza dos objetos observados, enquanto simultaneamente se mantêm suposições da teoria instrumental da ação relacionadas ao processo pelo qual o conhecimento científico desses objetos é construído.

Essa é a posição teórica mais comum, implícita ou

explícita, nos escritos de Amherst: uma ontologia interpretativa casada com uma epistemologia instrumental. Quando não declarada explicitamente, ela se manifesta por meio de afirmações nas quais os autores asseveram que o motivo pelo qual devemos perseguir uma estratégia sócio-jurídica que abandona o instrumentalismo despreocupado e o determinismo é que tal estratégia garante uma descrição “mais precisa”, mais “teórica”, menos “estreita”, mais “completa” e mais “sociológica” dos fenômenos jurídicos.⁷⁶

O tema do cientificismo universal se manifesta dentro da teoria instrumental da ação por meio de uma compreensão particular dos valores, perspectivas e padrões de avaliação envolvidos na produção do conhecimento científico empírico. Uma ciência universal é motivada pelo valor de construir descrições válidas do mundo que podem ser utilizadas instrumentalmente para qualquer motivo que indivíduos considerem úteis. A validade das descrições construídas é garantida ao se seguir um conjunto definido de procedimentos na observação empírica do fenômeno, que atingem certos padrões avaliativos de validade descritiva. As descrições ou perspectivas válidas assim construídas servem como adições à “grande representação”⁷⁷ do mundo que o conhecimento científico está vagarosamente construindo.

Note-se que, em cada um dos casos acima, o elemento envolvido, seja ele os valores, procedimentos ou produtos da ciência, deve ser universal. O valor de construir descrições válidas é universal para todos

76. Brigham (1985), por exemplo, em seu estudo sobre o impacto judicial, afirma que “para entender tais processos, é necessário ir além da política e das atitudes. Uma *representação mais precisa* apresenta tanto os fatores comportamentais (...) quanto as funções do conhecimento” (p. 51). Geralmente tais pretensões de uma ciência mais precisa são expressas indiretamente por críticas a posições teóricas prevalentes. Silbey e Sarat (1987), por exemplo, argumentam que a inclinação para interlocutores no mundo das políticas públicas fez com que acadêmicos sócio-jurídicos construíssem “uma versão limitada, parcial e distorcida” da relação entre direito e sociedade. Se nós mudarmos para uma ontologia interpretativa, ela nos irá “permitir a elaboração de uma imagem mais completa e mais rica do direito na sociedade” (p. 49-87). Outro exemplo é a análise de Yngvesson da hipótese de “relações continuadas”. Ela alega que embora a pesquisa motivada por essa hipótese tenha gerado um rico corpo de dados, ela ao mesmo tempo “aponta para as limitações de um modelo que pode, de fato, *distorcer nossa compreensão*”. (Yngvesson, 1985b, p. 624-25). Grifos nossos.

77. *Big picture*, no original em língua inglesa (N.T.)

os trabalhos científicos e, por definição, exclui outros valores mais particularistas. Os padrões avaliativos da validade descritiva e os procedimentos do método propriamente científico que eles definem são universais porque eles garantem a validade das descrições assim produzidas, independentemente do que está sendo descrito ou de quem está construindo a descrição. A perspectiva assim construída será universal porque qualquer pesquisador que aceitar os valores científicos, seguir os métodos científicos, e tentar descrever o mesmo fenômeno irá produzir a mesma descrição.

Tais vestígios de instrumentalismo se alojam em narrativas interpretativas mais sofisticadas. Considere, por exemplo, o estudo de Merry de 1986 sobre a ideologia da classe trabalhadora em juizados de pequenas causas. A estrutura conceitual desse artigo mantém a suposição de que estudos empíricos geram evidências de contextos particulares que podem ser utilizados para gerar ou verificar *insights* teóricos gerais. Merry justifica sua pesquisa ao identificar, no presente estágio do conhecimento, uma lacuna no seu tema de pesquisa: em que medida as partes, em juizados de pequenas causas, enxergam a doutrina jurídica como legítima.⁷⁸ Em outras palavras, ela identifica uma área no mundo para qual nós não temos uma descrição precisa. Esta lacuna na “grande representação” da ciência é especificada, em parte, por sua referência a certas literaturas existentes que já fornecem uma descrição válida de fenômenos semelhantes.⁷⁹ Ao identificar a falta de descrição precisa em uma área específica, Merry define o objetivo de sua pesquisa: avançar o conhecimento científico ao “preencher a lacuna”. Muitos artigos de Amherst declaram explicitamente que o objetivo de seus escritos é o de garantir à ciência descrições precisas para

78. “Nós [cientistas sociais] temos pouca evidência empírica sobre em que medida a doutrina jurídica é conhecida pelas pessoas em posições subordinadas ou sobre as implicações desse conhecimento para as suas ideias acerca da legitimidade e da justiça do sistema social (...). Ainda assim, o papel da ideologia jurídica em preservar ou mudar as relações de poder existentes não tem sido tipicamente abordado por antropólogos que estudam o direito”. (Merry, 1986, p. 255).

79. A revisão de Sarat (1977) de dados de *surveys* sobre a cultura jurídica americana indica que aqueles que têm contato em primeira mão com o sistema jurídico estão menos satisfeitos do que aqueles que não têm contato (Merry, 1986, p. 266).

os propósitos de expansão do conhecimento geral.

