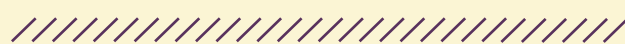


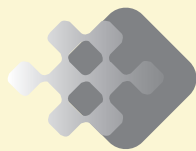
Revista de Estudos  
**EMPÍRICOS**  
EM DIREITO



**BRAZILIAN**  
Journal of  
**EMPIRICAL**  
LEGAL STUDIES



*vol 5, n 1, mar 2018*



Rede de Pesquisa  
Empírica em Direito



**EDITORES / EDITORS /**

Fernando de Castro Fontainha / IESP-UERJ  
José Roberto Franco Xavier / UFRJ

**ASSISTENTES EDITORIAIS / EDITORIAL ASSISTANTS /**

Amanda Evelyn Cavalcanti de Lima / IESP UERJ  
Guilherme Kenzo dos Santos / USP  
Luiza Meira Bastos / IESP UERJ  
Inês Ferreira Dias Tavares / UFRJ  
Michel Roberto Oliveira de Souza / USP

**COMITÊ EXECUTIVO / EXECUTIVE BOARD /**

Alexandre dos Santos Cunha / IPEA  
Ana Gabriela Mendes Braga / UNESP  
Bernardo Abreu de Medeiros / IPEA  
Diogo Rosenthal Coutinho / USP  
Fernando de Castro Fontainha / IESP UERJ  
José Roberto Franco Xavier / UFRJ  
Maira Rocha Machado / FGV Direito SP  
Paulo Eduardo Alves da Silva / FDRP USP  
Rebecca Forattini Altino Machado Lemos Igreja /  
CEPPAC UNB  
Riccardo Cappi / UEFS

**REVISÃO DA REVISTA / JOURNAL REVISIONS /**

Caroline Caldas  
Carlos Liguori  
Daniel Astone  
Guilherme Kenzo dos Santos  
Ingrid Garbuio Mian  
Julia Gitahy da Paixão  
Mariana Borgheresi Duarte  
Marília Alves de Carvalho e Silva  
Pedro Salomon Mouallem  
Stephane Lima  
Yasmin de Melo Silva

**PROJETO GRÁFICO / GRAPHIC DESIGN /**

Raquel Klafke

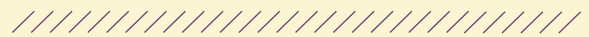
**DADOS PARA CONTATO / CONTACT INFORMATION /**

[www.reedpesquisa.org](http://www.reedpesquisa.org) / [reed.revista@gmail.com](mailto:reed.revista@gmail.com)

As informações e opiniões trazidas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

ISSN 2319-0817

## CONSELHO EDITORIAL EDITORIAL BOARD



**Alexandra Hunneus** / University of Wisconsin-Madison

**Alvaro Pires** / University of Ottawa

**Ana Lúcia Pastore** / Universidade de São Paulo

**André Jean Arnaud** / In Memoriam

**Barbara Velloso Dias** / Universidade Federal do Pará

**Bryant Garth** / University of California-Irvine

**Calvin Morrill** / University of California-Berkeley

**Carolina Esteves** / Faculdade de Direito de Vitória

**Cassio Cavali** / FGV Direito Rio

**Cesar Garavito** / Universidad de los Andes

**Conceição Gomes** / Universidade de Coimbra

**David Cowan** / Universtiy of Bristol

**David Trubek** / University of Wisconsin-Madison

**Elizabeth Mertz** / University of Wisconsin-Madison

**Fabiano Engelmann** / Universidade Federal do Rio Grande do Sul

**Helena Reis** / Universidade Federal de Goiás

**José Eduardo Faria** / Universidade de São Paulo

**José Octávio Serra Van-Dúnem** / Universidade Agostinho Neto

**Kazuo Watanabe** / Universidade de São Paulo

**Liora Israël** / École des Hautes Études en Sciences Sociales

**Luciana Gross Cunha** / FGV Direito SP

**Marc Galanter** / University of Wisconsin-Madison

**Marcelo Neves** / Universidade de Brasília

**Marcos Nobre** / Universidade de Campinas

**Marcus Faro De Castro** / Universidade de Brasília

**Maria Tereza Dias** / Universidade Federal de Minas Gerais

**Maria Tereza Sadek** / Universidade de São Paulo

**Patrícia Borba Vilar Guimarães** / Universidade Federal do Rio Grande do Norte

**Paulo Furquim de Azevedo** / Insuper

**Salo Coslovsky** / New York University

**Sergio Costa** / Freie Universität Berlin

**Scott Cummings** / University of California - Los Angeles

**Wanda Capeller** / Institut d'Études Politiques de Toulouse

**Yanko M. Xavier** / Universidade Federal do Rio Grande do Norte

# CARTA DOS EDITORES



Apresentamos o primeiro número do quinto volume da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, periódico científico de iniciativa do *Instituto Rede de Pesquisa Empírica em Direito*, que tem por objetivos o estímulo, o debate e a indução da pesquisa empírica na área de Direito no Brasil desde 2011.

Mantemos o compromisso com a realização de uma revista de qualidade e representativa da pesquisa nacional. Todos os artigos aqui publicados passam por rigoroso processo de dupla avaliação cega por pares (*double blind peer review*), respeitando-se na medida do possível a diversidade regional e temática que caracteriza a pesquisa empírica que tematiza o direito.

Agradecemos a participação graciosa e qualificada

do nosso corpo de pareceristas e do nosso Conselho Editorial, com representantes de instituições prestigiosas de diversos países e estados do Brasil. Agradecemos também à equipe editorial que tanto trabalhou para que concluíssemos este número. Deixamos aqui registrado o nosso reconhecimento a essas pessoas que muito contribuíram para garantir que este periódico possa de fato ser um instrumento de realização de importante missão científica.

Boa leitura!

**FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA E JOSÉ ROBERTO FRANCO XAVIER** // EDITORES

# LETTER FROM THE EDITORS



We are pleased to introduce the first issue of the fifth volume of the *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, a scientific journal of the *Brazilian Network of Empirical Legal Studies*, which aims to foster and develop empirical research in the area of Law in Brazil since 2011.

We maintain our commitment to accomplish a high-quality journal that represents Brazilian and international research. All articles published in this number undergo a rigorous double-blind peer review process, respecting as far as possible the regional and thematic diversity that characterizes the empirical research in law.

We would like to acknowledge and thank everyone

that contributed to this Journal. We are grateful for the gracious and qualified participation of the peer reviewers and the members of our Editorial Board, which includes representatives from prestigious institutions in many countries and different states in Brazil. We are also thankful for the dedication and effort from our editorial team, without whom this issue would not have been possible. We would like to voice our deepest gratitude to everyone that contributed in order to assure this Journal would be an instrument for the development of its relevant scientific mission.

Happy reading!

**FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA AND JOSÉ ROBERTO FRANCO XAVIER** // EDITORS

# SUMÁRIO

## ARTIGOS

- 9** **Contra um fetichismo nos estudos empíricos em direito internacional:** moldura intencional e o esvaziamento significativo da empiria // *Arthur Roberto Capella Giannattasio*
- 25** **Os desafios e os novos caminhos da pesquisa em direito no Brasil** // *Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros e Matheus de Barros*
- 49** **Violência de gênero e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:** usos e percepções sobre gênero segundo o discurso dos desembargadores e das desembargadoras e reflexos na aplicação da Lei Maria da Penha // *Vanessa Ramos da Silva e Paula Pinhal de Carlos*
- 67** **Casos de revirar o estômago:** evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais // *Rodrigo de Souza Tavares e Ivar Rodríguez Hannikainen*
- 79** **Maternidade, cárcere e vivência de direitos reprodutivos na colônia penal feminina de Buíque/PE** // *Maria Simone Gonzaga e Fernando da Silva Cardoso*
- 96** **As penas do Art. 28 da Lei de Drogas e suas implicações na atuação e modos de pensar dos juízes e promotores feirenses** // *Alana dos Santos Teles*
- 117** **Análise de discurso crítica da anistia política de militares:** um estudo teórico, metodológico e prático // *David Barbosa Oliveira*
- 135** **As possíveis verdades:** a importância da Antropologia para o Direito // *Gustavo Capela*

## TRADUÇÃO

- 148** **A vingança da criada:** sobre ler e usar a nova sociologia do processo civil // *David M. Trubek*

# TABLE OF CONTENTS

## ARTICLES

- 10 Refusing fetishism in empirical studies of international law:** intentional framework and the empty meaning of empirics // *Arthur Roberto Capella Giannattasio*
- 26 The challenges and new paths of Brazil's legal research** // *Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros e Matheus de Barros*
- 50 Gender-based violence and the court of Justice of Rio Grande do Sul:** what is gender according to judges' speech and its repercussions on the enforcement of Maria da Penha Law // *Vanessa Ramos da Silva e Paula Pinhal de Carlos*
- 68 Cases to make your stomach churn:** preliminary evidence on the influence of disgust in judicial decisions // *Rodrigo de Souza Tavares e Ivar Rodríguez Hannikainen*
- 80 Maternity, prison and reproductive rights of experience in cologne criminal feminine Buíque/PE** // *Maria Simone Gonzaga and Fernando da Silva Cardoso*
- 97 Feathers of art. 28 the Law of Drugs and their implications in practice and judges and prosecutors of thinking modes feirenses** // *Alana dos Santos Teles*
- 118 Critical discourse analysis of military amnesty:** a theoretical, methodological and practical study // *David Barbosa Oliveira*
- 134 The possible truths:** the importance of Anthropology to Law // *Gustavo Capela*





# CONTRA UM FETICHISMO NOS ESTUDOS EMPÍRICOS EM DIREITO INTERNACIONAL: moldura intencional e o esvaziamento significativo da empiria // *Arthur Roberto Capella Giannattasio*<sup>1</sup>

## Palavras-chaves

Neorrealismo no Direito Internacional / Virada empírica / Alerta fenomenológico / Fenomenologia do direito

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

## Sumário

- 1** Introdução
- 2** Os Realismos do Discurso Jurídico e o Neorrealismo Internacional: A Virada Empírica no Direito Internacional
  - 2.1 O Direito entre os Realismos Jurídicos: Níveis de Análise
  - 2.2 Neorrealismo Jurídico como Virada Empírica no Direito Internacional
- 3** O Papel da Consciência sobre Significante Empírico: A Moldura Intencional e as Condições de Possibilidade de Conhecimento
  - 3.1 A Redução Fenomenológica e a Moldura Intencional
  - 3.2 A Empiria como Suporte Vazio de Significação: Intencionalidade e Empiria
- 4** O Duplo Alerta Fenomenológico: Materialidade e Imaterialidade nos Estudos em Direito Internacional
- 5** Conclusão
- 6** Referências

## Resumo

Os estudos em Direito Internacional no Brasil têm se aproximado de uma tendência neorrealista do Direito, a qual visa a usar técnicas empíricas na construção e na apresentação de seu objeto para verificar as condições materiais de criação e aplicação do Direito Internacional. Apesar da relevância dessa abordagem para o conhecimento jurídico-científico internacional, este trabalho suscita um alerta fenomenológico de matriz husserliana. De acordo com essa perspectiva, independentemente do material empírico coletado, as conclusões se estabelecem de acordo com o posicionamento categorial do pesquisador. Argumenta-se assim que, apesar de haver uma aderência ao significativo empírico, o processo de significação pouco depende dele, o qual tem seu sentido esvaziado. Por isso, argumenta-se que a busca de explicações sobre a origem e a efetividade do Direito Internacional não se restringe a uma dimensão estritamente empírica: apesar de ser necessário incorporar e aprimorar técnicas empíricas nos estudos em Direito Internacional, os limites de aplicação e de eficácia de suas normas jurídicas também derivam de condições imateriais vinculadas às restrições significativas relativas à posição categorial daqueles que as operam.

<sup>1</sup> Professor em Tempo Integral da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - *campus* Higienópolis. Professor Visitante do Mestrado (LLM) da Faculdade de Direito da Koç Üniversitesi (Istambul, Turquia) em 2015. Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FD/USP). Estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg, Alemanha) em 2017.

# REFUSING FETISHISM IN EMPIRICAL STUDIES OF INTERNATIONAL LAW: intentional framework and the empty meaning of empirics //

*Arthur Roberto Capella Giannattasio*

## Keywords

New legal realism in International Law / empirical turn / phenomenological warning / phenomenology of law

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

## Abstract

International legal scholarship in Brazil follows nowadays a new legal realism approach. The idea is to apply empirical techniques to construct and present International Law, in order to identify the material conditions within which those rules are created and applied. Although this trend is relevant to improve international legal studies, this paper presents a phenomenological warning based on Husserl's theoretical approach. According to this perspective, in spite of the collected empirical experience, it is the categorical position of the researcher which defines its meaning. We argue that, although sense is somehow related to an empirical significant, empirics itself possesses an empty meaning, as the signification process is not really bound to it. In this sense, the origins and the effectiveness of International Law cannot be explained solely by empirics itself: not only it is important to embody and apply empirical techniques in international legal scholarship, but also to remember that the limits of international legal rules also derive from imaterial conditions related to the categorical position of those who learn and apply them.

## 1 Introdução

Os estudos em Direito Internacional no Brasil têm se aproximado de uma tendência compreendida como neorrealista do Direito<sup>2</sup>. De acordo com essa perspectiva, os estudos em Direito Internacional deveriam se pautar por uma preocupação em utilizar técnicas empíricas na construção e na apresentação de seu objeto (Shaffer, 2008) - a regulação jurídica das relações internacionais<sup>3</sup>. Por esse motivo, essa orientação é também conhecida como *virada empírica* nos estudos do Direito Internacional.

O objetivo dessa virada empírica é compreender as condições materiais onde o Direito Internacional se constitui e encontra condições práticas para ser operado de maneira eficaz (Shaffer, 2014, 2015; Shaffer & Ginsburg, 2012). Com o objetivo de qualificar o debate sobre Direito Internacional no país, essa tendência se afasta de tradicionais abordagens manualescas ou centradas em simples cotejamento abstrato de normas e, com isso, se aproxima de fontes primárias e secundárias para extrair dados e informações empíricas que subsidiem quantitativa e qualitativamente conclusões sobre o alcance normativo das regras jurídicas internacionais (Shaffer, Sanchez & Rosenberg, 2008).

Pelo menos desde Immanuel Kant (2012), entende-se que a produção de conhecimento exige a conjugação de razão e experiência, isto é, a aposição de categorias conceituais formais sobre elementos dados pela experiência (pura ou intuitiva). Apenas por meio dessa aderência ordenada às experiências as conclusões não seriam amorfas ou não versariam sobre simples exercícios intelectuais. Nesse sentido, a abordagem neorrealista guarda um grande potencial para aprofundar e ampliar o conhecimento jurídico-científico internacional no Brasil.

2 A bibliografia é ampla e seria inviável inserir em uma nota de rodapé. A título meramente exemplificativo, dentre outros, mencionem-se Giannattasio (2013), Oliveira & Badin (2013), Sanchez (2004), Taschetto (2014), Veçoso (2012).

3 O termo “internacionais” se refere (i) às tradicionais relações diplomáticas internacionais, mas também (ii) às demais relações transfronteiriças que se desenvolvem contemporaneamente no âmbito da paradiplomacia, como (a) as relações transgovernamentais, e (b) as relações transnacionais (agentes privados, como empresas e ONGs). Utiliza-se assim, apenas um termo da tradição para designar aspectos que extrapolam a experiência da tradição. Sobre as diferentes espécies de relações internacionais, v. exemplificativamente Correa & Castro (2015), Giannattasio (2016a), Onuma (2016) e Pollack & Shaffer (2001).

morar e aprofundar o conhecimento jurídico-científico internacional no Brasil.

Todavia, é importante efetuar um alerta fenomenológico em relação à virada empírica: não tratar o elemento empírico no processo de construção do saber jurídico-científico dentro de uma postura fetichizada<sup>4</sup>. A experiência intuitiva é apenas um dos elementos que compõem os juízos científicos, mas ela não determina por si só o conhecimento; antes, é a posição categorial assumida previamente pelo pesquisador que estabelece os limites e as condições de possibilidade para a experiência ser captada pelo entendimento de modo a formar o conhecimento (Bernet, 2001; Husserl, 2006; Kant, 1980; Lebrun, 1993a; Renaudie, 2007; Torres Filho, 2004).

Excluem-se desta análise as seguintes situações já identificadas pela tradição do pensamento científico: (i) a objetividade weberiana do conhecimento nas Ciências Sociais<sup>5</sup> (Weber, 2006); (ii) a denúncia adorniana sobre a presença de um discurso de Poder na escolha de métodos científicos<sup>6</sup> (Adorno, 2007); (iii) a constatação boaventuriana de que o recorte metodológico

4 Por fetichismo se entende como a postura intelectual restritiva que assume ser seu objeto um fim em si mesmo e incapaz de ser conectado com as tensões originárias que o constituem. Nesse sentido, com Adorno (2007, p. 203), entende-se que um método pode ser objeto de fetiche, pois uma imoderada fascinação por ele pode (i) determinar o controle de futuras produções acadêmicas, (ii) excluir a possibilidade de alteridade científica (espistemológica, metodológica, categorial, conclusiva), (iii) restringir o horizonte de coleta e de interpretação a uma única chave, e, com isso, (iv) perder capacidade descritiva e normativa sobre o real, por ser incapaz de perceber a presença de elementos explicativos localizados fora dos recortes propostos e impostos por um único método (Adorno, 2007).

5 Isto é, que todo conhecimento surge uma subjetividade (preferências pessoais, formação, escolha do tema e do problema de pesquisa), mas que seu caráter objetivo (ou ainda, “científico”) deriva da sujeição deste primeiro impulso a instrumentos racionais reconhecidos como aptos a produzir um conhecimento (método).

6 Ou seja, que mesmo na construção do conhecimento não se separam forma e conteúdo, e que nessa associação há a presença, mais ou menos clara, mais ou menos consciente, de um discurso de Poder. Assim, se a escolha do método não se separa da escolha do tema e do problema de pesquisa, ao mesmo tempo, a escolha do método a ser utilizada e a escolha do tema e do problema de pesquisa também espelham um tipo de estrutura social derivada de discursos de Poder - quais são os métodos reconhecidos como mais pertinentes? quais são os temas e os problemas valorizados em determinado local, em determinado tempo? A esse enredamento social não escapam nem o pesquisador, nem a pesquisa.

define de antemão o resultado a ser obtido do real<sup>7</sup> (Santos, 1988); e (iv) o erro derivado de (a) escolha de método inadequado para solucionar o problema de pesquisa, ou de (b) deslizes (de boa-fé ou de má-fé) no uso do método e na sistematização de resultados.

As situações acima se dedicam, na tradição do pensamento científico, a compreender o papel das intencionalidades subjetivas antes da realização da pesquisa (planejamento da pesquisa), durante a aplicação do método ou no registro e na sistematização das informações ou dados coletados (execução da pesquisa). Todavia, debruça-se aqui sobre situações distintas, relativas ao momento em que há a interpretação daquilo que foi coletado.

A partir de um método de revisão bibliográfica, a investigação que sustenta esse artigo desenvolveu uma discussão teórica sobre o papel da empiria no processo de construção do conhecimento sobre o Direito Internacional e sobre as condições de sua eficácia, do ponto de vista de uma redução fenomenológica (Husserl, 1980, 2006). Por esse motivo, a investigação se dirigiu a:

- i. compreender a discussão teórica de autores que, na tradição dos estudos em Direito Internacional, trabalham com o empirismo em suas análises, ainda que dentro de tradições empíricas distintas<sup>8</sup>. A partir de uma divisão metodológica nos estudos empíricos em Direito entre as duas principais tradições - Empirical Legal Studies (ELS) e New Legal Realism (NLR) (Suchman & Mertz, 2010), pretende-se aqui contribuir para a discussão sobre estudos empíricos em Direito Internacional no Brasil

7 Ou seja, de que a consciência trazida pela condição pós-moderna no pensamento científico reconhece não haver um isolamento integral entre sujeito e objeto. Dito de outra maneira, a consciência de que o objeto de pesquisa (i) não apenas é construído pelo sujeito que o investiga, como também (ii) é influenciado pelo pesquisador, ainda que de boa-fé, a tal ponto que o resultado a ser obtido após o exame do objeto é também definido por essa contaminação pelo sujeito.