Tendo especificado o propósito de seu artigo, Merry então descreve os métodos de investigação empírica que utilizou na construção de sua descrição. Assume-se que esses procedimentos científicos de coleta de dados se conformam a critérios universais de validade; qualquer um investigando o mesmo fenômeno, ao utilizar esses procedimentos de investigação empírica, irá construir a mesma descrição. Ao seguir tais procedimentos universais, Merry afirma que a descrição que ela constrói será precisa. Ao relatar o uso de tais procedimentos, ela garante aos seus leitores (seus colegas cientistas) que seus resultados são válidos.⁸⁰ Tendo afirmado a validade de seu procedimento, Merry vai além para comunicar a descrição que ela construiu e para derivar certas conclusões gerais sobre a natureza da realidade a partir dessa descrição. Ela apresenta sua descrição e suas conclusões como conhecimento científico válido da natureza do fenômeno jurídico.⁸¹ Presumivelmente, esse conhecimento está agora disponível para uso por qualquer leitor que possua interesse ou valor que pode ser atingido ao usá-lo.

Nesse exemplo nós encontramos três processos componentes da teoria instrumental da ação: descrições da realidade, critérios de avaliação e fins valorados. Ainda, encontramos a suposição de que tais processos são conduzidos como atividades distintas. Merry supõe que pode haver descrições do mundo que podem ou não ser científicas. Ela parece assumir que se essas descrições seguirem certos procedimentos, elas então serão científicas. E sugere ainda que o conhecimento pode ser construído sem consideração aos fins em relação aos quais eles serão postos.

Porém, as conclusões de Merry sobre a natureza do fenômeno jurídico demonstram que o *fenômeno* que

80. “Este artigo se baseia em muitos anos de pesquisa etnográfica. (...) Este estudo inclui extensa observação etnográfica” (Merry, 1986, p. 256).

81. O objetivo aqui é identificar afirmações positivas sobre a natureza do mundo que Merry faz com base na sua investigação empírica estruturada. Exemplo: “O grau de controle ou de constrangimento a que está submetida a ideologia local pela ideologia dominante e pela estrutura institucional é uma questão empírica. (...) Em diferentes situações sociais, a relação entre ideologias locais e dominantes pode ser bem diferente” (Merry, 1986, p. 267).

ela descreve opera de acordo com os princípios de uma teoria interpretativa da ação. “O grau de controle ou de constrangimento a que está submetida a ideologia local pela ideologia dominante e pela estrutura institucional é uma questão empírica. (...) Em diferentes situações sociais, a relação entre ideologias locais e dominantes pode ser bem diferente”⁸². Em outras palavras, não há determinismo para o conteúdo e impacto de ideologias jurídicas formais ou locais; entretanto, podemos definir tal verdade por meio da universalidade da investigação científica.

A falha do Seminário de Amherst em seguir firmemente as implicações interpretativas com relação ao cientificismo universal, especialmente considerando sua disposição para aplicar a crítica interpretativa aos temas do instrumentalismo despreocupado e determinismo, sugere as implicações radicais que a teoria interpretativa apresenta para a autocompreensão que os membros do Seminário possuem de seus papéis enquanto cientistas sociais e dos constrangimentos institucionais colocados para eles por suas disciplinas. Levado às suas conclusões lógicas, o interpretativismo levantaria sérias questões sobre suas próprias práticas e as instituições nas quais eles trabalham. Os membros do Seminário Amherst são cientistas sociais preocupados em redefinir a atividade da pesquisa sócio-jurídica. Dos três temas da produção acadêmica de direito e sociedade que nós identificamos, é o cientificismo universal que cria os maiores riscos para os membros de Amherst e suas disciplinas (em oposição a atores do sistema jurídico ou acadêmicos tradicionais do direito). A justificativa da necessidade de investigação pelas ciências sociais é baseada em sua reivindicação de que podem oferecer descrições válidas e explicações. Essa justificativa garante aos cientistas sociais sua própria autoestima, bem como o “status” e o suporte material que eles recebem do resto da sociedade. Abandonar o cientificismo universal poderia ser visto como uma forma de minar a própria fonte de poder da literatura sócio-jurídica. Ainda que uma sofisticada cientista social como Merry esteja disposta a questionar esse tema no âmbito privado, é difícil para ela fazê-lo em escritos públicos. Pois ainda que ela esteja disposta a minar as bases de legitimação de sua própria au-

82. Merry (1986).

toridade, seus colegas podem não estar dispostos a aceitar as consequências de publicações com esse jaez para sua disciplina como um todo. Assim, para publicar, ela deve guardar as dúvidas para si própria.

5 Crítica e empirismo

Como uma mudança da teoria instrumental para a teoria interpretativa da ação deveria afetar a forma pela qual nós entendemos nossas práticas e produtos? Nesta seção, examinamos a forma como muitos acadêmicos de Amherst lidam com essa questão, e clarificamos o que está em jogo quando a “crítica” é justaposta ao “empirismo”.

5.1 A pesquisa em Direito e Sociedade como prática ideológica

Na teoria instrumental da ação, descrições precisas do mundo são necessárias para o efetivo alcance de fins, não importando o que poderiam ser esses fins. A suposição é que todos os seres humanos compartilham um conjunto particular de critérios avaliativos pelos quais examinam em que medida descrições do mundo verdadeiramente correspondem a este mundo. Na ciência social, tais critérios avaliativos fornecem uma série de métodos através dos quais as descrições podem ser construídas, as quais refletem com grande proximidade a verdadeira natureza de comportamentos e objetos externos. Nesse contexto, a investigação “empírica” refere-se ao processo de observação cautelosa do mundo externo para o propósito de elaboração de descrições válidas – “re-presentações” – desse mundo.⁸³

Outro passo necessário na teoria instrumental da ação é uma seleção, pelo indivíduo, dos valores que ele buscará alcançar com a ação. Na medida em que existem diversos valores concorrentes a partir dos quais o indivíduo pode selecionar, ele deve articular os vários valores que pode escolher e sopesar a significância que atribui a cada valor. Esse processo de julgamento pode envolver a aplicação de certos critérios avaliativos, embora estes não sejam aqueles usados na determinação do conhecimento válido discutido acima. Esse processo de deliberação sobre valores concorrentes é a noção instrumental de “crítica”.

83. Peller (1985).

Sob uma teoria instrumental, crítica e investigação empírica são procedimentos relacionados, apesar de distintos. Eles são relacionados na medida em que ambos oferecem uma contribuição para a determinação da ação social: a investigação empírica descreve os meios à disposição do ator, enquanto a crítica seleciona os fins valorados que o ator irá perseguir. Entretanto, cada um desses procedimentos é distinto um do outro, uma vez que eles cumprem as tarefas que lhes foram designadas sem qualquer envolvimento ou contaminação do outro. Cada um envolve seu próprio conjunto particular de critérios avaliativos. Descrições, por exemplo, são isentas de valor, porque sua validade pode ser estabelecida sem referência quer a finalidades particulares que lhes poderiam ser atribuídas, quer aos critérios que poderiam ser aplicados na seleção crítica de tais finalidades. Valores são independentes de descrições porque sua seleção pelo julgamento (escolha) pode ser atingida sem conhecimento descritivo da natureza do mundo. Esse é o motivo, a partir do ponto de vista da teoria instrumental, pelo qual o “empirismo crítico” é uma contradição em termos. De acordo com o modelo instrumentalista de ação, crítica e empirismo são, por definição, processos radicalmente distintos.

Entretanto, a transição de uma teoria instrumental para uma teoria interpretativa transforma nossa compreensão de valores, conhecimentos, critérios avaliativos e a maneira pela qual esses três fenômenos estão relacionados. Neste modelo, valores específicos, conhecimento e critérios avaliativos se combinam em uma teia de sentidos “trans-individual” e comum – uma “ideologia”. Os valores, percepções, e parâmetros que constituem uma ideologia específica estão, portanto, profundamente implicados uns com os outros. Uma dada perspectiva, por exemplo, pode ser identificada como parte de uma dada ideologia em virtude das relações de sentido que a vinculam a valores e critérios de avaliação que também são constitutivas daquela ideologia. Na medida em que se muda de uma ideologia para outra, ou em que determinadas ideologias se transformam, os valores, conhecimentos e critérios que compõem tais ideologias também mudam. Isso significa que valores, conhecimentos e critérios de avaliação são “historicizados” e “pluralizados”: há uma multidão de valores, perspectivas de conhecimento e critérios;

estes elementos são diferentes entre sociedades e ao longo do tempo; e eles são ligados por diferentes relações em diferentes combinações para constituir diferentes ideologias.

Uma característica distintiva do trabalho de Amherst é que os participantes do Seminário reconhecem as ideologias como objetos de percepção que podem ser descritos empiricamente. Ou seja, nossas descrições do mundo podem incluir uma descrição de ideologias juntamente com nossa descrição de comportamentos e objetos. Entretanto, somente uma pequena parcela dos trabalhos de Amherst leva essa ideia às suas últimas consequências. Somente alguns poucos membros desenvolveram, em suas publicações, as implicações radicais que o interpretativismo gera para a autocompreensão dos acadêmicos sócio-jurídicos acerca de sua produção de conhecimento.

Se aceitamos os conceitos de “ideologia” e “processo” como elementos característicos das relações sociais que, como cientistas sociais, descrevemos, então devemos aceitar tais elementos como componentes característicos de nosso próprio comportamento (enquanto prática social dotada de sentido). Considerando que a construção do conhecimento científico é uma das nossas atividades primárias, nós devemos reconhecer tal atividade como um momento na reprodução, transmissão e transformação de ideologias. Isto implica que os valores que promovemos, as perspectivas que construímos, e os critérios de avaliação que aplicamos são todos históricos; eles estão profundamente implicados uns com os outros; eles se juntam (apesar de frouxamente) como redes de sentidos; e eles mudam ao longo de tempo e espaço. Em resumo, se nós acreditamos sinceramente que um modelo interpretativo da ação é mais apropriado do que a teoria instrumental, então nós, como acadêmicos de direito e sociedade, devemos abandonar não somente nossos temas de instrumentalismo despreocupado e determinismo, mas também nosso tema de cientificismo universal.