8 Não é objetivo deste artigo reconstruir de maneira exaustiva toda a genealogia das diferentes nuances históricas dessa virada empírica nos estudos do Direito e do Direito Internacional, nem mesmo examinar com detalhes as autocríticas internas dos autores nas diferentes maneiras de realizar estudos empíricos em Direito Internacional. Para o leitor interessado, indicamos as breves considerações feitas por Shaffer & Ginsburg (2012). Fica registrado aqui o convite para futuras investigações sobre o tema.

a partir da apresentação das tópicas propostas pelos autores dessas duas tradições. O objetivo é estimular a reflexão no país sobre o uso da empiria para viabilizar discursos fundamentados sobre o *saber* e sobre o *agir* em torno da regulação jurídica das relações internacionais, a partir de uma perspectiva neorrealista (NLR), tal qual proposta por Shaffer (2008, 2009, 2014, 2015)<sup>9</sup>; e

- ii. desdobrar o pensamento de Edmund Husserl a partir de seu conceito de intencionalidade, tal qual desenvolvido a partir de sua conexão com o pensamento kantiano, nas duas obras que estabelecem os pontos principais de sua “Teoria do conhecimento husserliana sob a perspectiva fenomenológica (Bernet, 2001; Moura, 2006a, 2006b; Renaudie, 2007): as Investigações Lógicas e as Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica”. Também foram analisados aqui comentadores nacionais e estrangeiros que especificamente desenvolveram considerações em torno dessas duas obras, em particular a discussão do papel da intencionalidade na construção do conhecimento.

O presente texto está dividido em três partes.

Em primeiro lugar (tópico 2), diferencia-se o neorealismo jurídico internacional de outras formas de realismo jurídico na tradição (realismo jurídico e escola realista das relações internacionais) (subtópico 2.1) para, em seguida, apresentar os elementos que ca-

9 No pensamento jurídico contemporâneo, diversos autores adotam metodologia empírica para discutir os limites e as possibilidades do Direito Internacional. Além dos autores mencionados na nota de rodapé n. 1, *supra*, v. ainda Shaffer (2008, 2009, 2014, 2015), Shaffer & Ginsburg (2012), Shaffer, Sanchez & Rosenberg (2008) e Simmons & Breidenbach (2011). Inclusive, nesse último estudo, há um levantamento que permitiu diagnosticar um crescente número de pesquisas empíricas em Direito Internacional nos últimos anos, especialmente na área de Direito Internacional Econômico (Simmons & Breidenbach, 2011). O mesmo foi feito por Shaffer & Ginsburg (2012, p. 8), preocupados com uma localização histórica do crescimento dessa produção na academia estadunidense. Remetemos o leitor à consulta desses dois mapeamentos exemplificativos, pois seria impossível indicar aqui toda a literatura em Direito Internacional que hoje utiliza métodos empíricos. Dentro da perspectiva neorrealista do Direito Internacional, optou-se por apresentar aqui, de maneira sucinta, os parâmetros indicados por Gregory Shaffer - autor contemporâneo que assume explicitamente em seus escritos essa categoria e explica como a virada empírica no Direito Internacional deve seguir os preceitos do neorealismo.

racterizam o neorealismo nos estudos em Direito Internacional como resultado de um movimento da denominada virada empírica em Direito Internacional (subtópico 2.2). Em segundo lugar (tópico 3), expõe-se a base do pensamento fenomenológico husserliano, no qual se depreende o papel fundamental da moldura intencional na construção do conhecimento (subtópico 3.1) e, em seguida, articula-se uma relação entre empiria e moldura intencional, na qual se propõe que a experiência opera como um pré-texto de aposição de significações pelo intérprete (subtópico 3.2). Em terceiro lugar (tópico 4), ao reconhecer que o material empírico coletado sempre carece de um sentido por si próprio, argumenta-se que, se o conhecimento é construído precisamente a partir do binômio razão-experiência, a reforma do discurso científico em Direito Internacional passa pelo aperfeiçoamento dos dois elementos.

Nesse sentido, entende-se que não apenas métodos empíricos devem ser diversificados, ampliados, refinados e aplicados para viabilizar uma aderência reflexiva a aspectos apresentados pela experiência intuitiva sobre o Direito Internacional. Na verdade, argumenta-se que o próprio papel do intelecto deve ser revisitado e emendado para elucidar a fissura que a inevitável pluralidade categorial produz na apreensão da experiência e no direcionamento dela.

Entende-se assim que há um enviesamento – *a priori* de boa-fé, consciente ou não – do juízo do investigador sobre o empírico. E estar consciente deste direcionamento intelectual – alerta fenomenológico – é fundamental para que o conhecimento jurídico-científico internacional seja crítico sobre si mesmo, de maneira a não se contentar com uma suposta autonomia/materialidade do significante empírico.

Com isso, pretende-se tornar consciente essa dupla condição de possibilidade: (i) a empiria é incapaz de fornecer, por si só, explicações sobre a presença e a ausência de condições de operacionalidade e de eficácia de desenhos institucionais internacionais; e (ii) além de limites materiais levantados pela empiria, a presença de um direcionamento imaterial (estruturas cognitivas *a priori*) do saber e do agir sobre a organização jurídica das relações internacionais pode ser sugerida ainda como detentora de um papel fundamental (Onuma, 2016).

## 2 Os realismos do discurso jurídico e o Neorealismo Internacional: a virada empírica no Direito Internacional

### 2.1 O Direito entre os realismos jurídicos: níveis de análise

O neorealismo jurídico se apresenta como uma “nova forma de realismo” nos estudos em Direito Internacional. Apesar da proximidade do nome, essa compreensão se diferencia de outras duas tradições jurídicas do início do século XX que se apresentam como propostas de visões ou abordagens reais do fenômeno jurídico: o Realismo Jurídico e a Escola Realista de Relações Internacionais. A distinção entre os três se funda na distinção dos significados para os quais se aponta o mesmo significante *real*: um *a priori* categorial cognitivo<sup>10</sup>, um método de interpretação ou um método de coleta.

O *Realismo Jurídico* indica que os estudos em Direito devem se dedicar a compreender apenas experiências jurídicas consideradas reais - isto é, o Direito e as questões jurídicas tais quais desenvolvidas no dia-a-dia da realidade forense (Frank, 1947). O objetivo dessa preocupação realista consistia em afastar os estudos do Direito da estrita repetição de fontes secundárias (manuais) (Macaulay, 2005; Schuman & Mertz, 2010). Dentro dessa perspectiva específica do *law in action versus law in the books* (Pound, 1910), o Direito é compreendido como real enquanto funciona e é estudado como instrumento de solução de controvérsias entre agentes privados mediante aparato adjudicatório estatal de caráter coercitivo (Macaulay, 2005).

Assim, para o Realismo Jurídico, a realidade da vida do Direito seria dada a partir de uma específica experiência histórico-concreta da cultura jurídica adjudicatória nacional do *commonlaw*<sup>11</sup>. Essa perspectiva é, todavia, (i) insuficiente para explicar (a) a vida

<sup>10</sup> Isto é, uma categoria analítica *a priori* que define as condições de possibilidade de conhecimento de algo.

<sup>11</sup> Para uma crítica mais abrangente ao reducionismo analítico da visão adjudicatória do Direito no plano internacional, v. Onuma (2016). Inclusive, o autor ressalta a estreiteza civilizacional dessa perspectiva, uma vez que se vincula, também na tradição do pensamento em Direito Internacional, à cultura jurídica do *common law*.

jurídica profissional fora do ambiente forense (Faria & Coutinho, 2013; Macaulay, 2005) e (b) as funções (1) organizacionais do Direito Internacional (Badin; Giannattasio; Castro, 2016) e (2) avaliativas e legitimadoras do Direito Internacional (Onuma, 2016), e (ii) inadequada para indicar o sentido que se atribui para a ideia de neorealismo jurídico nas relações internacionais nas discussões sobre a virada empírica<sup>12</sup>.

Nesse sentido, de um ponto de vista epistemológico, *essa noção de realismo jurídico consiste em uma restrição a priori das categorias cognitivas do fenômeno jurídico*. Afinal, ela determina a necessidade de selecionar apenas um tipo de prática jurídica profissional - a prática forense - entre tantas outras possíveis (acadêmica, diplomática, formuladora de políticas públicas).

Trata-se assim de um consciente projeto pedagógico em Direito que restringe epistemologicamente o campo de estudos (ensino e pesquisa) em Direito para uma estrita dimensão profissional, profissionalizante e forense. Em outras palavras, para essa compreensão do real no Direito, apenas esse espaço de experiência jurídica vivida é relevante e deve ser considerado para aprender e investigar o Direito. E, por esse motivo, essa preocupação em nada tem a ver com a virada empírica representada pelo neorealismo nos estudos em Direito Internacional.

Por outro lado, apesar de poder ser dividida em linhagens internas (Castro, 2012; Waltz, 1990, 1997), a *Escola Realista* opera a partir de postulados sobre as relações internacionais<sup>13</sup>. Para tais autores (Waltz,

1979), como salientado por alguns de seus críticos (Legro & Moravcsik, 1999; Moravcsik, 1997; Shaffer, 2015; Slaughter, 1995), as relações internacionais são:

(i) desenvolvidas por atores<sup>14</sup> (a) *autônomos*, isto é, que levam em consideração apenas suas perspectivas internas como referenciais de ação, (b) *racionais*, isto é, que realizam um cálculo instrumental de custo-benefício para decidir como agir transfronteiramente, (c) *unitários*, isto é, que não há contestação política no ambiente interno apto a efetivamente bloquear a política externa praticada, (d) *idênticos*, isto é, que igualmente buscam maximizar suas utilidades por meio da distribuição de recursos, e

(ii) vividas em um ambiente estruturalmente anárquico, no qual o Direito não tem qualquer capacidade de orientação de condutas ou de organização da vida comum.

Nesse sentido, para a Escola Realista, “*anarchy ultimately and decisively causes [states] to seek advantage over their neighbors and to act in a self-interested and self-help manner*” (Adler & Barnett, 1998). Por esse motivo, o Direito estaria reduzido a uma dimensão secundária: não um referencial de ação (direção normativa *a priori*), mas uma cristalização jurídica de preferências de potências hegemônicas (imposição regulatória *a posteriori*) (Slaughter, 1995). Em outras palavras, para essa perspectiva, o real nas relações internacionais são as dinâmicas de jogo de poder e, por isso, o Direito Internacional é percebido como sem lugar no mundo (Badin, Taschetto & Sato, 2014, p. 6-7), isto é, como sem qualquer função normativa (Onuma, 2016).

uma única vertente de leitura das relações internacionais, v. Waltz (1997). Não é objetivo deste texto, contudo, explorar essa discussão. Fica aqui o registro para futuras investigações sobre o tema.

14 Para o realismo tradicional, tais atores seriam os Estados (Waltz, 1979); todavia, abordagens contemporâneas do realismo no pós-Guerra Fria reestruturam essa noção inicial (Waltz, 2000). Nessa perspectiva, entende-se que, apesar de os Estados continuarem detendo relevância, eles formam estruturas e são afetados por elas (estímulo ou abstenção), apesar de elas serem incapazes de determinar, ao final, a ação dos Estados (Waltz, 1997).

15 Tradução livre: “a anarquia, em última instância e decisivamente, faz com que [os estados] busquem vantagem sobre seus vizinhos e atuem em função de seus próprios interesses e para a sua própria ajuda.”

12 Segundo Macaulay (2005) e Shaffer (2008, 2009), o realismo jurídico tal qual proposto no início do século XX tinha pretensões também de realizar pesquisas empíricas para o estudo do Direito em situações reais forenses. Todavia, segundo a avaliação do autor, por razões externas (ausência de financiamento) e internas (sub-valorização da empíria), pouco foi efetivamente realizado nesse sentido. Suchman & Mertz (2010) e Shaffer (2008, 2009) argumentam, nesse sentido, que a virada empírica atual tem origens nesta concepção do real no Direito. Não é o caso de afirmar ou negar as raízes da virada empírica no realismo jurídico estadunidense, pois isso exigiria uma pesquisa à parte que não corresponde aos objetivos deste artigo. Aqui, basta compreender que, o que se afirma como *real* no realismo jurídico é categorialmente diferente da noção do real na virada empírica: no primeiro caso, trata-se de restrição *a priori* de categorias cognitivas, ao passo que, no último, se trata de um método de coleta de informações e de dados.

13 Sobre a impossibilidade de unir todos os realistas dentro de



Não é lugar aqui para desenvolver críticas a essa Escola<sup>16</sup>. A rápida menção acima apenas ajuda a compreender a razão pela qual essa noção de realismo pouco dialoga com a proposta de a virada empírica nos estudos em Direito ser denominada uma abordagem neorrealista. Como se pode perceber, a *Escola Realista oferece um referencial teórico que estabelece um método de interpretação* das relações internacionais: em uma sociedade anárquica, as unidades do sistema agirão estrategicamente no interior de um jogo de poder nas relações internacionais - por mais poder ou por mera sobrevivência (Waltz, 1997). Por mais que seja possível tentar divisar diferentes linhas realistas (Castro, 2012; Waltz, 1990), para os interesses deste artigo basta indicar que, em qualquer delas, o real é estabelecido como um marco analítico que estruturará as categorias que estruturam a leitura e o conhecimento a serem feitos pelo intérprete das relações internacionais<sup>1718</sup>.

16 Para críticas que apontam limites internos às bases teóricas do pensamento realista, v. Gerring (2012), Jervis (1989) e Legro & Moravcsik (1999); para críticas que apontam para a incapacidade de o realismo notar funções alternativas do Direito Internacional, tais como a (i) organizacional, v. Badin, Giannattasio & Castro (2016) e Badin, Taschetto & Sato (2014); e (ii) avaliativa, legitimadora e construtiva, v. Onuma (2016). Não é lugar aqui para explicar cada uma dessas críticas. Fica registrado o convite para futuras investigações conjuntas sobre o tema.

17 Isso não significa que os estudos em Relações Internacionais - em qualquer das chamadas Escolas, Realistas ou não - não utilizem metodologia empírica em suas investigações. Essa aliás é uma das características dos estudos desse campo do conhecimento, como apontam Mearsheimer & Walt (2013). Na verdade, o que se pretende enfatizar neste artigo é apenas que, o que se afirma como *real* na Escola Realista é categorialmente diferente da noção do real na virada empírica: no primeiro caso, trata-se de um método de interpretação, ao passo que, no último, se trata de um método de coleta de informações e de dados.

18 Shaffer (2015) apresenta uma diferenciação categorialmente distinta entre neorrealismo no Direito Internacional e Escola Realista. Centralizando sua análise em aspectos localizados fora de uma dimensão metodológica, o autor ressalta que, apesar de as duas vertentes se orientarem para compreender o papel do Direito, o realismo das relações internacionais descarta o papel do Direito, enquanto que o neorrealismo percebe o papel do Direito como relevante e busca compreender como ele pode aumentar sua eficácia. O centro da análise do realismo nas relações internacionais é o poder, enquanto que, no neorrealismo, é o direito enquanto resposta social. Apesar de ser interessante, essa distinção não é explorada neste texto, uma vez que aqui se enfatiza uma distinção baseada em outro tipo de discurso: método de interpretação (realista das relações internacionais) *versus* método de coleta (neorrealismo).

Apesar da apressada menção às duas mais conhecidas noções de estudos ditos *reais* no Direito e no Direito Internacional, fica claro - principalmente a partir do item a seguir, que os estudos neorrealistas em Direito Internacional em nada se confundem com as duas categorias anteriores. Como se poderá perceber adiante, o *neorrealismo em Direito Internacional consiste fundamentalmente em uma proposição de método de coleta* de informações e de dados a serem utilizados para subsidiar estudos (ensino e pesquisa) em Direito Internacional.

Nesse sentido, ao centralizar sua preocupação no conhecimento, na difusão, no aperfeiçoamento e na aplicação de *métodos empíricos de coleta*, o neorrealismo em Direito Internacional visa a estimular estudos empíricos quantitativos e qualitativos sobre a experiência jurídica internacional (Shaffer, 2008, 2009). Com essa perspectiva, a virada empírica almeja que os estudos sobre o fenômeno jurídico internacional (i) não se fundamentem apenas em fontes secundárias (revisão bibliográfica)<sup>19</sup>, e (ii) levem em consideração outras fontes primárias além das normas jurídicas internacionais positivadas (*hardlaw* ou *soft law*)<sup>20</sup> (Shaffer, 2009).

19 Provocativa é a posição de Lorca (2015) quando aponta que juristas internacionalistas semi-periféricos (como o Brasil) foram apenas reprodutores do pensamento jurídico do centro das relações internacionais na história da disseminação das categorias de Direito Internacional. No mesmo sentido, mas não se restringindo ao Brasil, Onuma (2016) aponta para o papel do poder ideacional estatocêntrico, eurocêntrico e ocidentocêntrico do Direito Internacional na definição das estruturas cognitivas *a priori* para pensar e agir com e sobre o Direito Internacional até os dias de hoje. Refere-se aqui a esse argumento apenas para indicar a importância de suscitar, nos estudos em Direito Internacional no Brasil, métodos investigativos alternativos além da simples revisão bibliográfica - do contrário, a tendência é manter a ciência jurídica no Brasil como uma ciência conduzida por tópicos e categorias de países centrais (Faria, 2008).

20 Uma tradição legalista positivista que caracteriza o ensino do Direito Internacional no Brasil como "uma formação dogmática [...] constringedoramente singela quando contrastada com o grau de complexidade do universo normativo do mundo globalizado [...]" (Faria, 2008, p. 144). No mesmo sentido, sobre os estudos jurídicos (ensino e pesquisa) como um todo no país, v. Fragale Filho & Veronese (2004), Nobre (2002) e Oliveira (2011). O problema de excesso de legalismo nos estudos em Direito Internacional não parece ser exclusividade no Brasil, como aponta Onuma (2016), sendo sintomática, por exemplo, a postura de Hall (2007), ao indicar que estudos (ensino e pesquisa) em Direito Internacional consistem em um trabalho de levantamento e compreensão das normas jurídicas localizadas no tradicional rol de fontes do Direito indicadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Em outras palavras, o uso de métodos empíricos em Direito Internacional pode se mostrar relevante ferramenta para privilegiar a coleta de fontes não-usuais na construção do saber e do agir, e, com isso, viabilizar o acesso a informações e dados diferenciados sobre a experiência jurídica internacional e permitir a proposição de reconstrução da última para a tornar ainda mais efetiva (Shaffer, 2009, 2014). É nesse sentido que a virada empírica se apresenta como um neorealismo em Direito Internacional, como se compreenderá no item a seguir de forma mais sistematizada.

## 2.2 Neorealismo Jurídico como Virada Empírica no Direito Internacional

O uso de métodos empíricos para compreender aspectos jurídicos e não-jurídicos não é uma proposta nova no campo das Ciências Sociais (Pires, 2008; Schuman & Mertz, 2010). Todavia, a introdução e o uso efetivos de tais técnicas para o estudo do Direito - e, portanto, também do Direito Internacional - parece ser uma iniciativa recente no Brasil (Machado, 2013; Oliveira, 2011) e no mundo (Suchman & Mertz, 2010; Simmons & Breidenbach, 2011).

Apesar de ser interessante investigar as causas dessa reorientação dos estudos em Direito<sup>21</sup>, pretende-se aqui apenas retomar a discussão sobre as duas principais orientações contemporâneas de estudos empíricos em Direito - *Empirical Legal Studies (ELS)* e *New Legal Realism (NLR)*, tais quais identificadas e categorizadas por Suchman & Mertz (2010)<sup>22</sup>. Essa sistematização das iniciativas empíricas de renovação das formas de realizar estudos em Direito é peça chave para compreender, não apenas essas duas vertentes inauguradas na década de 1990. Antes, a retomada dessa discussão é importante para indicar como o neorealismo internacional pode ser compreendido como uma virada empírica nos estudos contemporâneos em Direito Internacional.

De acordo com a leitura proposta por Suchman &

Mertz (2010), o ELS e o NLR têm em comum a preocupação em utilizar técnicas empíricas para nortear os estudos em Direito. Dentro dessa orientação, as duas vertentes compartilhariam a orientação em buscar perceber de maneira sistemática os fenômenos observáveis para extrair conclusões sobre o mundo (Simmons & Breidenbach, 2011). Todavia, seria possível notar diferenças quanto ao método e quanto à missão das duas tradições.

Com efeito, para os autores (Suchman & Mertz, 2010), o ELS não parece deter uma missão única partilhada uniformemente entre todos aqueles que assumem para si, explícita ou implicitamente, as escolhas metodológicas dessa corrente. O que os uniria seria o entusiasmo genérico em aplicar métodos científicos rigorosos para confirmar empiricamente questões jurídicas até então conhecidas por experiência, por conversas informais ou por simples leituras de manuais.

Conforme essa visão, o ELS pode ser entendido como uma orientação de estudos empíricos em Direito que (i) parte dos manuais para apenas formular hipóteses a serem testadas por meio de técnicas de investigação empíricas, (ii) instrumentaliza o conhecimento de outras Ciências Sociais para propósitos exclusivamente de debates internos ao Direito - não sendo assim uma abordagem efetivamente interdisciplinar<sup>23</sup>, (iii) se mostra menos radical, uma vez que (a) se restringe a confirmar hipóteses sobre o mundo concreto, (b) não propõe um diálogo direto entre jurista e realidade concreta, seja para desta extrair novas hipóteses (pesquisa exploratória), seja para propor modificações sobre ela, e (iv) é marcado mais por métodos quantitativos - principalmente análises estatísticas voltadas à metrificação dos mais diferentes aspectos do Direito - do que qualitativos.

Por outro lado, segundo a análise proposta por Schuman & Mertz (2010), os autores das diferentes áreas de estudo em Direito que seguem os parâmetros do

21 Por exemplo, no Brasil, uma iniciativa institucional pública estatal - o Projeto Pensando o Direito, inaugurado em 2007 pela Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério da Justiça (MJ) - específica voltada a uma investigação aplicada do conhecimento jurídico para a solução de problemas concretos no país (Machado, 2013).

22 A mesma categorização entre ELS e NLR é feita por Shaffer & Ginsburg (2012).

23 Isto é, que crie um novo campo do conhecimento com aportes conceituais, metodológicos e conclusivos de diferentes disciplinas; em outras palavras, o Direito permanece conduzindo as questões a serem investigadas, não havendo uma horizontalidade efetiva nas relações entre disciplinas. Sobre essa noção radical de interdisciplinaridade, v. Badin; Taschetto & Sato (2014), Slaughter, Tulumello & Wood (1998) e Ventura & Lins (2014).



NLR parecem ter uma mesma missão. Tratar-se-ia da constante preocupação em reconectar o Direito em sua relação tensivo-formativa de caráter dialético com a sociedade em virtude do impacto desse no cotidiano. Por esse motivo, haveria uma aceitação maleável para o uso de diferentes métodos (empíricos e teóricos) para compreender as questões concretas envolvendo os laços tensivo-transformadores entre Direito e sociedade.

Nessa perspectiva, o NLR seria uma orientação de estudos empíricos em Direito que (i) se caracteriza por (a) uma amplitude de métodos empíricos, abrangendo tanto métodos quantitativos, como qualitativos - principalmente observação participante e entrevistas, (b) uma abertura interdisciplinar que não tem como ponto de partida as questões formuladas estritamente no interior do universo do pensamento jurídico (tópicas, conceitos, conclusões de outras disciplinas), e que, por isso mesmo, (ii) se preocupa em encontrar questões sobre o Direito a partir da sociedade, levando em consideração as tensões e os efeitos que ele produz sobre ela, e (iii) se dirige a uma aplicação do conhecimento sobre o social (pragmatismo).

É dentro dessa chave distintiva que se pode compreender a proposta de apresentar o neorealismo nos estudos em Direito Internacional como uma forma de virada empírica. Não se trata apenas de incluir técnicas empíricas para testar hipóteses construídas teoricamente sobre o Direito Internacional (ELS), mas de uma maneira específica de encontrar e trabalhar questões sobre o Direito Internacional a partir das preocupações que a dinâmica concreta das relações internacionais coloca para essa ordem jurídica (NLR).

Em outras palavras, buscar empiricamente explicações sobre a presença e sobre a ausência de condições de operacionalidade e de eficácia de desenhos institucionais internacionais para, em seguida, propor algum tipo de encaminhamento prático (experimentalismo institucional) parece se aproximar da orientação empírica do NLR (Shaffer, 2008 e 2009). Nesse sentido, quando afirma que os estudos empíricos do Direito Internacional podem ser compreendidos dentro de uma chave neorrealista, Shaffer (2008) apresenta as seguintes características:

- i. uso de técnicas empíricas quantitativas e qualitativas para compreender os contextos nos quais o Direito é produzido e operacionalizado;
- ii. abertura ao diálogo interdisciplinar (inclusive metodológico) para compreender o Direito;
- iii. consciência sobre a possibilidade de crítica e de reestruturação das instituições e das posições doutrinárias a partir dos limites apresentados pelos dados e informações coletados por meio das técnicas empíricas (principalmente observação participante e entrevistas);
- iv. apresentação sincera das escolhas explícitas e implícitas das próprias análises, para exposição precisa dos pontos de partida;
- v. compreensão holística da dinâmica da vida internacional, não restringindo seu espectro de análise apenas a um tipo de ator internacional<sup>24</sup> - o que é repetido pelo autor em texto posterior (Shaffer, 2014); e
- vi. busca e compreensão das interações e influências recíprocas e dialógicas entre o Direito Internacional e seus diferentes tipos de atores.

Em textos posteriores, Shaffer (2009 e 2015) busca sistematizar as características acima apontadas em 4 (quatro) atributos fundamentais do neorealismo em Direito Internacional como uma modalidade específica de virada empírica. Ainda que nesses textos o autor não use exatamente as mesmas palavras para indicar cada um deles, pode-se entender que, para ele, a virada empírica neorrealista em Direito Internacional se caracteriza pelos seguintes atributos:

- i. *normatividade*: compreender que o Direito Internacional busca a realização de fins sociais e que, ao mesmo tempo, se apresenta como uma estrutura de poder assimétrica, razão pela qual não se pode ignorar a existência de uma desigualdade jurídica distributiva do poder e dos modos e meios de realização de tais fins sociais nas relações internacionais;
- ii. *empíria*: o coração do NLR aplicado ao Direito Internacional, trata-se do uso de métodos empíricos quantitativos e qualitativos - incluindo observação participante, entrevista, questionários, entre outros (Shaffer & Gisburg, 2012) para com-

<sup>24</sup> Nesse sentido, v. nota de rodapé n. 2, *supra*.

preender como o Direito Internacional funciona e produz efeitos;

- iii. *crítica e auto-crítica*: desconfiança em relação a métodos utilizados, a conclusões atingidas e a desenhos institucionais existentes, em virtude da inevitabilidade de enviesamentos, devendo-se, assim, evitar qualquer preferência inquestionável por um ou por outro; e
- iv. *aplicabilidade*: traduzir os resultados empíricos em ações práticas de reformatação das estruturas e das instituições do Direito Internacional para uma ordem jurídica mais estável e justa.

Segundo o autor, isso exigiria ainda (e o que pode ser considerado um quinto atributo) construir pontes entre disciplinas e uma relação interdisciplinar horizontal - isto é, sem haver condução de uma disciplina por outra e conforme uma lógica de mútuo aprendizado, e (como sexto atributo) reconhecer que estudos empíricos podem frustrar e modificar posições previamente assumidas pelo investigador - afinal, sempre são encontrados pontos cegos ou desconhecidos ao jurista (Shaffer, 2015). Para ele, ao abrir o ceticismo institucional aos juristas, a empiria reenvia estes a possibilidade de reconstruir a normatividade jurídica e suas instituições a partir das informações reveladas e dados coletados - criticando o Direito, sem abandonar sua lógica e sua linguagem (Shaffer, 2009 e 2015).

### **3 O papel da consciência sobre o significativo empírico: a moldura intencional e as condições de possibilidade de conhecimento**

#### **3.1 A redução fenomenológica e a moldura intencional**

Ao se afirmar ser necessário efetuar um alerta fenomenológico para os estudos empíricos em Direito Internacional, este texto relembra que a produção de qualquer conhecimento é sempre realizada em regime de *redução fenomenológica*. Instaurada a partir da reflexão conceitual sobre as coisas, a realidade passa a ser constituída pela consciência e com a consciência, nos termos da consciência. Ou ainda, em outras palavras, as coisas não se mostram mais como seres em si absolutos, mas como fenômenos, cujos elos

passam a ser estabelecidos por parâmetros intencionais dados pela consciência (Husserl 2006).

Isso significa que, quando o sujeito busca conhecer (conjugando entendimento e experiência), há uma cisão interna nas coisas com as quais se lida para formar o conhecimento, isto é, uma divisão entre o objeto da experiência (fenômeno) e as coisas elas mesmas (as coisas em si) (Kant, 1980). Em regime de redução fenomenológica, problematiza-se a suposta pacífica identidade interna das coisas e apresentam-se as coisas duplamente – como fenômenos (objetos da experiência constituídos pelo sujeito) e como as coisas elas mesmas (idênticas em si mesmas, não objetos da experiência) (Torres Filho, 2004).

De acordo com essa perspectiva, no processo de conhecimento, o intelecto se volta para pensar uma experiência a qual não é constituída por coisas em si, mas pelo modo segundo o qual elas se apresentam à consciência (Kant, 1980). O entendimento estabelece relações com uma experiência constituída por fenômenos (Kant, 1980), tornando-a algo dependente da consciência (Husserl, 2006).

O alerta fenomenológico conscientiza assim que, na produção do conhecimento, o sujeito lida não com as coisas em si mesmas e idênticas, mas com representações delas, isto é, com fenômenos (Kant, 1980; Torres Filho, 2004). Perde-se com isso uma ilusão original e se deixa de acreditar que se conhecem coisas em si mesmas para além do âmbito dos fenômenos (Kant, 2012; Lebrun, 1993a e 1993b; Torres Filho, 2004).

*Diante da redução fenomenológica, a realidade passa a deter a condição de unidade receptora de sentido, ao passo que a consciência desempenha a função de centro doador de sentido. Deste modo, o sentido da realidade deriva especificamente de uma determinada maneira que a consciência se posiciona com relação a ela e lhe atribui um sentido conforme essa maneira [...]. (Giannattasio, 2013, p. 167)*

As coisas não detêm, assim, sentido em si mesmas. Elas o detêm apenas e tão-somente na medida em que a consciência lhes atribui um sentido (Husserl, 2006; Renaudie, 2007). A experiência intuitiva é as-

sim simplesmente um suporte: sem essência secreta a ser descoberta, a significação deriva das conexões entre informações empíricas constituídas a partir das variadas intencionalidades projetadas pelo intelecto segundo as posições categoriais assumidas de modo consciente ou inconsciente - as quais determinarão os modos de ver, de ler e de conhecer o mundo (Husserl, 2006; Renaudie, 2007).

Por esse motivo, tornada fenômeno, uma mesma coisa adquire uma infinidade de sentidos possíveis (Bernet, 2001). A apresentação de um ou de outro varia apenas em função do posicionamento categorial do intérprete, isto é, em virtude do destaque dado a cada perfil dela que é revelado em cada novo direcionamento intencional (Husserl, 2006; Renaudie, 2007).

### 3.2 A empiria como suporte vazio de significação: intencionalidade e empiria

O alerta fenomenológico percebe que, na conjugação razão-experiência, o conhecimento apenas é possível na medida em que algo é apresentado conforme certas regras residentes na consciência do pesquisador. Tais regras constituem o fenômeno a partir do material levantado e sistematizado, o que o torna um objeto vazio de significação por si só:

*acreditávamos que o Espírito-Aranha atraía as coisas para sua teia, cobria-as com uma baba branca e lentamente as deglutia, reduzindo-as à sua própria substância. O que é uma mesa, um rochedo, uma casa? Um certo composto de 'conteúdos de consciência', uma ordem desses conteúdos. [...]. Os mais simples e os mais rudes dentre nós procuravam por algo de sólido, qualquer coisa, enfim, que não fosse o espírito. Em vão. Por toda parte encontravam tão-somente uma névoa baça e distinta: eles mesmos. (SARTRE, 2006, p. 55).*

Isso significa haver uma diversidade de posições sobre o saber: a assunção de uma posição categorial (base de pensamento) distinta apenas apreende o mesmo material empírico de maneira diferenciada. Em outras palavras, a empiria se apresenta, na verdade, apenas como um suporte em direção ao qual são dirigidos uma infinidade de possíveis sentidos diferenciados - todos igualmente admissíveis, desde que não se superponham significações que do ponto

de vista categorial - e não empírico - se mostrem incoerentes (Renaudie, 2007).

Assim, as tópicos e os encaminhamentos se mostram distintos em cada discurso científico na exata medida em que o *con*-texto, o *pre*-texto e o *sub*-texto se encontram neles posicionados em situações espaciais, temporais, institucionais e valorativas distintas. Seria fundamental efetuar uma arqueologia discursiva em cada um dos centros de produção do conhecimento, a fim de depreender em cada um deles a genealogia das narrativas fundadoras de suas perspectivas. Com isso, seria possível buscar definir a variação qualitativa dos polos de intencionalidade de cada um deles que orienta o pensar e o agir<sup>25</sup>.

A consciência depende da experiência empírica para produzir conhecimento, mas o material empírico não é apto a, por si só, constituir o conhecimento. Em outras palavras, é condição de ser a *consciência quem determina a experiência*. O objeto é constituído pelo entendimento, sendo o conhecimento produzido fundado na conjunção de conceitos com intuições empíricas (*síntese a posteriori crítica*) dadas pela experiência constituída por fenômenos (Bernet, 2001).

Parece ser o elemento *a priori* residente no interior da consciência o que apresenta os objetos de determinado modo ao sujeito (fenômenos) para serem uma experiência a ser conhecida (Kant, 1980). Referidos elementos são dados, os quais são definidos pela posição assumida pelo intérprete da maneira como o mundo se lhe revela (Sartre, 1996 e 2005), a qual lhe permite atribuir uma unidade de sentido (Bernet, 2001; Renaudie, 2007).

Assim, apesar de haver uma aderência ao significante empírico captado intuitivamente, o processo de significação para a construção do conhecimento parece pouco depender dele (Husserl, 1980). Parece haver

<sup>25</sup> Nas discussões contemporâneas sobre o Direito Internacional, a título exemplificativo, Onuma (2016) tem trabalhado especificamente para apresentar os limites civilizacionais ocidentocêntricos e eurocêntricos (i) dos desenhos institucionais internacionais e das regras de conduta vigentes na presente ordem jurídica internacional, e (ii) das origens das estruturas cognitivas utilizadas para conhecer, interpretar, operacionalizar e modificar o Direito Internacional.

um esvaziamento do sentido portado pelo material empírico (Husserl, 2006), pois os dados e as informações coletados pouco influenciam na construção da significação; na verdade, eles se mostram mais como um *pre*-texto para a aposição de significações distintas e para a proposição de ações institucionalizantes divergentes sobre o mundo, pois há uma liberdade de significação categorial sobre aquilo que é dado à consciência (Renaudie, 2007).

#### **4 O duplo alerta fenomenológico: materialidade e imaterialidade nos estudos em Direito Internacional**

A diversidade de posições não interfere apenas no que se refere ao uso da razão pura (condições de possibilidade de conhecimento seguro) – isto é, no campo do saber. Na verdade, também no que se refere ao uso da razão prática (condições de possibilidade de construção de modo de organização social) – isto é, no campo do agir, deve-se reconhecer o papel exercido pela diferenciação de posicionamento categorial. Isso porque há uma raiz fenomenológica comum entre os mundos do saber e do agir ocupados por aquele que discursa cientificamente sobre o empírico (Adorno, 2007; Kant, 2012; Lefort, 1986; Lyotard, 1979)<sup>26</sup>.

Nesse sentido, posições categoriais (conceituais) distintas não apenas conhecem um mesmo material dentro de compreensão (*saber*) diferenciada (Husserl, 1980, 2006; Sartre, 1996, 2005). Essa localização categorial diferenciada também encaminha para diferentes propostas de desenhos jurídico-institucionais ou de regras de condutas (*agir*) (Onuma, 2016). Em outras palavras, a chave de compreensão estabelecida por uma dada estrutura cognitiva define as maneiras de pensar o mundo, mas também de agir normativamente sobre ele (Onuma, 2016).

A consciência dessa condição suscitada pelo alerta fenomenológico permite desfetichizar uma potencial crença imoderada na empiria.

<sup>26</sup> Nos estudos em Direito Internacional, essa conexão entre razão pura e razão prática é indicada, ainda que em diferentes tradições jurídicas e com tópicos distintas, por Bogdandy, Goldmann & Venzke (2016), Koskenniemi (2007) e Onuma (2016).

Certamente, o aprimoramento constante de técnicas empíricas para sofisticar o debate em Direito Internacional no Brasil é interessante e recomendável, a fim de conferir aderência fundamentada para análises (*saber*) e propostas (*agir*) em Direito Internacional. Todavia, se a empiria tem papel fundamental no conhecimento - enquanto suporte de significações possíveis, não se pode ignorar que é o direcionamento intencional dado pelo intérprete que estabelece uma ou outra significação possível (Bernet, 2001; Renaudie, 2007).

Por esse motivo, deve-se evitar hipostasiar a empiria como *locus* central ou único na construção do saber científico sobre a presença ou a ausência de condições de operacionalidade e de eficácia dos desenhos institucionais do Direito Internacional. Não faz sentido entender que basta esperar passivamente que “os dados ou as informações falem” para, com isso, extrair informações e dados que fundamentem totalmente conclusões sobre o saber e o agir: parcialmente adequada, essa construção ignora, afinal, que quem fala (atribui sentido) é o pesquisador - a partir de esforço intelectual próprio - sobre as informações coletadas, atribuindo-lhes um sentido de verdade a partir de suas categorias (Bernet, 2001).

Em outras palavras, a intencionalidade do próprio intérprete que cria conexões a partir de uma tábua de categorias *a priori* é o filtro linguístico que parece emoldurar a capacidade de apreensão pura e prática (saber e ação) da experiência coletada por meio de técnicas empíricas. E, por isso, há que se estar atento, não apenas à importante coleta de dados empíricos e ao aperfeiçoamento das técnicas necessárias para tanto. Há que se dar também a devida atenção à origem e à diversidade qualitativa de polos de intencionalidades discursivas que trabalham na construção e na ressignificação das narrativas e das estruturas cognitivas que visam a conhecer, a interpretar e a operacionalizar as instituições jurídicas internacionais (Onuma, 2016).

Com isso, mostra-se possível enfatizar e relembrar que os limites de aplicação e de eficácia de normas jurídicas internacionais não derivam apenas de condições materiais. Elas também se sustentam fundamentalmente nas condições imateriais vinculadas às dimensões significativas próprias às posições categoriais daqueles que conhecem tais normas e que

as operam fenomenicamente sobre o mundo - dos investigadores e de seus aplicadores.

Isso implica, assim, a necessidade de se efetuar uma reconstrução genealógica do processo civilizatório que estabelece as próprias estruturas cognitivas que dirigem as formas de pensar o próprio fenômeno jurídico internacional (Onuma, 2016) - afinal, elas determinam não apenas as soluções propostas, mas também as perguntas a serem formuladas. No entanto, apenas em trabalhos futuros serão investigadas e re-trabalhadas essas categorias (i) comprometidas civilizatoriamente e (ii) que exercem um poder simbólico (controle dos sentidos e das convenções linguísticas) sobre as formas de pensar o Direito Internacional e de agir sobre ele.

## 5 Conclusão

A virada empírica em Direito Internacional tem como objetivo explorar as condições materiais dentro das quais o Direito Internacional é criado e nas quais ele encontra condições práticas para ser operado de maneira eficaz. Essa nova perspectiva exige o recurso a fontes primárias e secundárias para extrair dados e informações empíricas que subsidiem conclusões sobre o alcance normativo de tais regras.

Apesar da relevância dessa abordagem para aprimorar o conhecimento jurídico-científico internacional, este trabalho relembra a existência de limites na intencionalidade do pesquisador. Nesse sentido, dentro de uma perspectiva fenomenológica husserliana, este estudo suscita um alerta na construção do saber jurídico-científico em Direito Internacional. O argumento central deste trabalho consiste em apontar que, independentemente do material empírico coletado, as conclusões sempre se estabelecem de acordo com o posicionamento categorial do pesquisador.

Por isso, o artigo se estruturou em três partes. Após esclarecer o sentido do neorealismo em Direito Internacional a partir de um enquadramento dessa perspectiva na virada empírica, o

presente estudo se desenvolveu em torno da razão epistemológica (categorial e intuitiva) das divergências. Afastando as possibilidades de explicação dadas

anteriormente pela tradição do pensamento científico em fases de preparação ou de execução da pesquisa, concluiu que, mesmo no momento da interpretação, o material coletado por técnicas empíricas não determina o sentido de construção do saber e do agir em Direito Internacional.

Nesse sentido, a construção do conhecimento em Direito Internacional também partilha dos seguintes elementos que compõem a condição de possibilidade do pensamento científico, a saber: na conjugação de razão e experiência, (i) apesar de haver uma aderência ao significante, o processo de significação pouco depende dele, na medida em que (ii) há um esvaziamento do sentido portado pelo material empírico, pois os dados e as informações coletados pouco influenciam na construção da significação.

Com isso, mostra-se possível ainda (iii) desfeticizar uma potencial crença imoderada na empiria e, com isso, (iv) negar a esta uma possível tendência a lhe atribuir posição central na construção do saber científico sobre a presença ou a ausência de condições de operacionalidade e de eficácia dos desenhos institucionais do Direito Internacional. Longe de pretender diminuir o reconhecimento das possibilidades de explicação e de direcionamento (razão pura e prática) sobre o Direito Internacional, pretende-se na verdade reforçar que (v) os limites de aplicação e de eficácia de normas jurídicas internacionais não derivam apenas de condições materiais, mas também de condições imateriais vinculadas às restrições significativas próprias às posições categoriais e intuitivas daqueles que as operam.