5.2 Passos experimentais do seminário de Amherst

Apesar de sua defesa contínua do cientificismo, a adoção, pelo Seminário, de uma perspectiva interpretativa sobre seus objetos de análise tem levado diversos

membros de Amherst a enfrentar experimentalmente as implicações da perspectiva interpretativa para a prática da produção de conhecimento. Uma revisão destas discussões sobre a relação entre “crítica” e “empirismo” nos ajudará a entender o que pode significar realizar uma “guinada interpretativa” à outrance.

Para fazê-lo, nós focamos nos esforços de Amherst que examinam os estudos sócio-jurídicos como atividade ideológica. Tais trabalhos mantêm ou abandonam as suposições de que a ciência (i) é motivada por um conjunto universal de valores e interesses-guia, (ii) constrói descrições universalmente válidas do mundo, e/ou (iii) segue procedimentos universalmente reconhecidos em sua construção do conhecimento? Nossa revisão da literatura de Amherst identificou três posições epistemológicas distintas com uma crescente confiança em suposições interpretativas:

5.2.1 A descrição e avaliação de ideologias

Um primeiro conjunto de artigos realiza uma mudança epistemológica interpretativa ao reconhecer que os acadêmicos sócio-jurídicos estão, eles próprios, envolvidos em uma prática ideológica quando produzem conhecimento. Consequentemente, o conhecimento científico que eles produzem expressa uma pluralidade de perspectivas em vez de um único discurso dotado de validade universal. Além disso, as ideologias que orientam o trabalho sócio-jurídico podem ser as mesmas que orientam as estratégias políticas de formuladores de políticas públicas (*policy makers*). Assim, a comunidade das ciências sociais não apenas produz uma pluralidade de perspectivas, mas cada uma dessas perspectivas relaciona-se a distintos projetos políticos e interesses institucionais.

Entretanto, tais trabalhos mostram uma aderência contínua à orientação objetivista da teoria instrumental da ação. Eles sugerem que embora os cientistas sociais estejam enredados em ideologias, algumas destas produzem uma imagem das relações sociais que está mais de acordo com os fatos do que outras. Em outras palavras, descrições válidas construídas através da aplicação de procedimentos científicos adequados podem ser utilizadas para avaliar o grau em que as perspectivas moldadas por ideologias são descrições precisas do mundo. Essa mesma avaliação pode então ser utilizada como critério para

se fazer uma escolha valorativa entre ideologias. Esse processo de usar investigações empíricas positivistas para “testar” ideologias é geralmente referido como a “perspectiva sociológica”⁸⁴.

Tais trabalhos se consideram como “críticos”, pois eles reconhecem que a produção ativa de sentidos, incluindo a atividade de formuladores de políticas e acadêmicos sócio-jurídicos, somente pode ser descrita dentro do contexto das ideologias por meio das quais esta atividade é percebida pelos atores envolvidos. As perspectivas construídas devem, então, suplementar descrições de comportamento com descrições das ideologias que ajudam a enquadrar este comportamento. Desse modo, todas as práticas – incluindo práticas científicas – são práticas ideológicas.

Todavia, nessa forma de pensar, a “pesquisa empírica” é uma prática enquadrada por uma abordagem especial – “a perspectiva sociológica” – que se distingue por construir uma prática cujos produtos garantem descrições precisas do mundo. Portanto, para tais artigos, o “empirismo crítico” torna-se um processo pelo qual as ideologias são descritas (“crítico”) e então avaliadas com base na investigação empírica (“empirismo”).

5.2.2 A multiplicação de perspectivas

No artigo “Critical Traditions” de 1987, Susan Silbey e Austin Sarat apresentam uma segunda posição epistemológica. Nesse artigo, que começou como uma palestra para a *Law and Society Association*, eles argumentam que a mesma indeterminação que o Seminário assume com relação aos objetos de conhecimento (ontologia) também se aplica ao conhecimento “científico” que eles produzem (epistemologia). “Para manter uma distância crítica de nosso projeto atu-

84. Considere-se como exemplo a seguinte passagem: “Este artigo examinou a construção de relações sociais no direito. Tentei avaliar o papel das reformas no processamento de conflitos, tais como a negociação regulatória, na construção de uma ‘crise’ do litígio regulatório e na definição de uma nova parceria entre interesses regulados e o Estado. Sugeri que essa avaliação deveria incluir um mapa empírico para a interpretação dos avanços do litígio regulatório e esse mapa não dá suporte a justificativas para a reforma baseadas em uma leitura de crise do litígio regulatório. O mapa está em dissonância com a ideologia da reforma porque essa ideologia está casada com uma visão formalista sobre o direito e o processamento de conflitos, ao invés de uma perspectiva sociológica sobre as disputas” (Harrington, 1987, p. 27).

al, nós seríamos compelidos a demonstrar regularmente a indeterminação de nossa análise sobre a indeterminação”⁸⁵. Se as perspectivas que nós construímos são indeterminadas, então tais perspectivas não podem mais ser consideradas contribuições universalmente válidas para o projeto de construção “da grande representação”. Não há “perspectiva sociológica” que possa distinguir entre perspectivas concorrentes com base na precisão de sua descrição. Consequentemente, isso mina o universalismo das perspectivas, bem como o valor universal da ciência. Se não é mais possível construir “a grande representação”, então a ciência deve perseguir fins distintos daqueles propostos por uma epistemologia instrumental.

Entretanto, apesar de Silbey e Sarat rejeitarem a descrição precisa como o único objetivo de pesquisa científica, eles não relacionam a finalidade da ciência a quaisquer interesses que façam parte da orientação ideológica do cientista. Ao contrário, a ciência é vista como tendo uma finalidade nova, ainda assim singular e distinta para si própria. Esta finalidade é a de “desafiar continuamente o paradigma dominante” ao “produzir novas compreensões do direito”, que oferecem um foco central para aquilo que era “marginal, invisível, e não ouvido” no paradigma dominante prévio.⁸⁶

Consequentemente, este artigo propõe um novo, porém (mais uma vez) singular e distinto conjunto de procedimentos para a ciência. Tais procedimentos não mais são desenhados para assegurar a construção de descrições válidas. Ao contrário, eles garantem um método por meio do qual as suposições constitutivas do paradigma dominante podem ser identificadas e modificadas para construir uma nova perspectiva. Esse novo método pode ser resumido como “participação à distância”⁸⁷. Ele envolve pelo menos três passos:

Primeiro, somos demandados a observar a posição e a historicidade das comunidades dentro das quais as construções sociais ocorrem, por exemplo, observar as posições institucionais da pesquisa em direito e sociedade; segundo, somos demandados a evitar transformar tais

*observações limitadas do direito em regras universais. Esta abordagem demanda atenção para situações específicas, instituições e batalhas a partir das quais o campo direito e sociedade emergiu. Terceiro, a crítica requer uma espécie de má vontade em relação ao conteúdo das principais normas de orientação e uma disposição para inverter o que é central, de modo que o marginal, invisível e não ouvido se torne a voz e o foco. Entretanto, a fidelidade também requer mais do que o desmascaramento e a desmistificação; ela demanda uma vontade para construir algo novo.*⁸⁸

Essa perspectiva assume que “crítica” significa a construção de uma nova perspectiva fora daquela prevaiente, por meio da inversão das categorias de perspectiva dominantes. Essa prática também deve ser “empírica”. Mas no contexto dessa epistemologia, “empirismo” não significa a descrição exata do mundo externo por meio da observação cuidadosa. Ao contrário, significa o imperativo de construir novas perspectivas a partir (1) do estudo (senão da observação e descrição) das atividades de produção de sentido em (2) locais definidos como não ortodoxos e triviais do ponto de vista da perspectiva dominante. Em outras palavras, o processo pelo qual nós descrevemos, contextualizamos e invertemos as categorias do paradigma dominante não é e não pode ser limitado à análise da doutrina. Ele deve incluir a descrição, contextualização e inversão dos limites que definem as atividades de produção de sentido que estudamos⁸⁹. Isso significa mover o “discurso dominante” para além dos limites da doutrina e das instituições jurídicas, em direção, mais propriamente, ao estudo da ideologia jurídica na comunidade.

5.2.3 Conhecimento como política

Em um artigo intitulado “The Pull of the Policy Audience”, Silbey e Sarat sugerem ainda outra epistemologia

88. Silbey & Sarat (1987, p. 172).

89. “Se tomarmos os efeitos constitutivos do direito como nosso tema, não poderemos ficar satisfeitos com a aplicação da teoria literária à doutrina jurídica. Devemos, ao contrário, estudar famílias, escolas, ambientes de trabalho, movimentos sociais, e, sim, até mesmo associações profissionais para apresentar uma imagem ampla na qual, em um primeiro olhar, o direito parecerá virtualmente impossível (de ser encontrado)” Silbey & Sarat (1987).

85. Silbey and Sarat (1987, p. 169).

86. Silbey and Sarat (1987, p. 170-172).

87. Silbey & Sarat (1987, p. 165).

interpretativa. Em alguns momentos, a posição defendida nesse artigo soa muito parecida com a epistemologia delineada no artigo “Critical Traditions”. Ou seja, assume-se que a finalidade da ciência que é tanto crítica quanto empírica é a de dar voz a perspectivas que são marginais, invisíveis ou simplesmente não ouvidas no paradigma acadêmico dominante.

Entretanto, em algumas passagens a epistemologia embutida em “The Pull of the Policy Audience” vai além daquela do “Critical Traditions”. Na primeira, a construção do conhecimento não apenas interpreta o mundo; ao contrário, ela tem um impacto real sobre pessoas, grupos e instituições *no* mundo. Consequentemente, a construção do conhecimento “crítico” não pode ser simplesmente entendida como um processo de construção de novas perspectivas, pois, ao construir novas perspectivas, valorizam-se vozes e projetos políticos específicos ao mesmo tempo em que se desvalorizam outros. Além disso, nessa epistemologia mais sofisticada, Silbey e Sarat querem designar a construção “crítica” do conhecimento como aquela que deslegitima certas vozes e interesses – especificamente, as vozes e interesses dos formuladores de políticas públicas – e que legitima outras – especificamente, as vozes e interesses de grupos e interesses marginais. Numa tal visão, o “empirismo” não pode mais se referir a um simples processo de interpretação da atividade de produção de sentidos em locais não ortodoxos. Entende-se agora que, ao discutir tais atividades de produção de sentidos, o pesquisador promove uma ideologia particular. Portanto, deve-se considerar o impacto empírico que o conhecimento que se constrói terá sobre pessoas, grupos e instituições específicas, e decidir se o pesquisador está pronto para aceitar a responsabilidade por tal impacto.