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



## 6 Referências

- Adler, E. & Barnett, M (1998). Security Community in Theoretical Perspective, In E. Adler & M. Barnett, *SecurityCommunities* (pp. 3-28). Cambridge: Cambridge University.
- Adorno, T (2007). *Introdução à Sociologia*. São Paulo: UNESP.
- Alvarez, J (2001). Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory, *European Journal of International Law*, 12 (2), pp. 183-246.
- Badin, M., Taschetto, L. & Sato, N (2014). As Trilhas De Anne-Marie Slaughter na Defesa da Interdisciplinaridade entre Direito Internacional e Relações Internacionais, *DireitoGV Research Paper Series*, 94, 1-25.
- Badin, M., Giannattasio, A. & Castro, D (2016). As Eleições Implícitas na Pesquisa para a Elaboração e Aplicação de Casos em Cursos de Direito Internacional *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 3 (2), 195-218.
- Bernet, R (2001). Désirer Connaître par Intuition, *Revue Philosophique de Louvain*, 99 (4), 613-629.
- Bogdandy, A., Goldmann, M & Venzke, I. (2016). From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, *MPIL Research Paper Series*, 2, 1-42.
- Castro, T (2012). *Teoria das Relações Internacionais*. Brasília: FUNAG.
- Corrêa, A & Castro, D (2015). Transnacionalismo e Paradiplomacia nas Relações Econômicas Brasil-Angola, In 5º Encontro Nacional da ABRI, 2015, Belo Horizonte. *Anais do...*
- Faria, J (2008). *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva/DireitoGV.
- Faria, C.& Coutinho, D (2013). O Direito nas Políticas Públicas, In E. Marques & C. Faria (Org.). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar* (pp. 181-200). São Paulo/Rio de Janeiro: Unesp/Fiocruz.
- Frank, J. (1947). A Plea for Lawyer-Schools, *TheYale-LawJournal*, 58, 1303-1344.
- Fragale Filho, R. & Veronese, A (2004). A Pesquisa em Direito: Diagnóstico e Perspectivas, *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, 1 (2), 53-70.
- Gerring, J (2012). *Case Study Research*. Cambridge: Cambridge University.
- Giannattasio, A (2013). *A Integração como Fenômeno Jurídico-Político: Uma Leitura sobre a Construção Histórica da CECA* (Tese de Doutorado). Retirada de Teses USP.
- Giannattasio, A (2016a). A Legalidade e a Legitimidade da Autoridade Pública Internacional da OEA nos Casos Brasil e Venezuela: Do Soft Power a um Direito Político Internacional, In E. Gomes, F. Xavier & T. Squeff (Org.). *Golpes de Estados na América Latina e Cláusula Democrática*. Curitiba: Instituto Memória.
- Giannattasio, A. (2016b). Direito Internacional Público Contemporâneo e Tribunal Constitucional Internacional: A Radicalização da Política e a Transcendentalização da Origem dos Estatutos Jurídico-Políticos Nacionais, In P Oliveira & G Leal (Org.). *Temas Avançados de Direito Internacional e Direitos Humanos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito/Juspodivm.
- Hall, S (2007). Researching International Law, In M. McConville & W. Chui (Ed.). *Research Methods for Law* (pp. 181-206). Edinburgh: Edinburgh University.
- Husserl, E. (1980). Investigações Lógicas - Sexta Investigação (Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento), In E Husserl. *Textos Escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural.
- Husserl E. (2006). *Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica*. Aparecida: Idéias & Letras.
- Jervis, R (1989). Rational Deterrence: Theory and Evidence, *World Politics*, 41 (2), 183-207.
- Kant, I (1980). Prolegômenos. In Kant. v. II. São Paulo: Abril Cultural.
- Kant, I (1992). *Lógica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Kant, I (2012). *Crítica da Razão Pura*. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/Univesitária São Francisco.
- Koskeniemi, M (2007). The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics, *TheModern Law Review*, 70 (1), 1-30.
- Lebrun, G (1993a). *Sobre Kant*. São Paulo: Iluminuras/ Universidade de São Paulo.
- Lebrun, G (1993b). *Kant e o Fim da Metafísica*. São Paulo: Martins Fontes.
- Lefort, C. (1986). *Le Travail de l'Oeuvre Machiavel*. Paris: Gallimard.
- Legro, J. & Moravcsik, A (1999). Is Anybody still a Realist, *International Security*, 24 (2), 5-55.
- Lohmar, D (2001). Le concept husserlien d'intuition

- catégoriale, *Revue Philosophique de Louvain*, 99 (4), 652-682.
- Lorca, A (2015). *Mestizo International Law - A Global Intellectual History*. Cambridge: Cambridge University.
- Lyotard, J.-F. (1979). *La Condition Post-Moderne*. Paris: Gallimard.
- Macaulay, S (2005). The New versus the Old Legal Realism: "Things Ain't What They Used to Be", *Wisconsin Law Review*, 2005 (2), 365-403.
- Machado, M (2013). Pesquisa Empírica em Direito: Os Limites dos Métodos e o Ganho dos Debates Públicos, *Série Pensando o Direito*, 50, 80-90.
- Mearsheimer, J. & Walt, S (2013). Leaving Theory Behind: Why Hypothesis Testing Has Become Bad for IR, *Faculty Research Paper Series - Harvard Kennedy School*, RW13-001, 1-55.
- Moravcsik, A (1997). Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics, *International Organization*, 51 (4), pp. 513-553.
- Moura, C. (2006a). Prefácio, In E. Husserl. *Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica* (pp. 15-23). Aparecida: Idéias & Letras.
- Moura, C (2006b). Husserl: Significação e Fenômeno. *DoisPontos*, 3 (1), 37-61.
- Mulligan, K (1995). Perception, In Smith, B. & Smith, D. *Husserl - Cambridge Companions to Philosophy* (pp. 168-238). Cambridge: Cambridge University.
- Nobre, M (2002). Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil, *Cadernos DireitoGV*, 1.
- Oliveira, F (2011). Os Desafios de Ensinar Metodologia de Pesquisa Empírica no Direito, In J. Falcão. (Org.). *Cadernos Direito Rio - Laboratório de Experiências Didáticas* (pp. 69-103). Rio de Janeiro: FGV.
- Oliveira, I & Badin, M (2013). *Tendências Regulatórias nos Acordos Preferenciais de Comércio no Século XXI: Os Casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia*. Brasília: Ipea.
- Onuma, Y. (2016). *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes.
- Pires, à (2008). Sobre Algumas Questões Epistemológicas de uma Metodologia Geral para as Ciências Sociais, In J. Mayer, J. Poupard, L. Groulx & A. Pires (Org.). *A Pesquisa Qualitativa: Enfoques Epistemológicos e Metodológicos*. Petrópolis: Vozes.
- Pollack, M & Shaffer, G (2001). Who Governs?, In Pollack, M & Shaffer, G. *Transatlantic Governance in the Global Economy*. Lanham: Rowman.
- Pound, R (1910). Law in Books and Law in Action, *American Law Review*, 44, 12-36.
- Renaudie, P.-J. (2007). Intuition et Signification - Remarques sur le Statut des Synthèses Catégoriales dans les Recherches Logiques de Husserl, *Trans-Paraître*, 1, 143-165.
- Sanchez, M (2004). *Demandas por um Novo Arcabouço Sociojurídico na Organização Mundial do Comércio* (Tese de Doutorado). Retirada de Teses USP.
- Santos, B (1988). Um Discurso sobre as Ciências na Transição para uma Ciência Pós-Moderna, *Revista Estudos Avançados*, 7 (2), p. 46-71.
- Sartre, J.-P. (1996). *O Imaginário*. São Paulo: Ática.
- Sartre, J.-P. (2005). Uma Idéia Fundamental da Fenomenologia de Husserl: A Intencionalidade. In J.-P. Sartre, *Situações I - Crítica Literária* (pp. 55-7). São Paulo: Cosacnaify.
- Slaughter, A.-M. (1995). International Law in a World of Liberal States, *European Journal of International Law*, 6, p. 503-538.
- Slaughter, A.-M., Tulumello, A. & Wood, S (1998). International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship, *The American Journal of International Law*, 92 (3), 367-397.
- Shaffer, G (2008). A New Legal Realism: Method in International Economic Law Scholarship. In C. Pickler, I. Bunn & D. Arner (Ed.). *International Economic Law - The State & Future of the Discipline* (pp. 29-42). Oxford and Portland: Hart.
- Shaffer, G (2009). A Call for a New Legal Realism in International Law: The Need for Method, *Minnesota Legal Studies Research Paper*, 9-02.
- Shaffer, G (2014). The New Empirical Turn in International Law Scholarship. *ASIL Proceedings of the Annual Meeting*, 108, 369-70.
- Shaffer, G (2015). New Legal Realism and International Law. In H. Klug, E. Mertz & S. Merry. *Studying Law Globally: New Legal Realist Perspectives* (pp. 145-59). Cambridge: Cambridge University.
- Shaffer, G & Ginsburg, T. (2012). The Empirical Turn in International Legal Scholarship. *American Journal of International Law*, 106, 1-46.
- Shaffer, G., Sanchez, M & Rosenberg, B (2008). The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil's Success. *Cornell International Law Journal*, 41, 383-501.

- Simmons, B. & Breidenbach, A (2011). The Empirical Turn in International Economic Law, *Minnesota Journal of International Law*, 20 (2), 198-222.
- Suchman, M. & Mertz, E (2010). Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism, *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 555-579.
- Tasquetto, L (2014). *Educação e Comércio Internacional: Impactos da Liberalização Comercial dos Serviços sobre a Regulação da Educação Superior no Brasil*. (Tese de Doutorado). Retirada de Teses USP.
- Torres Filho, R (2004). Dogmatismo e Antidogmatismo: Kant na Sala de Aula. In Torres Filho, R. *Ensaaios de Filosofia Ilustrada*. (pp. 137-57). São Paulo: Iluminuras.
- Veçoso, F (2012). *Entre Absolutismo de Direitos Humanos e História Contextual: Aspectos da Experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. (Tese de Doutorado). Retirada de Teses USP.
- Ventura, D. & Lins, M (2014). Educação Superior e Complexidade: Integração entre Disciplinas no Campo das Relações Internacionais, *Cadernos de Pesquisa*, 44 (151), 104-131.
- Waltz, K (1979). *Theory of International Politics*. Reading: Addison-Wesley.
- Waltz R (1990). Realist Thought and Neorealist Theory, *Journal of International Affairs*, 44 (1), 21-37.
- Waltz, K (1997). Evaluating Theories, *American Political Science Review*, 91 (4), 913-917.
- Waltz, K (2000). Structural Realism after the Cold War, *International Security*, 25 (1), 5-41.
- Weber, M (2006). *A "Objetividade" do Conhecimento nas Ciências Sociais*. São Paulo: Ática.

Data de submissão/*Submission date*: 24.09.2016.

Data de aceitação para publicação/*Acceptance date*: 12.01.2018.



# OS DESAFIOS E OS NOVOS CAMINHOS DA PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL // *Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros<sup>1</sup> e Matheus de Barros<sup>2</sup>*

## Palavras-chave

Pesquisa em direito / pesquisador / Brasil / transformação

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

## Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Pesquisa e pesquisador em direito: uma relação necessária?**
  - 2.1 Pontos de vista
- 3 Os desafios da pesquisa e do pesquisador em direito no Brasil**
  - 3.1 A autossuficiência do “primogênito” direito
  - 3.2 A avaliação da CAPES no caso do direito
  - 3.3 O projeto “Pensando o Direito” e um paralelo com a avaliação da CAPES
  - 3.4 A experiência do CEPED
  - 3.5 O novo marco do ensino jurídico a reboque da pesquisa
- 4 Considerações finais**
- 5 Referências**

## Resumo

O texto apresenta o diagnóstico da pesquisa em direito produzida no Brasil, caracterizada como uma área de produção atrasada em relação às disciplinas das ciências humanas, seja em razão dos vieses das experiências práticas aplicadas às pesquisas, ou pela falta de preocupação metodológica. Este diagnóstico é reflexo de um problema subjacente que envolve a compreensão da condição histórica do pesquisador em direito, seja em relação às expectativas sociais ou ao reconhecimento dele perante a comunidade científica e as instituições. Para discutir este problema, o texto está organizado em torno de duas perguntas. Por que existe uma relação necessária entre pesquisa e pesquisador em direito? Quais são os desafios do pesquisador no Brasil? A primeira pergunta discute a relação entre pontos de vista e pesquisa em direito - retomando uma importante distinção da teoria de direito de H.L.A. Hart, para explicar a importância da compreensão da condição histórica -; a segunda, por sua vez, avança nos casos da experiência brasileira. Neste segundo momento, discute-se como a crença na autossuficiência do direito foi determinante para o atraso no desenvolvimento da pesquisa em direito no país. Busca-se a demonstração desse atraso por meio da apresentação de dados de avaliações realizadas pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e, em seguida, por uma comparação entre essas avaliações e o projeto “Pensando o Direito”, coordenado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Cidadania. Ainda, o texto remonta à experiência do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, no final da década de 60, para indicar que o debate sobre o atraso da pesquisa em direito não é recente no Brasil. No mais, algumas ponderações sobre as reformas do ensino jurídico vis-à-vis a pesquisa em direito também são estabelecidas. Ao final, o texto apresenta uma reflexão da condição histórica da pesquisa e do pesquisador em direito no Brasil, apontando novos caminhos e desafios.

1 Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com apoio da bolsa de doutorado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Paulista (campus Pinheiros).

2 Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP).

# THE CHALLENGES AND NEW PATHS OF BRAZIL'S LEGAL RESEARCH // *Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros e Matheus de Barros*

## Keywords

legal research / researcher / Brazil / transformation



## Abstract

The paper presents an overview about the legal research in Brazil, characterized as an area of late development in comparison with other human sciences disciplines, and usually related with professional bias, or with the lack of methodological concern. The paper argues that this perspective is derived from the problem that involves the historical condition of the legal researcher in Brazil, regarding social expectations and institutional recognition of the career. To address this problem, the paper is organized around two questions. Why there is a necessary relationship between legal research and researcher in law? What are the challenges of the researcher in Brazil? The first question discusses the relation between points of view and research in law – the paper recalls the classical distinction from H.L.A. Hart to explain the historical condition of research. The second, on the other hand, discusses cases from the Brazilian experience. In this second moment, it is discussed how the belief in the self-sufficiency of the field of law was determinant for the late development of the legal research in Brazil. This late development is demonstrated by the analysis of official data from the government agency linked to the Ministry of Education that controls the post-graduate courses in Brazil (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) and, secondly, by a comparison between these data and the project “Pensando o Direito”, coordinated by the Ministry of Justice and Citizenship. Also, the paper highlights the experience of the Center for Studies and Research in Legal Education in the 1960s, to indicate that this debate is an old problem in the country. Finally, some considerations about legal education reforms vis-à-vis legal research are addressed. This paper is a reflection about the historical condition of the legal research and the researcher in Brazil, underscoring new paths and challenges.

## 1 Introdução

O propósito deste texto é entender o diagnóstico da pesquisa em direito produzida no país. Para alguns autores a pesquisa em direito é caracterizada como uma área de produção atrasada, questionando-se, em especial, a qualidade desta produção científica.

Até o final do século XX as principais pesquisas brasileiras em direito eram produzidas, na maioria das vezes, fora dos cursos de direito<sup>3</sup>. Basta verificar nas décadas de 40 e 50 o gênero ensaístico da “formação” que predominou nas ciências sociais,<sup>4</sup> que se valia do direito como elemento explicativo de uma interpretação abrangente para discutir o pensamento político e social brasileiro, seja acompanhado ou não pela reflexão da construção nacional.<sup>5</sup>

Afinal, o que marcaria a transição da pesquisa em direito brasileira do final do século XX para o século XXI? O que estava em jogo? O texto pressupõe que para compreender este diagnóstico e a transição é fundamental entender como o problema da pesquisa é reflexo das expectativas que se tem do pesquisador em direito na sociedade brasileira e de como se dá o reconhecimento dele perante a comunidade científica e as instituições. Em outras palavras, discute-se a própria condição histórica do pesquisador, que estabelece os sentidos e fixa as possibilidades para pesquisar.

<sup>3</sup> Xavier, por exemplo, ressalta que, no que concerne à pesquisa empírica cujo objeto é o direito, o cenário começa a mudar, com maior interesse pela produção científica daquela natureza nos programas de pós-graduação no final do século XX (2015, pp. 16-17). Ainda assim, “pesquisas empíricas que têm o direito como objeto podem ser historicamente pouco familiares para a academia jurídica, mas elas aparecem com frequência em outras áreas do conhecimento”, sendo que, desde a década de 1980, sociólogos e antropólogos desenvolvem pesquisas empíricas nas quais o direito desempenha um papel central (p. 16).

<sup>4</sup> O gênero “formação” é caracterizado pelos filósofos Paulo Arantes e Otília Arantes como uma grande narrativa capaz de produzir certo sentido para a história brasileira, “dotar o meio gelatinoso de uma ossatura moderna que lhe sustente a evolução”. Essas interpretações sobre o Brasil se focaram na passagem da colônia para a nação, seguindo “na direção do ideal europeu de civilização relativamente integrada - ponto de fuga de todo espírito brasileiro bem formulado” (Arantes; Arantes, 1997, p. 12).

<sup>5</sup> É possível considerar como exemplos as obras *Formação do Brasil contemporâneo*, de Caio Prado Jr. (1994), *Formação da literatura brasileira*, de Antonio Candido (2000), *Formação econômica do Brasil*, de Celso Furtado (2007) e *Formação política do Brasil*, de Paula Beiguelman (1967).

O texto está organizado em torno de duas perguntas centrais, (1) “*por que* existe uma relação necessária entre pesquisa e pesquisador em direito?” e (2) “*quais* são os desafios do pesquisador no Brasil?”. A primeira pergunta implica na discussão da relação entre pontos de vista e pesquisa, indicando a prevalência de uma relação necessária entre pesquisa e pesquisador subjacente à compreensão da condição histórica. Essa relação é abordada no item 2 deste trabalho, com embasamento teórico inspirado nas concepções de pontos de vista interno e externo apresentadas pelo teórico do direito H.L.A. Hart.

A segunda pergunta, por outro lado, avança na apresentação das atuais condições históricas, refletindo os problemas e desafios enfrentados pela pesquisa e pelo pesquisador em direito no país que são abordados neste texto a partir do item 3, no qual a crença na autossuficiência do direito é apontada como determinante para o atraso no desenvolvimento da pesquisa realizada no âmbito acadêmico jurídico.

A demonstração desse atraso é trabalhada por meio da apresentação de dados de avaliações realizadas pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e, em seguida, por meio de uma comparação entre essas avaliações e o projeto “Pensando o Direito”, coordenado pela extinta Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Cidadania. Ainda, o texto resgata a experiência do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED), no final da década de 60, para indicar que o debate sobre o atraso da pesquisa em direito não é recente no país. Todos esses casos e de diferentes maneiras reforçam uma tentativa de superar os obstáculos e consolidar a carreira do pesquisador em direito no país, ainda sem sucesso. No final, o texto apresenta considerações sobre o futuro da pesquisa em direito tendo em vista as reformas no campo do ensino jurídico.

## 2 Pesquisa e pesquisador em direito: uma relação necessária?

O que é pesquisa em direito? Responder a esta pergunta depende primeiro do esclarecimento dos dilemas e das escolhas anteriores à pesquisa. É preciso entender no que uma proposta de pesquisa implica

para o pesquisador, antes de discutir a própria ideia de pesquisa em direito. Trata-se de compreender uma relação necessária entre pesquisa e pesquisador, sem a qual nenhuma produção ocorreria.

Nessa relação pressupõe-se a escolha de um instrumental<sup>6</sup> que possibilita uma seleção e um modo de pesquisar. Isto implica dizer, por exemplo, que para oferecer uma definição ou uma descrição do que é direito, é fundamental escolher um recorte e uma observação que delimitem o campo da pesquisa. A relação pesquisa-pesquisador é constituída, assim, de recortes e de observações.