Como um exemplo deste novo tipo de pesquisa “empírica crítica”, Sarat e Silbey citam o trabalho de Kristin Bumiller. Eles apoiam Bumiller por dar voz a um grupo marginal e dominado (vítimas de discriminação) e por explicitamente convocar seus leitores a se identificarem e trabalharem por mudanças sociais que permitam alcançar as visões de sociedade destes sujeitos:

O recente trabalho de Kristin Bumiller (1987) exemplifica a forma como sociólogos do direito, libertos da demanda da audiência de políticas,

podem superar os perigos gêmeos de subestimar o caráter hegemônico do direito estatal e de equiparar hegemonia a uniformidade. Ao fazê-lo, ela é capaz de dar voz e credibilidade àqueles que questionam, de forma fundamental, a legalidade estatal, as práticas e instituições existentes. (...) Ela convoca seus leitores a se identificarem com as vítimas em vez dos poderosos e imaginar novas formas de organizar a vida social. (...) Ela encontra em suas narrativas uma visão alternativa e poderosa sobre as pessoas e a sociedade.⁹⁰

Deve-se notar, entretanto, que embora Sarat e Silbey assim descrevam a finalidade da ciência “crítica”, nenhum trabalho de Amherst explicitamente conduziu tal projeto. Nenhum acadêmico de Amherst produziu um artigo científico que explicitamente favorece um grupo marginalizado específico, construiu conscientemente um conhecimento que pode ser usado para promover seus interesses políticos, ou explicitamente declarou que *a finalidade de seu trabalho é promover a agenda política de um grupo.*

6 Empirismo crítico: paradoxo, programa ou caixa de Pandora?

O título deste ensaio levanta três questões sobre desdobramentos atuais da pesquisa em direito e sociedade que têm afetado o trabalho de muitos acadêmicos e que podem ser observados nitidamente com a análise detalhada do trabalho criativo e inovador feito “em” Amherst. Tais questões são:

O trabalho do Seminário resolveu o aparente paradoxo na justaposição do “crítico” com o “empírico”?

O Seminário desenvolveu um programa ou agenda de pesquisa que irá reconstituir os estudos em direito e sociedade como uma sociologia crítica do direito?

A resolução do paradoxo e o desenvolvimento de uma agenda de pesquisa crítica irá abrir uma caixa de Pandora, ameaçando as conquistas duramente alcançadas pelo movimento direito e sociedade e minando sua relativa estabilidade e integração quando

90. Silbey & Sarat (1987, p. 85-86).

se aproximam os 25 anos de sua fundação?

Nossa resposta para a primeira questão é que o “empirismo crítico”, tal como utilizado pelo Seminário, permanece um paradoxo. A básica antinomia entre objetivismo e crítica social se reflete nos seus escritos. Poucos, se é que algum deles, realmente abandonou a noção de que a ciência pode e de fato oferece uma descrição válida, ou “re-presentação”, do mundo. Em razão de não terem articulado completamente suas visões sobre a relação entre conhecimento e política, eles não reconheceram integralmente sua própria cumplicidade na produção do conhecimento. E talvez pelo fato disso não ter ocorrido, o trabalho do Seminário geralmente carece do senso de engajamento político e riqueza da crítica moral que se poderia encontrar nos melhores trabalhos dos EJC, do feminismo, e outras linhas acadêmicas engajadas com a crítica da ordem jurídica. Com efeito, a crítica prática do Seminário à tradição direito e sociedade e sua adoção prática de uma posição interpretativa desmontou a presunçosa complacência dos compromissos dominantes do direito e sociedade com uma ciência de políticas públicas. Os esforços bem-vindos, porém tímidos, para introduzir vozes marginais e valorizar vítimas sugere o início de uma prática política autoconsciente de construção do conhecimento. A desmistificação de ideologias especificamente formadas, como as do movimento de soluções alternativas de conflitos tem sido libertadora. E participantes do Seminário produziram estudos empíricos, como o estudo de Sarat & Felstiner (1986) sobre advogados de divórcios, que provocam nossa imaginação moral e apontam para ações transformadoras.⁹¹ Mas em geral, os argumentos políticos morais mais poderosos, os exemplos mais efetivos de “*trashing*”, são disparados com um discurso “objetivizador” que confirma a ideia fundamental de uma ciência neutra que o seminário tem tentado tornar problemática, e que o grupo deve extirpar, se pretende lançar uma prática verdadeiramente crítica de construção do conhecimento.

Nossa resposta para esse segundo problema é que o Seminário construiu múltiplos programas de pesquisa com implicações potencialmente divergentes. Assim, em nossa pesquisa sobre as “fontes” da gui-

nada interpretativa e crítica nos estudos de direito e sociedade refletidos no trabalho de Amherst, nós sugerimos que há várias maneiras possíveis pelas quais o projeto pode operar. Nós indicamos que o Seminário está lutando por uma síntese, na qual os estudos sócio-jurídicos reconhecerão agência e estrutura, regularidade e indeterminação, e investigarão a arena micro *bem como* a macro. Mas é prematuro dizer se essa síntese – ou alguma outra – irá emergir.

Nossa resposta para a terceira questão é que os movimentos que estão sendo feitos pelo Seminário representam uma caixa de Pandora, e isso é uma coisa boa. Com isso, nós queremos dizer muitas coisas.

Primeiro, nós admiramos o trabalho que está sendo feito em Amherst e apreciamos profundamente as dificuldades que ele enfrenta. Embora o papel de críticos e avaliadores poderia nos permitir falar com desapego e sustentar uma posição que é de algum modo diferente ou mesmo superior ao trabalho sendo revisado, nós renunciamos a qualquer leitura deste ensaio que pretenda ir nessa linha. Nosso projeto é praticamente o mesmo daquele que estamos examinando, nossas dúvidas e compreensões dos dilemas envolvidos em transformar o discurso acadêmico são similares àqueles acadêmicos que estamos discutindo. De fato, nosso objetivo primário neste ensaio é do chamar atenção para esse projeto e fazer uma modesta contribuição para o avanço de seus objetivos.

Segundo, se nós notamos aspectos do projeto que parecem ser tentativos e incompletos, e tentamos sugerir formas pelas quais ele pode ser tocado adiante, é por que nós acreditamos que de todas as respostas a muitas das indisposições do direito e sociedade, aquela que está sendo perseguida pelo Seminário Amherst parece a mais promissora. Nós acreditamos que o projeto intitulado “empirismo crítico” é tanto uma expressão do melhor aspecto do que o movimento direito e sociedade defendeu, quanto é a melhor esperança para a sua vitalidade futura. Enquanto nós, como muitos em Amherst, destacamos a dominação do cientificismo, determinismo e reformismo na compreensão original do direito e sociedade, também sugerimos que sempre houve uma tradição mais ou menos suprimida de crítica que deu ao movimento muito de sua energia e justifica sua existência. Em um

91. Sarat & Felstiner (1986).

período em que a energia parece estar faltando, nós, como nossos colegas em Massachusetts, queremos reviver a tradição crítica e restaurar a energia original.

Terceiro, nós acreditamos que se este projeto transformador durar tanto quanto ele pode e deve durar, ele desafiará o movimento direito e sociedade em sentidos fundamentais e irá, de fato, ameaçar as alianças instáveis nas quais há muito tempo tal movimento tem se baseado. Conforme o projeto de empirismo crítico se desdobrar, ficará evidente para muitos, como ficou para nós, que ele somente pode ser entendido em termos políticos e que ele só pode ser bem sucedido se confrontar seu próprio papel na produção e reprodução da vida social. E se isso ocorrer, ele pode colocar em perigo o movimento direito e sociedade tal como constituído atualmente. Hoje, o movimento é uma coalizão trêmula de cientistas sociais que querem expandir sua atuação em direção a novos territórios, juristas que querem abraçar os métodos das ciências sociais para aprimorar a educação jurídica e legitimar a reforma do direito, formuladores de políticas públicas que buscam informação para uma agenda de reformas, pesquisadores atuando em órgãos de formulação de políticas que buscam contato com a academia. A mudança no sentido de um reconhecimento mais aberto da relação entre conhecimento e política corre o risco de desestabilizar esta coalizão. Mas esse é um risco que vale a pena correr.