Recortes e observações são escolhas primeiras da relação pesquisa-pesquisador, que também são variáveis dependentes de questões históricas, propósitos e conjunturas do contexto do pesquisador<sup>7</sup>. Pode-se aqui resgatar a ideia da condição histórica para discutir como é importante na pesquisa as experiências vividas pelo pesquisador, capazes de atribuir um sentido à procura das justificativas para os recortes e observações. Tal ideia ecoa para a questão uma vez levantada pelo sociólogo Raymond Aron, “[q]uas relações se estabelecem entre os sentidos vividos pelos

6 O ponto remete ao fato que todo e qualquer tipo de pesquisa possui um substrato filosófico, que delimita as bases daquilo que será investigado, provendo pontos de partidas para o pesquisador – por exemplo, apresentando conceitos e métodos. Um exemplo deste envolvimento entre pesquisas e programas foi historicamente explicitados já na primeira fase da Teoria Crítica, diz Oliver Voirol: “(...) Horkheimer concebeu um entrelaçamento da teoria filosófica com a prática científica especializada: em primeiro lugar, a teoria deve manter informadas as investigações empíricas em seu programa de pesquisa e quadro de questionamento; a ligação com a pesquisa social oferece uma base crítica para sua construção em função da mudança de processos empíricos. Em segundo, a teoria é constantemente questionada pelo processo investigativo, de modo a oferecer, progressivamente, uma síntese teórica que esteja em contato com as evoluções sociais contemporâneas eficientes. Por fim, a teoria proporciona uma estrutura reflexiva para a abordagem empírica sem permitir a segmentação do fenômeno social, como o fazem as ciências empíricas ultraespecializadas, permitindo-nos considerar fenômenos singulares à luz da sociedade como um todo” (Voirol, 2012, p. 87)

7 Tradicionalmente o propósito de qualquer pesquisa é estabelecido a partir da distinção entre sujeito observador e objeto observável, que sempre pressupõe uma observação segundo certas razões. Mesmo após a virada linguística e o construtivismo metodológico, cujo sujeito é observador de si mesmo e a possibilidade de conhecimento se torna a possibilidade de observação sobre si mesmo, questões sobre recortes e observações ainda prevalecem.

atores e o sentido que o observador, contemporâneo ou retrospectivo, historiador ou sociólogo, substitui em lugar dos sentidos vividos?” (1981, p.14)

No caso da pesquisa em direito, é importante perceber que existem diversas definições e descrições possíveis que enfrentam a questão de Aron, todas adequadas na medida em que refletem rigorosamente os pressupostos e critérios envolvidos no instrumental adotado antes do desenvolvimento da pesquisa. Explicitar estes pontos é um dever ético do pesquisador, inclusive para permitir a avaliação e a interação da comunidade acadêmica, além é claro para compreender os seus posicionamentos.

Pesquisas estabelecem relações com pesquisadores, com o propósito de problematizar, descrever e formular *em tese* explicações causais ou correlações a partir de diversos programas. Vale lembrar que o momento da pesquisa é reflexo do tempo do pesquisador, limitado por suas experiências e interlocuções. Diferente do caso das ciências naturais, que carrega muitas vezes a pecha da crença do objetivismo científico e de afastar a história do pesquisador na apresentação dos resultados científicos, as pesquisas em ciências humanas possuem a compreensão, ainda que de modo implícito, da complexa relação entre o mundo no qual se vive e aquele no qual se pensa. Novamente, Aron aborda esta relação como uma distância insuperável (1981, pp. 17-18), outros sociólogos como Niklas Luhmann remete para à questão da temporalidade e dos limites da observação – conclui-se que a própria observação do pesquisador é histórica (1995, p. 41).

No direito, os limites e a temporalidade da observação se traduzem em problemas e explicações que relacionam causas e efeitos jurídicos e em tantas outras relações entre o direito e a sociedade (economia, ciência, saúde, arte, família, política, religião entre outros).<sup>8</sup> Sendo assim, a pergunta inicial para o pesquisador em direito é aquela que discute as possibi-

8 Desse modo já se percebe que pesquisas em direito não deveriam se preocupar em estabelecer a palavra final sobre determinada questão – uma investigação científica não pode ser tratada como uma disputa pelo monopólio da última palavra. Afirmações sobre verdade e falsidade são reconsideradas a todo o tempo por meio de conhecimentos novos e a partir de avanços metodológicos.

lidades da observação e os limites sobre a aplicação do instrumental adotado. Trata-se de uma questão de explicitar os pontos de vista.

## 2.1 Pontos de vista

Uma importante referência na teoria do direito que possibilitou o desdobramento sobre as diferentes relações entre pesquisa e pesquisador, incluindo aí o debate da condição histórica, foi H. L. A. Hart, sobretudo a partir do clássico *O conceito de Direito*, publicado pela primeira vez em 1961. O filósofo inglês proporcionou a virada hermenêutica na teoria do direito<sup>9</sup> e transformou as questões epistêmicas da pesquisa em direito.

Para além da discussão do direito como união de regras primárias e secundárias e das críticas metodológicas ao autor, o destaque decorre do “esclarecimento” hartiano dos pontos de vistas interno e externo do direito.<sup>10</sup> Diz o filósofo que para entender a normatividade das regras sociais - aí incluídas regras jurídicas - é indispensável a reflexão sobre as atitudes humanas. O ponto de vista interno, por exemplo, consiste na aceitação de regras como guias para a conduta (Hart, 2011, pp. 98-99).<sup>11</sup> Por outro lado, o ponto de vista externo consiste na observação de um objeto (por exemplo, de uma comunidade sob o regime de um sistema jurídico), mas sem que haja a aceitação das regras que regem o funcionamento daquele objeto (Hart, 2011, pp. 99-100).

9 Sobre essa compreensão da virada hermenêutica em Hart, Macedo Junior (2014) esclarece: “[a] abordagem hartiana do direito pode ser caracterizada como hermenêutica porque descreve a prática jurídica levando em consideração a forma como esta é percebida e intencionalmente guiada pelos agentes. A intencionalidade, diferentemente de uma causalidade mecânica verificável no mundo físico, envolve pensamento e deliberação e, portanto, propósito” (p. 127).

10 Hart inaugurou, na sua teoria do direito, a constatação de que o direito não é apenas redutível aos fatos brutos. Dessa forma, as possibilidades da própria pesquisa se ampliaram. Não é à toa que no final do século XX, para além do ponto de vista externo que se sustentava das pretensões de descrições neutras sobre o direito, muitas pesquisas em direito começaram a se preocupar com a atitude prática de aceitação de regras, marcando o avanço e autonomização das teorias da justiça e das teorias de argumentação e interpretação jurídica para além das teorias do direito.

11 Scott Shapiro (2006, p. 1157) descreve o ponto de vista interno hartiano como a atitude prática de aceitação de regras (“*the practical attitude of rule acceptance*”).

O que importa destacar é a relevante contribuição hartiana – ainda que indiretamente – para o esclarecimento do que é pesquisar em direito a partir das diferentes variações dos pontos de vista. Nesta visão, Hart não negaria que a primeira escolha do pesquisador é saber qual será sua posição de observação, ou seu ponto de vista, que *a grosso modo* pode ser indicado “esquemáticamente” como formulações *sobre* o direito, ou *pelo* direito. Todavia, seguindo uma literatura consagrada, diferentes variações podem ser atribuídas aos pontos de vista.

Algumas variações do ponto de vista externo podem ser vistas nos casos daqueles que descrevem regularidades de maneira behaviorista (*externo-extremo*); naqueles que recorrem a outros focos disciplinares para tratar o direito (*externo-interdisciplinar*), indo além da descrição de regularidades e buscando avaliá-las por meio de uma interação entre duas ou mais disciplinas para a análise do mesmo objeto de estudo<sup>12</sup>, ou ainda naqueles que consideram a internalização das regras como um aspecto importante (*externo-interno*), podendo endossar as práticas que descreve. É o que diferencia o posicionamento hermenêutico de Hart em relação às teorias interpretativistas.

Do outro lado, o pesquisador pode adotar o ponto de vista interno, compreendendo as relações e os comportamentos *pelo* direito. É o caso da perspectiva interna de aceitação de regras (*interno-extremo*), como nas investigações *lege data* (de acordo com a lei), em que se elege um problema interpretativo e busca resolvê-lo por meio das regras; ou nos casos de *lege ferenda* (contrário a lei), que se tratam de investigações que criticam a resposta jurídica por meio das regras. Investigações *pelo* direito tratam de seleção e de solução por meio de conteúdo jurídico, embora também seja possível suspender e suspeitar (*cético*) ou ainda negar a aceitação das regras, admitindo que

12 O propósito do foco interdisciplinar não é justapor as disciplinas, e sim, combiná-las de tal forma que possam surgir novos conhecimentos e formas de se pensar a realidade. Nesse sentido, utilizando a nomenclatura empregada por Marcos Nobre (2004, p. 5; 1999, pp. 138-139), a interdisciplinaridade se consolida com a formação de *consórcios* entre domínios de conhecimento (ex.: sociologia e direito; economia e direito), proporcionando o intercâmbio metodológico e teórico capaz de alavancar o desenvolvimento da produção científica nos domínios envolvidos.

prevalecem escolhas *fora* e ocultadas *pelo* direito (*interno-externo*).

Podemos ilustrar todos os diferentes pontos de vista retomando o clássico exemplo contido na *teoria do direito do jogo de xadrez*.<sup>13</sup> Admite-se, como ponto de partida, a observação de uma situação do jogo, a saber, numa primeira jogada, o enxadrista movimenta o peão preto duas casas para frente, conforme segue a fig. 01.

*Figura 1. O peão preto joga, avançando duas casas no movimento inicial*



Os possíveis pontos de vista dessa jogada são:

// O pesquisador *externo-extremo* descreverá as regularidades a partir da observação de várias partidas e poderá fazer conclusões sobre os movimentos das peças no tabuleiro, tal como o peão preto só se movimenta uma casa para frente, sendo a única peça que não se move para trás. No entanto, quando ocorrer de um determinado enxadrista movimentar o peão duas casas para frente, é muito provável que se acredite que ocorreu um erro sobre o jogo de xadrez.

// O pesquisador *externo-interno* ou *externo-interdisciplinar* explicará o movimento do primeiro lance do enxadrista como uma regra do xadrez internalizada, seja por qualquer motivo identificado (como uma moral dos enxadristas que acreditam que independente do vencedor, o jogo permite desenvolver as aptidões intelectuais ou de uma ra-

ção histórica advinda de uma lenda indiana sobre a origem do jogo).

// O pesquisador *interno* admitirá que por convenções existem regras oficiais do jogo de xadrez compartilhadas por todos os enxadristas, tal como aquela que determina o movimento de duas casas do peão no tabuleiro no primeiro lance e, inclusive, permite perceber que alguns enxadristas chegam a admitir a autonomia do pensamento do xadrez (como a Escola de Philidor). Tal situação explicaria a regra *en passant*, adotada no século XV, em conjunto com a regra que permite aos peões o avanço de duas casas em seu primeiro movimento.

// O pesquisador *cético* ou *interno-externo* pode duvidar dessas regras oficiais compartilhadas e até negá-las afirmando, por exemplo, que aquele enxadrista na verdade queria vencer a partida de maneira rápida em razão do prestígio que uma conquista num tempo recorde representaria na comunidade dos enxadristas, sendo que a regra do jogo acaba ocultando a sua real escolha.

Transportando essas duas posições - pontos de vista interno e externo - e variações para a pesquisa, é possível vislumbrar diversas possibilidades de abordagens científicas para a apreciação do direito e de seu funcionamento. Por exemplo: um economista pode observar e descrever as reações dos Poderes Legislativo e Judiciário às alterações na conjuntura econômica durante determinado período (ponto de vista externo); um jurista, estudioso da seara penal, pode investigar a aplicação de certo instituto do direito penal no tribunal de seu Estado (ponto de vista interno). Além disso, nada impede que pesquisadores lancem mão de conhecimentos de diferentes áreas para a realização de uma pesquisa. Por exemplo: uma pessoa com formação no direito e na psicologia pode investigar o processo decisório no Judiciário aliando conhecimentos técnicos e metodológicos de ambas as áreas. Com efeito, qualquer pesquisa em direito pode acolher cumulativamente diferentes pontos de vistas - na verdade, essa cumulação se traduz na interdisciplinaridade, um meio útil para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa em direito

Importante destacar que em cada caminho indicado há limites em razão do instrumental adotado e tam-

<sup>13</sup> A imagem do jogo de xadrez é recorrente no tratamento dados por alguns teóricos do direito, sobretudo pela corrente do positivismo jurídico. Para uma problematização e questionamento desta imagem na teoria do direito, veja Macedo Júnior, 2014.



bém da observação. Primeiro, há uma incerteza constitutiva na tomada de decisão do pesquisador que está relacionada com a realidade do direito (recorte) e do processo da pesquisa (caminho). O que vou pesquisar? Como vou pesquisar? Sempre há possibilidade para uma nova seleção e, por isso, prevalece uma autoimplicação entre novas definições, descrições e semânticas, que é objeto constante para qualquer observação *sobre e pelo* direito.<sup>14</sup>

Segundo, é importante atentar-se também aos limites de enfoques de abordagens interdisciplinares em direito, ao compreender as fragilidades das fronteiras do campo jurídico. Trata-se, aqui, do destaque de Marcelo Neves que “ (...) qualquer pesquisa interdisciplinar deve pressupor a pretensão de autonomia dos respectivos campos do saber envolvidos na pesquisa” (2005, p. 7). Diz o jurista que movimentos como *Law and Economics*, *Critical Legal Studies* e *Law and Society* não podem representar esforços de colonização, respectivamente, da economia, da política e da questão social sobre o direito. Ao contrário, abordagens interdisciplinares são sempre baseadas em critérios próprios dos campos do saber do qual tratam (2005, pp. 4-5). É nesse sentido que importa compreender como os discursos envolvidos de maneira recíproca se relacionam, por exemplo, saber como o direito compreende a economia, e vice-versa – prevalecendo uma questão de tradução.<sup>15</sup>

Evidentemente influenciadas pelo referencial sistêmico, as observações de Neves reforçam a compreensão de que qualquer tipo de pesquisa em direito busca descrevê-lo a partir do interior da própria sociedade, respeitando a diferenciação funcional

14 É por isso que, de antemão, é preciso saber o que deve ser observado e como observar – qualquer que seja a observação, ela sempre é orientada por algum critério. Novamente, explicitar tais pontos é essencial para entender o que é pesquisa em direito, em qualquer contexto. Como visto, inúmeros caminhos são possíveis e não existe uma definitividade na resposta de um pesquisador.

15 Marcelo Neves avança no ponto admitindo que a interdisciplinaridade constitui uma forma específica de acoplamento estrutural – no linguajar sistêmico de Niklas Luhmann – entre dois campos de saber. Diz o jurista “[e]la implica uma influência concentrada entre as esferas do saber e, ao mesmo tempo, uma forte seletividade em face das influências, excluindo umas e viabilizando outras. Mas como forma de acoplamento estrutural, a interdisciplinaridade facilita interpenetrações sem atingir a autonomia operacional dos respectivos campos do saber, antes as fortificando” (2005, p. 8).

e limitando-o operativamente na medida em que é parte integrante do sistema científico.<sup>16</sup> Na visão sistêmica, adotada por Neves, a pesquisa em direito é ciência, e não direito, ainda que seja possível cogitar a produção de ruídos ou acoplamentos com a teoria do direito. Ainda mais, uma pesquisa em direito levada a sério deve lembrar que o seu objeto se auto-observa e se autodescreve.

As considerações alcançadas nesta parte têm importantes implicações no restante do texto. Foi esclarecido como as dificuldades de recortes e observações são, em verdade, escolhas e questões do pesquisador. Além disso, essas escolhas refletem as condições históricas do pesquisador, cuja experiência vivida é fundamental para a produção de sentido e de justificativas para os diferentes encaminhamentos que a pesquisa em direito possa assumir.

Como exemplo, este texto apresentou as tradicionais distinções entre os pontos de vista interno e externo de Hart, que refletem possibilidades de escolhas metodológicas do pesquisador para a observação de sistemas jurídicos e de seus modos de funcionamento. Além, esta parte reforçou o alerta sistêmico para que não se perca de vista o fato de que a pesquisa em direito é parte do sistema científico.

Na sequência, avançamos nas considerações das condições históricas no Brasil, apontando alguns diagnósticos e desafios para o pesquisador em direito.

### 3 Os desafios da pesquisa e do pesquisador em direito no Brasil

Um dos principais diagnósticos acerca da pesquisa jurídica no Brasil é a baixa qualidade científica dos trabalhos produzidos no país. Como compreender essa baixa qualidade? Quais seriam os motivos? Quais seriam os desafios e caminhos? A hipótese trabalhada desse déficit decorre da própria confusão dos caminhos e das escolhas feitas pelos pesquisadores, além dos condicionantes históricos. Para desenvolver esta par-

16 Luhmann propõe a substituição da diferença sujeito/objeto pela diferença sistema/ambiente e afirma que o conhecimento se produz por meio de “operações de observação e de registro de observações (descrição).” (Luhmann, 1997, pp. 94-96).

te do trabalho, sistematizamos as principais análises acerca da pesquisa em direito no país, destacando-se Nobre (2004), Rodriguez (2013), Lins e Horta, Almeida e Chilvarquer (2014) e Kant de Lima e Lupetti Baptista (2014), Xavier (2015) e Sá e Silva (2016).

Cumpramos esclarecer que a baixa qualidade científica dos trabalhos produzidos é compreendida como a reprodução pela pesquisa do abismo entre o direito dos manuais e códigos daquele praticado pelos advogados e tribunais. Há uma ruptura presente nas descrições entre um direito idealizado e outro empiricamente constatado. Tal situação é pouco explorada em pesquisas em direito no país, revelando a fragilidade desses trabalhos. Como explicam Kant de Lima e Lupetti Baptista: “[o] campo jurídico não se permite ser descrito ou analisado de forma diferente, assim como não quer ter de incorporar em sua estrutura as suas descrições. Com isso, acaba ficando sempre igual” (2014, p. 6).

Na sequência são apresentadas as análises.

### 3.1 A autossuficiência do “primogênito” direito

O filósofo Marcos Nobre (2004) indica que a origem dos problemas da pesquisa em direito no país residiria em uma dupla justificativa: um isolamento secular dos cursos de direito em relação às demais disciplinas – o que prejudicou o ambiente acadêmico de produção científica das ciências humanas – e uma confusão que é feita entre pesquisa e prática profissional.

No primeiro caso, o autor afirma que o isolamento tem raízes históricas. O curso de direito foi um dos primeiros cursos universitários a se consolidar no país, muito embora sua institucionalização acadêmica tenha sido orientada para a formação política do país (de sua legislação, instituições, organização federativa etc) e sem um viés propriamente científico.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> A título de exemplo da orientação política presente na criação dos cursos de direito a partir do século XIX, podemos invocar o fato de que treze Presidentes da República, incluindo Michel Temer, estudaram na atual Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco). Fonte: <https://oglobo.globo.com/brasil/faculdade-de-direito-da-usp-pode-ter-13-presidente-da-republica-19256916>

Desse modo, as consequências das pesquisas jurídicas durante o século XIX importaram, em muitos casos, em objetos posteriormente analisados por outras áreas do conhecimento, culminado em pesquisas *sobre* o direito, realizadas principalmente em outras faculdades – tais como sociologia, ciência política, antropologia e economia. Isso significa que o direito e sua aplicação passaram a ser objetos de estudo de ciências consideradas estranhas pelo meio jurídico, que já havia se consolidado institucional-academicamente desde a primeira metade do século XIX.

Apesar do surgimento e da ascendência acadêmica de outras ciências humanas em terras brasileiras na primeira metade do século XX, o “primogênito” direito pareceu ter desenvolvido um sentimento de autossuficiência, o que proporcionou o seu relativo isolamento. Em longo prazo, a falta de interação entre o direito e outras áreas do conhecimento – que, inclusive, já produziam material científico sobre questões de relevância jurídica – resultou na defasagem e na desvalorização desse ramo de pesquisa observada atualmente no país.

Os efeitos desse fenômeno se prolongaram no tempo (praticamente durante todo o século XIX e início do século XX<sup>18</sup>) e podem ser exemplificados no fato

<sup>18</sup> Houve, na primeira metade do século XX, um evento importante para o desenvolvimento da pesquisa acadêmica no país, a *Reforma Francisco Campos*, de 1931, que possibilitou a criação do primeiro curso de doutorado em Direito no Brasil, na atual UFMG. A reforma consistiu na produção de diversas fontes normativas orientadoras da estrutura educacional em níveis secundário e superior: Decreto n. 19.850, de 11 de abril de 1931, que criou o Conselho Nacional de Educação; Decreto n. 19.851, de 11 de abril de 1931, que dispôs sobre a organização do ensino superior, instituindo o Estatuto das Universidades Brasileiras; Decreto n. 19.852, de 11 de abril de 1931, que dispôs sobre a organização da Universidade do Rio de Janeiro; Decreto n.19.890, de 18 de abril de 1931, que estruturou o ensino secundário; Decreto n. 20.158, de 30 de junho de 1931, que organizou o ensino comercial e Decreto n. 21.241, de 14 de abril de 1932, consolidando as disposições sobre a estruturação do ensino secundário.

Pode-se dizer que a pós-graduação foi alavancada em razão dessa reforma, que afetou diversas áreas do conhecimento. Contudo, autossuficiência do Direito, apesar das inovações normativas daquela época, continuou a afetar o desenvolvimento da pesquisa jurídico-acadêmica, principalmente no que toca ao estabelecimento de relações entre o Direito e outras áreas de conhecimento. Note-se, por exemplo, que a criação de uma organização voltada à promoção da pesquisa jurídica empírica só ocorreu em 2011 – a Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED).



de que, por muitas vezes, a produção legislativa é omissa em relação aos pareceres de outras ciências sociais, como se estas tratassem de um objeto diferente ou como se tratassem somente indiretamente de assuntos propriamente jurídicos. Outro exemplo, tanto as investigações *lege data* como as *lege ferenda* sofreram com o isolamento, dado que contribuições metodológicas e novas percepções sobre o objeto direito foram barradas pela suposta autossuficiência. Fato é que a falta de diálogo entre as diversas áreas do conhecimento inviabilizou o melhor aproveitamento da pesquisa feita sob a ótica do ponto interdisciplinar, que pressupõe uma interação teórica entre o direito e outras áreas do conhecimento.<sup>19</sup>

Tal diagnóstico está intimamente ligado ao segundo problema apontado por Nobre acerca da confusão entre prática e pesquisa, que aqui denominaremos *lógica dos pareceres*, que é a tomada das experiências práticas e rotineiras dos operadores do direito como parâmetro para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas.

Tal situação causa problemas, considerando que essas experiências não são pautadas por critérios científicos. A título de exemplo, a atividade de um advogado consistente em compilar julgados sobre certa matéria em uma petição, com o objetivo de selecionar aqueles que são hábeis a embasar uma tese favorável ao cliente, é uma manifestação dessa lógica quando aplicada nas pesquisas. Ora, a mencionada situação não pode ser confundida com a atividade de pesquisa jurisprudencial, pois para uma petição a ser juntada aos autos o que importa é o resultado da lide e não a produção de conhecimento.

A consolidação dessa lógica foi fator determinante para a configuração da atual situação da pesquisa em direito. Para tanto, um dos principais motivos reside na forma com que o ensino jurídico ocorre no Brasil. O foco do ensino da graduação raramente é a apresentação de pesquisas, pois a regra geral é a iniciação pelas práticas dos profissionais. Tal ensino privilegia

19 Muito embora as diferentes ciências sociais sejam *independentes*, tratá-las como se elas fossem áreas de conhecimento completamente *estancadas* acarreta um empobrecimento e redução do potencial de pesquisa a ser feita tanto sob o ponto de vista interno quanto sob o ponto de vista externo.

o estudo de respostas simplificadoras, bastando ao aluno repeti-las, tal como ocorre com métodos focados no preparo para exames ou concursos públicos que se utilizam de avaliações alheias aos critérios científicos de pesquisa. Ao mesmo tempo enfatiza-se o tipo de material didático, que são reprodutores de informações e conceitos que são, não raramente, invulneráveis a questionamentos dos estudantes.

Vale lembrar que advogados, promotores, defensores, juízes, analistas, técnicos do Judiciário, via de regra, lidam com problemas e buscam resolvê-los de imediato com os programas do direito, e não da ciência. Todavia, durante um curso de direito, não se deveria admitir apenas esse enfoque. Se faz necessário apresentar ao aluno uma perspectiva questionadora, que coloca em questão o próprio direito, e não reproduzir certo rol de fórmulas previamente determinadas e tendentes a culminar em uma resposta viciada.

O ensino baseado nessa prática compromete a produção científica dos pesquisadores em direito – aqueles que *em tese* gozariam de maior aptidão técnica para analisar o direito. O automatismo rotineiro não oferece subsídios teóricos e nem críticos para uma reflexão problematizante aprofundada e, portanto, é possível afirmar que atualmente o ensino jurídico que privilegia a *lógica dos pareceres* de modo geral prejudica a pesquisa em direito no país.<sup>20</sup>

No tocante às dificuldades criadas pelo modelo de ensino jurídico, consideramos de extrema relevância a contribuição de José Rodrigo Rodriguez (2013) ao afirmar que pesquisas em direito são completamente desconexas com a realidade institucional do Brasil, inclusive pesquisas teóricas que acabam adotando modelos estrangeiros, sem a devida contextualização. Seguindo a linha de pensamento do autor, as pesquisas baseadas unicamente em determinada teoria descontextualizada estariam comprometidas, sobretudo em razão

20 Destaca-se que o artigo não defende a exclusão do âmbito acadêmico do ensino das práticas das profissões jurídicas, embora essa visão unilateral e não interessada por critérios científicos seja sujeita a críticas. Fato é que há limitações nas descrições apresentadas pelos profissionais na medida em que elas restringem o potencial para pesquisas dos pontos de vista interno e externo, o que contribui para a configuração da atual situação de atraso da pesquisa jurídica no Brasil relativamente a outras áreas do conhecimento.

da origem histórica das bases de seus métodos que pouco refletem as circunstâncias do direito brasileiro.<sup>21</sup>

No cenário configurado pelo que foi exposto, é perceptível a predileção histórica da academia jurídica em geral por glosa de textos legais em detrimento da produção científica-jurídica crítica. José Roberto Xavier, por exemplo, aponta a predominância histórica de uma educação jurídica pautada na transmissão de conteúdo dogmático, sem muita preocupação com a produção científica decorrente de pesquisas empíricas, sendo que tal predominância não é uma característica exclusivamente brasileira (2015, p. 6).<sup>22</sup> A relativa novidade da produção científica crítica no direito pode ser apontada pelo recente surgimento de espaços autônomos – centros extramuros universitários – para apresentação e debate de pesquisas dessa natureza,<sup>23</sup> ou mesmo considerando as avaliações dos periódicos acadêmicos em direito.

Na avaliação do quadriênio 2013-2016, 2.035 periódi-

21 O ponto reforça o entendimento da importância do estudo teórico contextualizado, evitando-se meros transplantes teóricos sem a devida recepção crítica e histórica. Nota-se que as teorias descritivas e interpretativas são historicamente inerentes ao âmbito da pesquisa *do* direito, ou seja, do ponto de vista interno, mas a sua aceitação exclusiva praticamente inviabiliza consórcios com outras áreas de conhecimento humano, que têm tradições teóricas e metodológicas próprias. Sustentamos a citada inerência histórica em razão do fato de que o ensino da teoria geral do direito, da Filosofia do direito, da Criminologia, dentre outras diversas áreas é baseado, principalmente, em pensamentos de juristas estrangeiros (Hart, Dworkin, Alexy, Kelsen, entre outros), o que acarreta o condicionamento da racionalidade jurídica em termos e ideais nem sempre apropriados para a análise da realidade jurídica brasileira.

22 Xavier também aponta que esse cenário de desinteresse pela produção científica proporcionada pela pesquisa empírica começa a mudar, inclusive no Brasil (2015, pp. 6-11). É oportuno observar que a CAPES, em seu documento de área de 2016 relativo ao Direito, salienta a necessidade de avaliar, em 2017, a “relevância da temática das disciplinas [dos programas de mestrado acadêmico e doutorado], dos projetos de pesquisa, das linhas de pesquisa e das áreas de concentração, evitando repetição dos tradicionais “ramos” do Direito, que desconsidera qualquer problematização ou especificação crítica” (CAPES, 2016, p. 9-10). O conteúdo desse documento pode ser consultado por meio do seguinte *link* (acesso em 11 de julho de 2017): [http://capes.gov.br/images/documentos/Documentos\\_de\\_area\\_2017/26\\_DIRE\\_docarea\\_2016.pdf](http://capes.gov.br/images/documentos/Documentos_de_area_2017/26_DIRE_docarea_2016.pdf)

23 Alguns exemplos desses espaços: Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD) em 2010; o Núcleo de Antropologia do Direito (NADIR) em 2008, o Instituto Brasileiro de História do Direito em 2002; e na década de 1990, a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), em 1993, e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), em 1992.

cos da área do direito foram listados, dentre os quais 935 foram classificados no estrato C (pior classificação possível), o que corresponde a 40,21%.<sup>24</sup> Na área de ciência política/relações internacionais, 1.487 periódicos foram listados, sendo 179 classificados no estrato C, ou seja, 12,03%. Em Economia, houve 1.626 periódicos listados, com 174 no estrato C (10,7%). Na área de sociologia, foram listados 2.233 periódicos, sendo 170 classificados no estrato C (7,61%). Por fim, na área de filosofia, 1.223 periódicos foram listados, com 137 no estrato C (11,2%). A diferença entre as porcentagens de publicações com a pior avaliação possível é grande, o que indica uma diferença considerável na qualidade dos artigos.

Na esteira da crítica ao ensino jurídico no Brasil e de seus reflexos na pesquisa em direito, convém citar também Kant de Lima e Lupetti Baptista (2014), que aludem a dois obstáculos para o desenvolvimento da pesquisa, sendo um de caráter epistemológico e o outro de caráter institucional. Epistemologicamente, o problema residiria no fato de que, no Brasil, teorias analítico-descritivas e hermenêutico-interpretativas dominariam a investigação acadêmica, voltadas para reconstruções dogmáticas do ordenamento.

Nota-se que o entendimento dos autores se coaduna com o que foi apresentado acima: a adoção quase exclusiva daquelas teorias é um sintoma do já abordado isolamento do direito e de seu sentimento de autossuficiência, pois produções científicas que se valerem de outros métodos são tidas como alheias à ciência jurídica, “externas”. Seguindo a linha de observação sustentada por Kant de Lima e Lupetti Baptista (2014, p. 2), pode-se dizer que o ponto de vista externo (extremo, interdisciplinar ou interno) frequentemente não é considerado um modo sério de produção de pesquisa sobre o direito, ainda menos uma opção para se ampliar o atualmente restrito rol de opções metodológicas da pesquisa em direito.<sup>25</sup>

24 As consultas nas diferentes áreas foram realizadas no sistema da plataforma Sucupira, comparando-se o total de periódicos analisados com o total de classificações no estrato C. Acesso em 13 de julho de 2017: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/veiculoPublicacaoQualis/listaConsultaGeralPeriodicos.jsf>

25 Kant de Lima e Lupetti Baptista (2014, p. 2) tratam, especificamente, da relação entre o direito e a antropologia.

Ainda há um obstáculo sedimentado na tradição da pesquisa em direito, qual seja, a convivência e até o incentivo do formalismo textual pelas instituições do direito. As faculdades, regra geral, exigem reproduções de conteúdos constantes nas doutrinas<sup>26</sup> – que, aliás, constituem uma parcela relevante do mercado editorial, apesar de sua cientificidade duvidosa, em diversos casos, – sem receber com bons olhos pesquisas que destoam do condicionamento para “chover no molhado”.<sup>27</sup> Por outro lado, a *lógica dos pareceres* também existe no âmbito judicial em que diversas decisões são fundamentadas com base em passagens doutrinárias abstratas e, frequentemente, só vagamente pertinentes, “encaixadas” em modelos de decisão previamente preparados. Além disso, outras instituições (tribunais, órgãos administrativos e legislativos) também são pouco permeáveis às pesquisas, devido à crença de que contrariam e prejudicam as práticas desenvolvidas.<sup>28</sup> Uma importante consequência decorre, então, do baixo estímulo para investigações jurídicas: um círculo vicioso de apego à

26 Sobre a utilização de doutrinas (manuais) no ensino jurídico, destacamos a seguinte passagem da obra de Sanches e Soares: “Ao invés de suscitar reflexões, o que se percebe é que a educação jurídica continua sendo pautada em manuais que somente descrevem a lei e não despertam no aluno a curiosidade ao saber, à crítica, sem ao menos questionar a elaboração dessa norma estudada, logo, esse tipo de ensino não estimula a pesquisa e tampouco a criticidade” (2014, p. 48).

27 Nesse sentido é o entendimento de Sanches e Soares (2014, p. 43), para quem “ensino e prática tendem a se preocupar com o problema da decidibilidade técnico processual, passando o direito a ser mera técnica de resolução de conflitos, sem preocupação com o conteúdo social e os efeitos políticos das decisões”.

28 No âmbito jurídico, a contribuição da academia para a prática do direito não é muito frequente. Para exemplificar essa afirmação, transcrevemos trecho de voto da Desembargadora Relatora Ely Amioka, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0001521-89.2016.8.26.0625, no ano de 2017, oportunidade em que se discutia a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância em um caso concreto: “O fato narrado na denúncia é típico e antijurídico, e tudo o mais é questão meramente acadêmica, ao gosto dos laxistas, os que se colocam acima da lei positivada. Acolher-se a tese do ‘crime de bagatela’ equivale a conceder-se o perdão judicial em hipótese não prevista na lei penal, ou a conceder-se indevida ‘abolição criminis’, decretada por quem não tem poderes para tanto” Disponível em (acesso em 14 de julho de 2017): <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=4&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProc=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0001521-89.2016&foroNumeroUnificado=0625&dePesquisaNuUnificado=0001521-89.2016.8.26.0625&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar#?cdDocumento=29>

dogmática isolada e de abandono da postura questionadora frente ao direito, necessária à produção científica crítica, pois capaz de identificar de que maneiras, nas palavras de Kant de Lima e Lupetti Baptista (2014, p. 27), “o Direito que se pratica está muito distante do Direito que se idealiza”.

Neste ponto, é oportuno ressaltar o fato de que, historicamente, a formação em direito é um meio para acessar o poder político no Brasil. Neiva e Izumi (2014, pp. 168-169) apontam que, consideradas as legislaturas de 1826 até 2010, 17,6% dos senadores eram advogados, sendo esta a profissão mais presente no Senado no referido período. Almeida (2016, p. 245) assevera que a profissionalização e o desenvolvimento de uma expertise especificamente jurídica acarretaram a separação entre o direito e a política, mas sem que isso signifique o abandono da inclusão de juristas na atividade política, sendo que tal inclusão ocorre por meio de “assessoria técnica de mandatários políticos, detenção de cargos públicos relacionados à administração da justiça e mesmo incursões eventuais pela política competitiva” (Almeida, 2016, p. 245).

Sendo assim, há também um traço histórico da formação jurídica ligada à obtenção e ao exercício do poder político (conhecimento pelo poder), traço este que é alheio ao desenvolvimento do conhecimento buscado pela pesquisa nos moldes científicos. A atuação de juristas em postos do poder político no Brasil não exige a formação inerente à atuação de pesquisadores do direito – afirmar o contrário seria endossar a lógica dos pareceres denunciada por Nobre (2004).

Em suma, a *lógica dos pareceres* está institucionalizada no ensino jurídico e serve à manutenção da glosa de textos como pesquisa em direito, congelando metodológica e teoricamente outras possibilidades de investigação, ao mesmo tempo em que as contribuições de outras ciências sociais são rechaçadas.

3.2 A avaliação da CAPES no caso do direito  
Com o objetivo de analisar o relativo atraso da pesquisa em direito no Brasil seguimos o exemplo de Roberto Fragale Filho e Alexandre Veronese (2004), que abordaram a evolução quantitativa da pós-graduação em direito no país, e consultamos os dados

fornecidos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que avaliou 99 programas de pós-graduação, sendo 33 de instituições públicas e 66 de instituições privadas, conforme documento quadrienal 2017, referente aos anos de 2013 a 2016.<sup>29</sup>

A CAPES é uma fundação do Ministério da Educação (MEC), que desempenha papel fundamental na expansão e consolidação da pós-graduação *stricto sensu*, sobretudo produzindo dados, avaliando e controlando a expansão dos programas no país.

Em um universo de 99 programas de pós-graduação em direito (excluídas as especializações), não houve nota máxima (7), somente foi atribuída a nota 6 aos programas da PUC/PR, UNIFOR, UnB, UFMG, UFPR, PUC/RS, UNISINOS e UFSC, o que representa 22,9% dos programas com doutorado avaliados pela CAPES.<sup>30</sup> Diante desses dados oficiais, a fim de verificar o descompasso da pesquisa científica em direito frente às outras áreas de ciências humanas, comparamos as informações em relação aos cursos de Economia, Sociologia, Antropologia, Ciência Política e Relações Internacionais<sup>31</sup>.

No que concerne aos cursos de pós-graduação em Economia, no quadriênio 2013-2016 foram avaliados 67 programas de pós-graduação (excluídas as especializações), que abarcam 95 cursos, sendo que dentre estes houve a atribuição da nota máxima aos programas da FGV/SP, FGV/RJ, PUC/RJ e USP, o que corresponde a 13,8% dos programas com doutorado avaliados pela CAPES. Ademais, houve 6 programas aos quais foi atribuída a nota 6, o que corresponde a 20,7% dos programas com doutorado avaliados pela CAPES.<sup>32</sup>

29 O documento pode ser consultado por meio do seguinte link (acesso em 20 de fevereiro de 2018): [https://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-Direito\\_relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017\\_final.pdf](https://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-Direito_relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017_final.pdf)

30 Disponível em: [https://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-Direito\\_relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017\\_final.pdf](https://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-Direito_relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017_final.pdf) Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

31 Salientamos que os critérios para avaliação feita pela CAPES dos programas de pós-graduação dependem da área de conhecimento analisada. Os programas de pós-graduação *stricto sensu* fornecem informações anuais à CAPES, a fim de que esta possa proceder ao acompanhamento dos cursos.

32 Os dados foram retirados do relatório de avaliação quadrie-

A área de Sociologia teve 53 programas avaliados, com nota máxima atribuída aos cursos de mestrado e doutorado da UnB, UFRGS e UFRJ, o que corresponde a 9,1% dos programas com doutorado avaliados. Ademais, houve 4 programas aos quais foi atribuída a nota, correspondendo a 12,1% dos programas com doutorado.<sup>33</sup>

A área da Antropologia/Arqueologia, com 29 programas avaliados, apresentou notas máximas (mestrado e doutorado) nas seguintes instituições: UnB e UFRJ, representando 9,5% do total de programas com doutorado avaliados. Além, 1 programa recebeu a nota 6, correspondendo a 4,8% dos programas com doutorado analisados pela CAPES<sup>34</sup>.

Por fim, a área de Ciência Política e Relações Internacionais foi avaliada em 43 programas, tendo alcançado a nota máxima (mestrado e doutorado) na UFMG e na USP, o que corresponde a 9,5% dos programas com doutorado avaliados. Também houve a atribuição da nota 6 a 5 programas (23,8% dos programas com doutorado).<sup>35</sup> Nota-se, portanto, que os programas aqui as áreas de conhecimento aqui citadas tiveram avaliações de seus programas de pós-graduação superiores àquelas obtidas pela área do direito, apesar desta contar com um número maior de programas.

Abaixo, uma tabela que sistematiza o número de instituições de ensino superior que obtiveram a nota máxima na avaliação de seus cursos de pós-gradua-

nal 2017 da área de Economia, produzido pela CAPES (acesso em 20/02/2018): [http://www.capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-Economia\\_relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017\\_final.pdf](http://www.capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-Economia_relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017_final.pdf)

33 Os dados foram retirados do relatório de avaliação quadrienal 2017 da área de Sociologia, produzido pela CAPES (acesso em 20/02/2018): [http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-sociologia\\_rel%C3%B3riodeavalia%C3%A7%C3%A3o\\_quadrienal2017\\_final.pdf](http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-sociologia_rel%C3%B3riodeavalia%C3%A7%C3%A3o_quadrienal2017_final.pdf)

34 Os dados foram retirados do relatório de avaliação quadrienal 2017 da área de Antropologia/Arqueologia, produzido pela CAPES (acesso em 20/02/2018): [http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-Antropologia-relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017-final.pdf](http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-Antropologia-relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017-final.pdf)

35 Os dados foram retirados do relatório de avaliação quadrienal 2017 da área de Ciência Política e Relações Internacionais, produzido pela CAPES (acesso em 20/02/2018): [http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-ci%C3%A7%C3%A2nciapolitica\\_relatoriodeavalia%C3%A7%C3%A3o\\_quadrienal2017\\_final.pdf](http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-ci%C3%A7%C3%A2nciapolitica_relatoriodeavalia%C3%A7%C3%A3o_quadrienal2017_final.pdf)

ção *stricto sensu* feita pela CAPES.

*Tabela 01. Instituições nota 7 segundo a CAPES em algumas áreas das humanidades<sup>36</sup>. Fonte: <http://capes.gov.br/avaliacao/sobre-as-areas-de-avaliacao>*

| Área de conhecimento | Número de programas com nota 7 atribuídas pela CAPES |
|----------------------|--|
| Antropologia         | 2  |
| Direito              | 0  |
| Economia             | 4  |
| Filosofia            | 1  |
| História             | 2  |
| Política             | 2  |
| Psicologia           | 3  |
| Sociologia           | 3  |

Quanto aos cursos de direito, o “documento de área”<sup>37</sup> produzido pela CAPES, em 2013, salienta que somente na década de 30 do século passado as ciências jurídicas iniciam “seu processo de formação ao mesmo compasso dos outros campos de investigação científica no Brasil” (CAPES, 2013, p. 1). O referido documento acrescenta também que, apesar do crescimento de importância da pesquisa jurídica brasileira em nível internacional, a produção científica “ainda se mostra insuficiente para atender à demanda de uma sociedade em inédito processo histórico de ascensão social” (CAPES, 2013, p. 1). As considerações gerais sobre o estágio da área no Brasil ainda destacam como agências nacionais, regionais e internacionais de fomento têm sido determinantes para o desenvolvimento da pesquisa em direito.