////////////////////////////////////

7 Referências

- Abel, R. (1973). A comparative theory of dispute institutions in society. *Law and Society Review*, 8, 217-347.
- Abel, R. (1980). Redirecting Social Studies of Law. *Law & Society Review*, 14, 805-829.
- Blumberg, A. (1967). The practice of Law as a confidence game: Organizational cooptation of a profession. *Law & Society*, 1, 15-39.
- Bohannon, P., & Huckleberry, K. (1967). Institutions of Divorce, Family, and the Law. *Law & Society Review*, 1, 81-102.
- Boyle, J. (1985). The politics of reason: Critical Legal Theory and local social thought. *University of Pennsylvania Law Review*, 133, 687.
- Brigham, J. (1985). Judicial impact upon social problems: A perspective on ideology. *Legal Studies Forum*, 9, 47-58.
- Brigham, J. (1987). *The Cult of the Court*. Philadelphia: Temple University.
- Cicourel, A. (1967). Kinship, Marriage, and Divorce in Comparative Family Law. *Law & Society Review*, 21, 103-129.
- Clune, W. (1986, Julho). *Legal desintegration and Theory of the State*. Artigo apresentado na Conferência de Bremen.
- Cotterrell, R. (1986). Law and sociology: notes on the constitution and confrontations of disciplines. *Journal of Law and Society*, 13, 9-34.
- Friedman, L. M. (1986). The Law and Society Movement. *Stanford Law Review*, 38, 763-780.
- Galanter, M. (1974). Why the 'haves' come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, 9, 95-160.
- Galanter, M. (1985). The legal malaise; or, Justice observed. *Law & Society Review*, 19, 537-556.
- Gordon, R. (1987). Law and Ideology. *Tikkun*, 3, 14.
- Harrington, C. (s.d.). *The Political Construction of Law: legal practice and the Administrative State*. *Manuscrito não publicado*.
- Harrington, C. (1985a). *Shadow justice: the ideology and institutionalization of alternatives to courts*. Santa Barbara: Praeger.
- Harrington, C. (1985b). Socio-legal concepts in mediation ideology. *Legal Studies Forum*, 9, 33-38.
- Harrington, C. (1987). *Regulatory Reform: creating gaps and making markets*. Mimeografado.
- Hunt, A. (1985). The ideology of Law: Advances and problems in recent applications of the concept of ideology to the analysis of Law. *Law and Society Review*, 19, 11-37.
- Kennedy, D. (1989). A rotation in contemporary legal scholarship. In Jorges, C., & Trubek, D. (Ed.), *Critical Legal Thought: an American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos.
- Llewellyn, K. (1931). Some realism about realism. *Harvard Law Review*, 44 1222-1264.
- Macaulay, S. (1979). Lawyers and consumer protection laws. *Law and Society Review*, 14, 115-171.
- Macaulay, S. (1984). Law and the behavioral sciences: Is there any there there. *Law and Policy*, 6, 149-187.
- Mather, L., & Ynvegsson, B. (1981). Language, audience, and the transformation of disputes. *Law & Society Review*, 15, 775-822.
- Merry, S. E. (1985). Concepts of Law and justice among working-class americans: Ideology as culture. *Legal Studies Forum*, 9, 59-70.
- Merry, S. E. (1986). Everyday understanding of the Law in working-class America. *American Ethnologist*, 13, 253-270.
- Merry, S. E. (1987a). Disputing without culture: A book review of dispute resolution by Goldberg, Green, and Sander. *Harvard Law Review*, 100, 2057-2073.
- Merry, S. E. (1987b). *Crowding, Conflict, and Neighborhood Regulation*. In Altman, I., & Wandersman, A. (Eds.). *Neighborhood and Community Environments*. New York: Plenum.
- Merry, S. E., & Silbey, S. (1984). What do plaintiff's want? Re-examining the concept of dispute. *Justice System Journal*, 9, 151-178.
- Morrison, C. (1969). Social organization at the District Courts: Colleague relations among Indian lawyers. *Law & Society Review*, 3, 251-267.
- Nader, L. (1980). *No access to Law: alternatives to the American judicial system*. Waltham: Academic.
- Peller, G. (1985). The metaphysics of American Law. *California Law Review*, 73, 1159.
- Sarat, A. (1985a). Legal effectiveness and social studies of Law: On the unfortunate persistence of a research tradition. *Legal Studies Forum*, 9, 23-31.
- Sarat, A. (1985b). *The litigation explosion, access to justice and court reforms: Examining the critical assumptions*. *Rutgers Law Review*, 37, 319-336.
- Sarat, A., & Felstiner, W. (1986). Law and strategy in the divorce lawyer's office. *Law & Society Review*, 20, 93-134.
- Sarat A., & Silbey, S. (1987). *The pull of the policy au-*

- dience. Manuscrito não publicado. 97 et seq.
- Sarat, A., & Silbey, S. S. (1988). Dispute processing in legal thought: From institutional critique to the reconstitution of the judicial subject. *Disputes Processing Research Program Working Paper 8-9*.
- Schlegel, J. H. (1979) American legal realism and empirical social science: From the Yale experience, *Buffalo Law Review*, 28, 459-586.
- Schlegel, J. H. (1980). American legal realism and empirical social science: The singular case of Underhill Moore. *Buffalo Law Review*, 29, 195-323.
- Silbey, S. (1985). Ideal and Practices in the Study of the Law. *Legal Studies Forum*, 9, 7-22.
- Silbey, S. (1989). Law and the ordering of our life together: A sociological interpretation of the relationship between law and society. In Neuhaus, R. J., Shaffer, T. L., & Silbey, S. S. (Eds.). *Law and the Ordering of Our Life Together*. Cubao: William B. Eerdmans.
- Silbey, S., & Merry, S. E. (1987, junho). Interpretive Processes in Mediation and Court. *Law and Society Association Annual Meeting*, 77.
- Silbey, S. S., & Sarat, A. (1987). Critical traditions in law and society research. *Law & Society Review*, 21, 165-174.
- Sumner, C. (1979). *Reading ideologies: An investigation into the marxist theory of ideology and law*. Waltham: Academic.
- Trubek, D. M. (1984). Where the action is: Critical Legal Studies of empiricism. *Stanford Law Review*, 36, 575-622.
- Trubek, D. M. (1986). Review essay: Max Weber's tragic modernism and the study of Law in society. *Law & Society Review*, 20, 573-598.
- Unger, R. M. (1986). *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge/London: Harvard University.
- Villmoare, A. (1985). The left's problems with rights. *Legal Studies Forum*, 9, 39-46.
- White, E. G. (1986). From Realism to Critical Legal Studies: A truncated intellectual History. *Southwestern Law Journal*, 40, 819.
- Whitford, W. (1986). Lowered horizons: Implementation research in a post-CLS world. *Wisconsin Law Review*, 755, 767-772.
- Yngvesson, B. (1985a). Legal Ideology and Community Justice in the Clerk's Office. *Legal Studies Forum*, 9, 71-87.
- Yngvesson, B. (1985b). Re-examining Continuing Relations and the Law. *Wisconsin Law Review*, 3, 623-646 (1985).