Embora os critérios para avaliação possam ser analisados pormenorizadamente nos próprios documentos produzidos pela CAPES, expomos aqui alguns dos requisitos necessários para a atribuição das notas 6 e 7 recebidas pelos cursos de pós-graduação *stricto sensu* acima listadas: a) desempenho diferenciado,

<sup>36</sup> As avaliações dos programas existentes em cada área de conhecimento podem ser consultadas por meio do seguinte endereço, no qual estão elencadas as opções de consulta determinadas por área (acesso em 11 de julho de 2017: <http://capes.gov.br/avaliacao/sobre-as-areas-de-avaliacao>)

<sup>37</sup> Disponível em: [http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs\\_de\\_area/Direito\\_doc\\_area\\_e\\_comiss%C3%A3o\\_16out.pdf](http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs_de_area/Direito_doc_area_e_comiss%C3%A3o_16out.pdf). Acesso em: 25 de agosto de 2015.

compatível com o melhor padrão internacional, no que diz respeito à produção científica; b) posição consolidada na formação de doutores e participação ativa de seus egressos em atividades de docência; c) manutenção de vínculos de colaboração consolidados com instituições estrangeiras de alto padrão de excelência, envolvendo a maior parte do corpo docente; d) desenvolvimento de atividades a contribuir com a redução das assimetrias regionais, especialmente com a oferta de Minter e Dinter nas áreas prioritárias (CAPES, 2017c, p. 41).

Considerando que a qualificação atribuída pela CAPES é sintomática, por ser um dos principais parâmetros para avaliação do nível de desenvolvimento da pesquisa científica em certo ramo do conhecimento, nota-se que, de fato, há uma defasagem relativa na pesquisa em direito, quando comparada às outras áreas das humanidades. Ainda se destaca que alguns cursos de pós-graduação, aos quais foi atribuída a nota 7, somente chegaram a esse patamar recentemente – diferente dos cursos de pós-graduação em direito, as demais ciências sociais demonstraram uma evolução mais rápida, relevante e perceptível desde o início do século.

### 3.3 O projeto “Pensando o Direito” e um paralelo com a avaliação da CAPES

Outro motivo que corrobora o atual estágio da pesquisa em direito no país são os baixos estímulos institucionais. Na contramão, uma iniciativa inédita<sup>38</sup> foi o projeto “Pensando o Direito”, criado em 2007 pela extinta Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) em 2017,<sup>39</sup> que contribuiu no processo de avaliação e de aprimoramento do

<sup>38</sup> Outro exemplo de iniciativa salutar para o desenvolvimento da pesquisa em Direito no Brasil foi a criação da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED), em 2011. A organização promove, anualmente e em parceria com instituições de ensino superior, eventos para exposição e debate de trabalhos eminentemente empíricos hábeis a estabelecer intercâmbios entre o Direito e outras áreas do conhecimento.

<sup>39</sup> Cabe esclarecer que com a edição do Decreto 9.150 de 04 de setembro de 2017, este projeto foi interrompido diante da extinção desta Secretaria, que foi incorporada a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça durante o governo do Presidente Michel Temer – certamente este fato é sintomático dos apontados obstáculos da dificuldade da consolidação da profissão do pesquisador vis-à-vis a predileção de uma lógica dos pareceres no país.



ordenamento normativo por meio de contratação de pesquisas jurídicas<sup>40</sup>.

Segundo o posicionamento da extinta SAL/MJ, “Pensando o Direito” financiava pesquisas empíricas e interdisciplinares sobre temas na pauta prioritária do Governo e carentes de análise mais aprofundada. Além do apoio financeiro, a SAL/MJ também possibilitava que as pesquisas fossem conduzidas com autonomia acadêmica e os resultados eram apresentados como relatórios com recomendações. Um dos principais efeitos desses relatórios é que acabavam sendo utilizados pela SAL/MJ na proposição de projetos de lei ou na elaboração de notas técnicas sobre propostas em tramitação no Congresso Nacional.

Recentemente Lins e Horta, Almeida e Chilvarquer (2014) apresentaram um balanço dos anos de 2007 a 2014 em relação ao “Pensando o Direito”. Os principais resultados indicam: I) pouca diversidade das instituições participantes, sobretudo concentradas nas regiões Sul e Sudeste; II) tendência de os pesquisadores diversificarem os métodos empregados na investigação dos problemas e III) impacto direto em debates legislativos (reforma do processo civil, regulamentação do *lobby*, política indigenista entre tantos outros).

Diante dessas considerações, interessante é destacar que tanto a CAPES quanto a SAL/MJ trabalharam com dados que apontam para a atual condição da pesquisa em direito no Brasil<sup>41</sup>, embora o tenham feito por meio de abordagens diferentes. É justamente essa diferença metodológica que permite comparar certas conclusões advindas das avaliações da CAPES frente a outras, fornecidas pela SAL/MJ. Essa comparação, conforme será demonstrado a seguir, sugere um qua-

40 Cumpre esclarecer que a pesquisa desenvolvida no âmbito da SAL/MJ é direcionada para políticas públicas e para a produção legislativa. Por isso, há críticas segundo as quais as pesquisas feitas no “Pensando o Direito” teriam o seu caráter acadêmico afetado. No entanto, seguindo Lins e Horta, Almeida e Chilvarquer (2014), entendemos que a iniciativa da SAL é valiosa para o desenvolvimento da pesquisa jurídica no país, inclusive no que toca ao fornecimento de critérios de avaliação da pesquisa diferentes daqueles utilizados pela CAPES.

41 Afirmam Lins e Horta, Almeida e Chilvarquer: “os métodos empregados pelos pesquisadores do Projeto Pensando o Direito refletem o próprio desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil” (2014, p. 164).

dro sobre o comprometimento das universidades no desenvolvimento da pesquisa jurídica brasileira.

O que se observa são discrepâncias entre as conclusões advindas da avaliação dos relatórios finais do projeto “Pensando o Direito” e as notas atribuídas pela CAPES. Há, pelo menos, dois parâmetros em jogo para se avaliar a qualidade em pesquisa de certa instituição de ensino superior, sendo um deles vinculado ao Ministério da Justiça pela extinta SAL – onde se privilegia a pesquisa empírica – e o outro, ao Ministério da Educação, que utiliza critérios formais de avaliação.

É por isso que dentre as instituições participantes no “Pensando o Direito” somente a Pontifícia Universidade Católica/RS esteve entre as mais bem avaliadas pela CAPES na área de direito (nota 6). Tal constatação leva a crer na diminuta importância dada pela avaliação da CAPES às participações em pesquisas do tipo daquelas promovidas pela SAL/MJ. Muitas outras instituições participantes do projeto, como FGV/SP, FGV/RJ e UFRJ não figuram entre as mais bem avaliadas pela CAPES.

Importante esclarecer também que a pesquisa empírica em direito no Brasil obteve um importante crescimento neste contexto – ainda que a SAL/MJ tenha sido extinta – , segundo Sá e Silva, um dos motivos que justificou essa expansão foi o chamado das políticas públicas que

*(...) se referem a recursos destinados quase que exclusivamente a pesquisas empíricas, ao contrário do que pode ocorrer nos financiamentos concedidos no âmbito do sistema de ciência e tecnologia, os quais permitem o financiamento de pesquisas puras (Sá e Silva, 2016, p. 36).*

No que concerne à concentração de pesquisas no eixo Sul e Sudeste no país, ambas as avaliações confirmam que a maioria das instituições participantes nos editais e os melhores programas avaliados estão neste eixo<sup>42</sup>. O Observatório do Ensino do Direito

42 Nota se que as cinco instituições destacadas no artigo sobre o projeto “Pensando o Direito” estão localizadas nas regiões sul e sudeste. Ainda que considerássemos as universidades que vêm colocadas logo após as cinco primeiras em razão do número de participações em pesquisas promovidas pela Secretaria de Assuntos

(OED), projeto permanente do Núcleo de Metodologia de Ensino da Escola de Direito de São Paulo (FGV Direito SP), corrobora a concentração regional de cursos de direito, indicando que (a) 43% dos cursos localizam-se na região Sudeste, proporção superior ao dobro daquela observada nas regiões Sul e Nordeste, empatadas em segundo lugar na distribuição (20%) e (b) que também no âmbito da pós-graduação preponderam cursos nas Regiões Sudeste e Sul em detrimento das demais (Ghirardi et. al., 2013, p. 9).<sup>43</sup> Em recente estudo, Gameiro e Guimarães Filho (2018, p. 899) também destacaram os números superiores de programas de pós-graduação *stricto sensu* e de professores e professoras que integram esses programas na Região Sudeste. Segundo os pesquisadores, essa Região concentra 54% dos docentes de programas de pós-graduação *stricto sensu* em direito do país (Gameiro e Guimarães Filho, 2018, p. 899).

No entanto, questiona-se o que o número de cursos listados como pertencentes a determinadas regiões – por exemplo: Sul e Sudeste – diz a respeito do engajamento das instituições de ensino superior em promover pesquisas em direito. É necessário destacar que várias universidades usualmente tidas dentre as principais da região Sul e Sudeste não figuram nos relatórios sobre o projeto “Pensando o Direito”, assim como não obtiveram avaliação muito boa de seus cursos de pós-graduação (notas 6 ou 7) perante a CAPES, o que leva à conclusão de que, apesar das regiões Sul e Sudeste serem as mais bem conceituadas em pesquisa em direito, relativamente ao restante do país ainda se percebe a falta de comprometimento institucional com o objetivo de desenvolver a pesquisa, ou seja, não há um engajamento na organização de muitas instituições de ensino superior com vistas à promoção da pesquisa em direito de qualidade – é um conjunto restrito e seletivo de instituições de ensino que promovem a pesquisa em direito no Brasil.

Um ponto comum em ambas as avaliações é a omissão da discussão do papel do pesquisador em direito. Nem a SAL/MJ, tampouco a CAPES se preocupam,

Legislativos, teríamos USP, PUC/SP e UnB (a exceção).

<sup>43</sup> Informações retiradas de relatório do OED, que pode ser consultado por meio do seguinte link: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_oed\\_out\\_2013quem\\_e\\_o\\_professor\\_de\\_direito\\_no\\_brasil.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_out_2013quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf)

nas suas avaliações, em debater especificamente como valorizar a pesquisa e o pesquisador em direito. Isto porque as expectativas vinculadas à pesquisa e a situação do pesquisador nem sempre são consideradas. No caso, o interesse do projeto da extinta SAL/MJ era produzir relatórios acadêmicos prioritários para agenda do Governo, porém tal situação não corresponde necessariamente ao interesse de estimular a carreira de pesquisador em direito. Do outro lado, a preocupação da CAPES é primordialmente a avaliação dos programas de pós-graduação.

O projeto “Pensando o Direito” foi uma exceção no país e é lamentável a sua interrupção, sobretudo se considerar a necessidade de ampliação de tais projetos em outras instituições e regiões<sup>44</sup>. É fundamental contar com o apoio institucional para promover uma abertura, preservando a autonomia científica e crítica dos pesquisadores, e fomentar um debate sobre a importância da pesquisa jurídica no aperfeiçoamento das políticas públicas, ao admitir uma permeabilidade dos interesses dos pesquisadores no interior destas instituições para além do apoio financeiro.

#### 3.4 Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito - CEPED: um exemplo de esforço para o desenvolvimento da pesquisa em direito no Brasil

Abordados alguns pontos pertinentes aos desafios da pesquisa em direito e às instituições protagonistas no atual debate sobre a situação da pesquisa e do ensino jurídico no Brasil, proveitoso é olhar para o passado, a fim de notar como um projeto iniciado em meados dos anos 1960 e finalizado em 1972 já repercutia questões ainda hoje problemáticas para os âmbitos acadêmico e profissional do direito. Afinal, o debate sobre a pesquisa em direito não é tão novo no Brasil.

<sup>44</sup> Sobre a formação acadêmica de docentes de cursos de direito, pesquisas do Observatório do Ensino de Direito (OED), do Núcleo de Metodologia do Ensino da FGV Direito SP, apontaram que, quando comparados com as áreas de Ciências Sociais e Comportamentais, Jornalismo e Informação, e Comércio e Administração, os cursos de direito e os de comércio e administração apresentam maior proporção de docentes sem pós-graduação *stricto sensu*. Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_oed\\_mai\\_2014relatorio\\_1o\\_semestre\\_de\\_2014.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_mai_2014relatorio_1o_semestre_de_2014.pdf). Acesso em: 25 de ago. de 2015.

Em 1966, por meio da Resolução do Conselho Universitário nº 284/66, a então Universidade da Guanabara criou o Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED), objetivando a inovação e o aperfeiçoamento do ensino e pesquisa jurídica. O curso funcionou durante sete anos, preparando turmas anuais de mais ou menos 35 advogados.

Segundo um dos fundadores do CEPED, Arnold Wald<sup>45</sup>,

*[O Cepad foi] criado com autonomia financeira e didática na Universidade da Guanabara com a co-operação financeira da Fundação Ford, em 1966, foi o fruto da insatisfação de um grupo de professores em relação aos atuais métodos de ensino e do diálogo construtivo que tiveram (...) com o então Consultor Jurídico da USAID, Dr. David Trubeck (...) Das conversas que então tivemos Caio Tácito, Lamy Filho, o saudoso Amilcar Falcão e eu, surgiu a idéia da realização de uma experiência nova de ensino, em caráter piloto, que se transformou no CEPED*

Ademais, Caio Tácito Sá Vianna Pereira de Vasconcellos afirmou que a ideia que moveu o CEPED era a de promover uma melhoria metodológica no ensino do direito, com professores mais jovens. Contudo, na conjuntura do “milagre” brasileiro, muitas oportunidades de emprego no ramo empresarial surgiram, atraindo advogados com formação acadêmica e, consequentemente, um número considerável dos egressos do CEPED não seguiu carreira no ensino jurídico.<sup>46</sup>

A insatisfação aludida por Wald, de certa forma, sobreviveu ao CEPED e a sua causa ainda contamina a academia jurídica. Este trabalho, afinal, tem uma de suas raízes na insatisfação com a situação da pesquisa em direito e no modo como o ensino ocorre. Assim, um dos pontos suscitados por Wald em sua palestra é o de que prevalecia uma grande insatisfação com

45 O posicionamento atribuído a Wald neste trabalho é baseado no conteúdo de uma palestra sua, proferida em 1967. Alguns de seus trechos estão transcritos no seguinte endereço (acesso em 12 de julho de 2017): <http://www.cepuederj.org.br/hist.htm#arnold>

46 As informações foram retiradas de declarações de Caio Tácito Sá Vianna Pereira de Vasconcellos constantes no seguinte link: <http://www.Cepuederj.org.br/hist.htm#caio>. Acessado em: 17 de jan. de 2016.

os métodos tradicionais do ensino jurídico brasileiro, que não incentivam o aluno e, com efeito, não o preparam devidamente para a vida profissional.

Além, a criação do CEPED foi impulsionada pela necessidade de substituir uma cultura jurídica esotérica e sem vinculação com a realidade, constituída exclusivamente pelo conhecimento da exegese das leis e de lições doutrinárias, por uma cultura integrada em que o direito receba a indispensável complementação das demais ciências sociais e das técnicas auxiliares; ou seja, pela necessidade de se estabelecer o que Marcos Nobre, tempos depois, denominou consórcios entre as áreas de conhecimento, algo postulado neste trabalho. Nesse sentido David Trubeck (2011) também aponta o caráter inovador do programa, que estava fortemente ligado ao movimento do *Law and Development* e ao projeto de reforma do direito na região da América Latina.<sup>47</sup>

Os meios de se atingir os objetivos de inovação e aperfeiçoamento propostos pelo centro foram postos em prática orientados pela cultura estadunidense de ensino jurídico<sup>48</sup> – o financiamento do centro era, inclusive, proveniente de investidores daquele país. Dessa forma, os cursos promovidos pelo CEPED, voltados principalmente para advogados, eram focados na prática forense, mas visando suprir a falta de sintonia entre teoria e práxis – existente até hoje, nas doutrinas, por exemplo.

47 Importante destacar a importante crítica de Jorge L. Esquirol, que sublinha a compreensão distorcida que o discurso de reforma admitia um direito fracassado na América Latina e uma posição de dominação do modelo estadunidense presente em correntes como o *Law and Development*. Diz o jurista: “The first major U.S. led intervention in Latin law was the law and development movement of the 1960s and 1970s (...) Legal developmentalists sought to align the law with economic development. Their only roadmap, however, was the U.S. legal system and its apparent co-relation with U.S. economic progress” (2008, p. 92).

48 Nesse sentido, Wald declarou que ele e os demais fundadores do CEPED receberam: “(...) um convite para uma viagem do nosso grupo aos Estados Unidos para conhecer diretamente os diversos métodos de ensino e verificamos em Harvard, Yale e Columbia a existência de várias técnicas de aprendizagem no campo do direito todas elas integradas no que se poderia denominar o “ensino ativo do direito”, ou seja, a discussão e o diálogo de Professor e alunos em torno de textos já do conhecimento dos estudantes, permitindo que o discípulo raciocine em torno de hipóteses reais ou simuladas de eventuais conflitos de interesses que devem ser evitados ou compostos”. Disponível em: <http://www.cepuederj.org.br/hist.htm#arnold>. Acessado em: 15 de jan. de 2016.



Apesar da preocupação já externada nesse texto com o ensino jurídico ser pautado na prática rotineira dos operadores do direito, nota-se que havia a intenção de se evitar a importação de modelos estrangeiros sem a devida contextualização da realidade brasileira, pois Wald asseverou que o método não poderia nem deveria ser transposto em nosso país, mas que uma justa adaptação apresentaria, eventualmente, bons resultados.<sup>49</sup>

A combinação de um ensino que atentasse para a realidade da prática jurídica, mas que não descurasse da interface do direito com outras ciências sociais poderia significar um modo de driblar a *lógica dos pareceres*, pois esse consórcio poderia abordar a atividade voltada para a produção de conhecimento baseada em critérios científicos, atividade esta relativamente mais desenvolvida em campos como a sociologia, a antropologia e a economia.

Contudo, em 1972, ocorreu o último curso do CEPED. Afinal, por qual motivo o promissor centro para a renovação do ensino jurídico, bem como da prática jurídica, foi encerrado? Quanto ao viés acadêmico desse centro, já destacamos duas causas para o fracasso: o recrutamento de discentes para a atuação em sociedades empresárias e a resistência das próprias instituições de ensino superior em aceitar novos modelos de ensino, embora alguns ex-alunos do CEPED tenham conseguido sucesso em ingressar em universidades (Duarte, 2011, p. 56).

Além disso, outro fator pontuado por Duarte (2011) que explica o encerramento das atividades foi o fato de que, em seu último ano, o CEPED deixou de ser um projeto autônomo e inovador para ser um suporte vinculado ao recém criado programa de mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Isso agravou as divergências existentes entre brasileiros e estadunidenses que financiavam o centro de es-

49 Mangabeira Unger (2006, p. 118) também apontou a existência de um “círculo” composto pelo ensino do direito e as práticas profissionais jurídicas. Por outro lado, em meados da década passada, ele alertava para a defasagem do ensino frente às novas demandas do mercado, principalmente em razão de um aumento da busca por consultorias jurídicas no setor empresarial – o tradicional modelo das faculdades somente atenderia às demandas das atividades jurídicas tradicionais.

tudos, pois visivelmente se tratava de um desvio de finalidade do curso.

O ano de 1972, portanto, marcou o fim do CEPED, uma experiência voltada tanto ao âmbito de atuação dos operadores do direito quanto ao aprimoramento da qualidade de ensino. A lembrança daquela experiência nos possibilita perceber que o atual “estado da arte” do ensino jurídico e da pesquisa em direito refletem alguns erros do passado, principalmente a persistência de programas de pós-graduação alheios – em maior ou menor medida – às possibilidades de produção de conhecimento por meio de pesquisas desvinculadas da lógica dos pareceres ou a interrupção de apoios institucionais importantes à pesquisa em direito como a SAL/MJ. Um dos motivos para a criação do CEPED foi a superação de um modelo de ensino jurídico pautado em tal lógica que, infelizmente, sobreviveu àquele esforço para o desenvolvimento da pesquisa em direito.<sup>50</sup>

Feitas essas considerações sobre o passado das críticas dirigidas ao ensino e à pesquisa no âmbito jurídico, é necessário olhar para o futuro: quais seriam as novas alternativas para uma transformação na pesquisa e no papel do pesquisador em direito no país? Seria possível superar a lógica dos pareceres?

### 3.5 O novo marco do ensino jurídico a reboque da pesquisa

O ensino jurídico brasileiro atualmente passa por uma transformação, iniciada com a reforma da Resolução do Conselho Nacional de Educação (CNE) n. 09/2004 que trouxe novos arranjos disciplinares e novos instrumentos de aprendizagem (núcleos de práticas jurídicas, trabalhos de conclusão de curso e atividades complementares). Em 2013, o Ministério da Educação (MEC) congelou a abertura de novos cursos. O objetivo era estudar ideias para um novo marco regulatório a ser seguido pelas instituições de ensino e evitar a proliferação de cursos de baixa qualidade no país. A pauta dessa discussão é supostamente ampla, envolvendo temas sobre as diretri-

50 Não devemos perder de vista que o cenário do ensino e da pesquisa em direito, atualmente, é outro. Reforçamos o posicionamento de Xavier (2015, p. 6-11), que aponta o crescimento do interesse pela pesquisa empírica no âmbito jurídico.

zes curriculares, instrumentos de avaliação e novos parâmetros de avaliação, exame da Ordem e o pleito de o Conselho Federal da OAB ter uma vaga fixa no CNE. No entanto, observa-se que a questão do pesquisador em direito não está ali inserida.

Até o presente momento, o anteprojeto não foi elaborado e a efetiva contribuição do debate resultou na Portaria nº 20 do MEC, publicada no final de 2014. Nesta portaria, o MEC não aborda questões relativas ao pesquisador em direito; o interesse era apenas fixar critérios mais rigorosos para abertura de cursos. Portanto, é possível concordar com Sá e Silva (2016) que “não parece que as possibilidades de inovação contidas nas novas diretrizes curriculares foram aproveitadas plenamente, salvo poucos casos em que houve investimento de tempo, recursos e energia organizacional para a inovação” (p. 32).

É curioso notar, por exemplo, que o principal articulador nesse debate é a Comissão Nacional de Educação Jurídica do Conselho Federal da OAB, que está centrada exclusivamente em resolver o alto número de reprovações nos exames de Ordem, decorrente da existência de diversas instituições de ensino superior que preparariam muito mal os seus bacharéis. Os debates promovidos pela OAB acabam favorecendo, principalmente, a implementação de uma regulação mercadológica, sem colocar em destaque a pauta referente ao papel da pesquisa em nível de graduação.

Chega-se a essa conclusão por meio da leitura das principais propostas para aprimoramento do marco regulatório do ensino jurídico, segundo a OAB, que pouco mencionam medidas em prol do desenvolvimento da pesquisa no nível da graduação<sup>51</sup>. Além disso, outra evidência é o avanço da regulamentação e ampliação de oferta do ensino superior à distância (EaD) pelo Decreto nº 9057, de 25 de maio de 2017 do MEC. Mesmo neste outro e relevante debate, a pauta da pesquisa é desconsiderada pela regulamentação do EaD.<sup>52</sup>

51 As principais propostas para aprimoramento do marco regulatório do ensino jurídico, organizadas pela Comissão Nacional de Educação Jurídica da OAB podem ser lidas no seguinte *link*: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140218-04.pdf>. Acessado em: 14 de jan. de 2016.

52 No caso da EaD, a principal preocupação é alcançar a Meta 12

Dentre algumas ideias favoráveis à pesquisa, é possível citar a proposta segundo a qual as faculdades de direito devem implementar “Núcleos de Pesquisa (incluindo a orientação de monografia) e de Extensão, com efetiva regulamentação e cumprimento das atividades destinadas ao trabalho de conclusão de curso, sob a forma de monografia individual com defesa perante banca”<sup>53</sup>.

Trata-se de medida salutar, mas que demonstra o estágio incipiente em que se encontra a pesquisa jurídica no Brasil, considerando que implementações de núcleos de pesquisa em instituições de ensino superior significam medidas relativamente simples, embrionárias para o desenvolvimento da cultura de pesquisa no âmbito do direito – sobretudo se considerarmos a existência de centros extramuros universitários que já se consolidaram e possibilitam a articulação e encontros de pesquisadores em direito.

Por outro lado, há algumas propostas que objetivam o reforço da *lógica dos pareceres* no ensino, tais como a redução do período de aplicação do ENADE, de a cada três anos para aplicação anual; o registro no histórico escolar da nota obtida pelo acadêmico no ENADE visando estimular um melhor desempenho dos discentes, ou ainda a mencionada regulamentação da EaD. São orientações voltadas à realização de exames, que não estão minimamente vinculadas à qualidade de pesquisa promovida em Faculdades de direito, embora tenham sua importância.

Há ainda outras propostas relevantes, mas de caráter organizacional, tais como: indicação da existência de um núcleo docente estruturante, responsável pela formulação do projeto pedagógico do curso, sua implementação e desenvolvimento, composto por professores: a) com titulação em nível de pós-graduação *stricto sensu*; b) em regime celetista ou estatutário que assegure dedicação plena ao curso de direito e

do Plano Nacional de Educação que determina a elevação da taxa bruta de matrícula na educação superior da população jovem. Inclusive esta é uma justificativa apresentada pelo MEC e que afeta diretamente os cursos de direito, pois muitas instituições poderão oferecer exclusivamente cursos EaD sem a necessidade de credenciamento de cursos presenciais – o que provavelmente aumentará ainda mais a oferta de cursos jurídicos em detrimento da pesquisa.

53 Vide *link* da nota n. 50.

com vínculo de, ao menos, 06 (seis) meses com a instituição de ensino superior (IES); c) com experiência docente de ao menos 05 (cinco) anos no ensino superior. Embora esse tipo de proposta seja extremamente importante, tem somente uma relação indireta com a promoção da pesquisa.

Fato é que um marco regulatório sobre o ensino jurídico deve, em tese, abordar a questão do pesquisador, seja em razão da necessidade de reconhecer e valorizar a produção e a carreira acadêmica, seja em relação à proteção jurídica desses profissionais.

A atual situação em que o pesquisador em direito não goza de reconhecimento profissional representa sua vulnerabilidade. Muitos pesquisadores não são tratados como profissionais, mas como acadêmicos que nos seus “períodos livres” se ocupam da atividade de pesquisa. Dessa forma, pode-se dizer que tal vulnerabilidade concernente ao reconhecimento profissional é uma das causas para encontrarmos no país advogados, juizes, promotores e defensores que possuem uma dupla jornada de trabalho como professores ou pesquisadores.

Não é surpreendente a constatação realizada pelo Observatório de Ensino do Direito (OED), que em estudo publicado no ano de 2013,<sup>54</sup> verificou que o regime de trabalho mais comum entre os professores é o parcial, com 34%, seguido pelo de horista, com 32% (Ghirardi et al., 2013, p. 79). No âmbito público, “há maior proporção de funções docentes em regime integral, com ou sem exclusividade (30% e 32%, respectivamente), seguida de funções em regime parcial (27%) e horistas (11%)” (Ghirardi et al., 2013, p. 79). Já no âmbito privado, 36% dos docentes trabalham

em regime horista, 35% em regime parcial, 27% em regime integral sem exclusividade e 2% em regime integral com exclusividade (Ghirardi, 2013, p. 79). De forma geral, pode-se dizer que as instituições de ensino não possuem interesse em buscar professores e pesquisadores contratados pelo regime de trabalho integral e com dedicação exclusiva<sup>55</sup>. Concordamos com José Garcez Ghirardi (2012, p. 67) ao afirmarmos que a realidade é que faculdades são, frequentemente, pautadas em avaliações meramente certificatórias, que só se preocupam em conceder o diploma ao final de um processo (a graduação) e, com efeito, prejudicam qualquer iniciativa de desenvolvimento de pesquisa em direito.

A larga demanda por cursos de direito se reflete na destinação de financiamentos federais, também apontados pelo OED. Segundo o estudo publicado em 2015, referente ao ano de 2013, o Programa de Financiamento Estudantil (FIES) beneficiava 132.880 alunos matriculados em cursos de Direito no Brasil, cerca de 17,3% do total; o Prouni beneficiava 37.661 alunos com bolsas integrais (4,9% do total de alunos de Direito) e outros 12.675 alunos com bolsas parciais (1,6% do total de alunos de Direito); ao todo, no Direito, os programas de financiamento federal beneficiavam 179.919 alunos, cerca de 23,4% do total de alunos dos cursos jurídicos no Brasil e 25,5% do total de alunos de cursos jurídicos pagos (Ghirardi et al., 2015, p. 5)<sup>56</sup>.

O que chama a atenção – dado o propósito deste trabalho – é que a privatização do ensino do direito pode ser associada aos interesses mercadológicos, que em muitas circunstâncias não incentivam as atividades de pesquisa.<sup>57</sup> *A lógica dos pareceres*, conforme a

54 Embora haja o apontamento de alguns dados fornecidos pelo OED, é bom frisar que a existência de professores com vínculo de dedicação exclusiva nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito é fator determinante para o desenvolvimento de um compromisso entre o docente e a instituição de ensino superior.

O documento de área produzido pela CAPES (2013, p. 7) indica que “[o] Corpo Permanente [de docentes] deve ser, preferencialmente, exclusivo do programa”: Fonte: [https://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs\\_de\\_area/Direito\\_doc\\_area\\_e\\_comiss%C3%A3o\\_16out.pdf](https://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs_de_area/Direito_doc_area_e_comiss%C3%A3o_16out.pdf). Acessado em: 14 de jan. de 2016.

As informações do OED (Ghirardi et al., 2013) podem ser consultadas por meio deste link: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_oed\\_out\\_2013quem\\_e\\_o\\_professor\\_de\\_direito\\_no\\_brasil.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_out_2013quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf). Acessado em: 14 de jan. de 2016.

55 A ideia de fomentar regimes trabalho integral e com dedicação exclusiva é o fato de permitir horas de estudo e pesquisa. De acordo com a Portaria Normativa MEC nº 40/2007, os professores como tempo integral, docente contratado com 40 horas semanais de trabalho na mesma instituição, possui reservado o tempo de pelo menos 20 horas semanais a estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, gestão, planejamento, avaliação e orientação de estudantes.

56 Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_observatorio\\_do\\_ensino\\_do\\_direito\\_-\\_vol\\_\\_2\\_n\\_\\_2.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_observatorio_do_ensino_do_direito_-_vol__2_n__2.pdf). Acessado em: 15 de jan. de 2016.

57 Nesse sentido fica claro compreender as faculdades de direito como verdadeiras IES tal como trabalhado por Leopoldo Waizbort – e em oposição aos conceitos de universidade moderna e pós-

abordagem neste texto, ganha espaço com a predominância de instituições de ensino superior privadas, pois estas, frequentemente, buscam atrair estudantes por meio de ofertas de cursos cujo escopo é somente integrar os alunos ao mercado de trabalho, distanciando-os da pesquisa em âmbito acadêmico.<sup>58</sup>

Sendo assim, instituições de ensino superior em direito atendem às demandas do mercado advindas de áreas de atuação profissional alheias ao desenvolvimento de pesquisas. Em 2004, Jacques Velloso (2004, p. 592) apontava que, dentre os egressos de programas de pós-graduação das áreas de Administração, Clínica Médica, Direito, Economia, Odontologia e Psicologia, os mestres e doutores pertencentes ao âmbito jurídico compunham o menor número de profissionais atuantes na academia. Recentemente, o Observatório do Ensino do Direito apontou que, em âmbito nacional, somente 25% dos docentes em cursos de direito são doutores, enquanto 45% são mestres, 28% são especialistas e 2% são somente graduados (Ghirardi et. al., 2013, p. 36).<sup>59</sup>

Considerando o número existente de programas de pós-graduação em direito, que é maior quando com-

-moderna – ao afirmar que esse tipo de instituição “(...) qualifica o diplomado a consumir a mercadoria que ele mais almeja consumir, e com maior avidez, a saber, o emprego. O diplomado é um consumidor de empregos; é o sujeito otimizado para o consumo do produto “emprego”, tal como o mercado de trabalho o tem para oferecer” (2015, p. 57). Tais centros não se preocupam com a formação e nem com a especialização no sentido weberiano, mas com a produção de consumidores. Novamente, diz o sociólogo que a principal função da IES é fornecer ao mercado uma massa de consumidores diplomados, “com suas demandas de consumo que alimentam o mercado e põe a rodar a máquina da economia direcionada ao consumo de bens, sejam eles quais forem” (2015, p. 59). Percebe-se, assim, que o espaço para a formação de pesquisadores em instituições de ensino é consideravelmente restrito, considerando que pesquisadores, *em tese*, não são consumidores, o que acarretaria o afastamento do ensino jurídico (mercado) das pesquisas em direito.

<sup>58</sup> Nesse cenário, o financiamento estudantil, no âmbito da graduação, não gera um incremento na qualidade da formação de um pesquisador do direito, limitando-se a servir como um meio para a entrada e permanência de estudantes em instituições de ensino superior privadas, principalmente.

<sup>59</sup> Informações retiradas de relatório de 2013 do Observatório do Ensino do Direito (FGV Direito SP). Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_oed\\_out\\_2013quem\\_e\\_o\\_professor\\_de\\_direito\\_no\\_brasil.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_out_2013quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf) (acesso em 13 de julho de 2017).

parado aos números de programas em outras áreas do conhecimento em humanidades<sup>60</sup>, é possível concluir que a formação jurídica em nível de pós-graduação atende a demandas alheias ao desenvolvimento do ensino e da pesquisa. Tal cenário está ligado às perspectivas profissionais existentes na área do direito – perspectivas essas que são relativamente ruins quando se considera a situação profissional de um pesquisador no Brasil.

Em suma, o acesso, a manutenção e a intensificação da pesquisa em direito depende de uma regulamentação sólida da profissão, sobretudo para fazer frente às tendências mercadológicas, a lógica dos pareceres e assegurar um campo seguro de desenvolvimento desta carreira no país. Atualmente, há previsões vagas e/ou programáticas sobre o assunto, embora os pesquisadores, em alguns casos, tenham se organizado para resguardar suas condições de trabalho e pleitear melhores condições financeiras por meio dos sindicatos.<sup>61</sup>

Por essas razões, a importância de um marco regulatório que atente para a pesquisa em direito no Brasil não se restringe à melhora das condições materiais do pesquisador (direitos trabalhistas, situação financeira), mas – e talvez principalmente – também diz respeito à promoção do essencial papel que a pesquisa pode ter na cultura jurídica do país – tal compreensão está longe de ser compartilhada pela comunidade jurídica.

A pesquisa em direito precisa ser tratada como um ramo no qual profissionais atuam para desenvolver o conhecimento em direito e, em última instância, contribuir para o debate da resolução de problemas sociais, estabelecendo relações com outras áreas das ciências humanas a fim de potencializar o aproveitamento conjunto dos pontos de vista interno e externo.

#### 4 Considerações finais

O propósito deste texto foi abordar o diagnóstico da

<sup>60</sup> Vide item 3.2, sobre a avaliação da CAPES.

<sup>61</sup> Exemplos dessa organização são o Sindicato dos Trabalhadores em Pesquisa, Ciência e Tecnologia de São Paulo (SINTPq) e a Associação dos Pesquisadores Científicos do Estado de São Paulo (APqC).

baixa qualidade da pesquisa em direito no país. Verificou-se os motivos que corroboram essa situação, afinal pesquisa em direito possui vários pontos de vistas e em tese basta segui-los criteriosamente para a produção de bons resultados.

No entanto, enquanto a pesquisa em direito permanecer relativamente isolada no país, estará se reproduzindo um padrão ambíguo de conhecimento – identificado por meio da *lógica dos pareceres*. Tal cenário se deve ao fato de que tradicionalmente se privilegia no direito brasileiro um estilo de ensino voltado às demandas do mercado de trabalho que não abrangem a formação de um pesquisador. À essa orientação do ensino jurídico se alia a condição profissionalmente precária de pesquisadores no país.

Ademais, historicamente, o referido estilo de ensino também interfere na produção acadêmica e nas escolhas que pesquisadores em direito fazem. É comum encontrar trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses que se limitam a reproduzir glosas de textos legais, em vez de estudos questionadores e críticos da realidade do direito e de sua aplicação no país.

Fato é que não é possível fazer pesquisa em direito reproduzindo padrões e se isolando. Ao contrário, pesquisadores em direito devem ser afetados por outros saberes e aceitar os estranhamentos inerentes ao processo da investigação. A teoria do direito hartiana, com seus pontos de vista interno e externo, foi empregada neste texto para exemplificar as possibilidades de desenvolvimento de pesquisa tendo o direito como objeto – discutindo de maneira mais ampla a questão da condição histórica do pesquisador –, mas com o emprego de metodologia e conhecimentos teóricos advindos de diversas áreas, como os casos dos *consórcios*. Nesse sentido, é possível afirmar que umas das principais missões dos pesquisadores pertencentes ao âmbito jurídico é desconstruir e desnaturalizar representações para consolidar um campo crítico e reflexivo sobre o direito.

Na contramão, há algumas instituições de destaque.<sup>62</sup>

62 É o caso das Escolas de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP) e do Rio de Janeiro (FGV-RJ) ou a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-

Não por acaso, essas instituições também contribuíram para o recente fortalecimento da pesquisa em direito, em especial pela pesquisa empírica, por meio da construção de convênios entre o direito e outros saberes, bem como pela elaboração de dados sobre as instituições jurídicas do país. David Trubek (2011) inclusive afirma que essas escolas resgataram e seguem o legado da comentada experiência do *CEPED*, ocorrido na década de 60, que buscava transformar o ensino e a pesquisa em direito no país com base em uma nova proposta interdisciplinar e crítica do direito. José Roberto Xavier (2015) e Fabio de Sá e Silva (2016) avançam no ponto destacando de maneira otimista uma transformação em relação à pesquisa empírica em direito desde o início dos anos 2000, sendo recentemente confirmada pela constituição de diferentes redes de pesquisa em direito.<sup>63</sup>

A lição subentendida nesses casos pontuais de sucesso é a importância de aproximar a participação das instituições na produção de conhecimento científico. É dizer, não se compartilha ideia de “saber como poder” tão arraigado em diversas tradições jurídicas no país.

Ao contrário, os casos apontam a importância para as instituições se abrirem para as pesquisas e a necessidade de fomentar no país uma cultura de pesquisa e valorização deste profissional, desvinculado de outras atuações profissionais. Pesquisador em direito não é operador jurídico, faz parte do sistema

-USP), que podem ser explicados pelos programas de graduação e pós-graduação com exigência de dedicação exclusiva do aluno, dos professores e por um forte investimento na formação de núcleos de pesquisa.

63 O argumento avança, indicando que o crescimento desse tipo de pesquisa no país ocorreu em razão da exaustão do positivismo jurídico, da reforma do ensino jurídico, do chamado das políticas públicas, da consolidação dado advento da democracia e da apropriação do direito por outros atores acadêmicos e sociais e da globalização (Sá e Silva, 2016, pp. 26-41). Acredita-se que essas circunstâncias representam situações pontuais do ensino jurídico da sociedade brasileira. Ademais, tal retrato não representa a verdadeira dimensão do atual estágio da pesquisa em direito produzida no país, qual seja, um estágio ainda marcado pela lógica dos pareceres, não propenso ao diálogo interdisciplinar, atrasado em relação às demais áreas das ciências humanas e, sobretudo, marcado pela confusão da pesquisa de cunho estratégico com a pesquisa científica. Por fim, é de se notar que o engajamento na pesquisa em direito no país ainda ocorre na maioria como contrapartidas de promoções ou de benefícios conquistados em carreiras públicas ou na iniciativa particular.

científico, trabalhando com outros programas e códigos. Sua tarefa principal é conhecer, refletir e criticar a prática, inclusive criando eventuais subsídios para o aprofundamento da dogmática pelo direito por juízes, advogados e juristas.

Ao mesmo tempo, é fundamental ampliar as experiências de sucesso para outras regiões do território, para além do eixo Sul e Sudeste, e propor um debate sobre a pesquisa dentro do novo marco regulatório do ensino jurídico. Há um enfrentamento posto para a transformação da pesquisa e do pesquisador em nosso país.





## 5 Referências

- Almeida, F. (2016). Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. *Lua Nova*, (97), pp. 213-250. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n97/0102-6445-ln-97-00213.pdf>
- Arantes, O.; Arantes, P. (1997). *Sentido da Formação: Três estudos sobre Antonio Candido*, Gilda de Mello e Souza e Lúcio Costa. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Aron, R. (1981). *Da condição histórica do sociólogo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- Beiguelman, P. (1967). *Formação política do Brasil*. São Paulo: Pioneira, 2v.
- Candido, A. (2000). *Formação da literatura brasileira: momentos decisivos*. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia.
- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. (2013). *Documento de área*. Direito. Disponível em: [https://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs\\_de\\_area/Direito\\_doc\\_area\\_e\\_comiss%C3%A3o\\_16out.pdf](https://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs_de_area/Direito_doc_area_e_comiss%C3%A3o_16out.pdf)
- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. (2016). *Documento de área*. Direito. Disponível em: [http://capes.gov.br/images/documentos/Documentos\\_de\\_area\\_2017/26\\_DIRE\\_docarea\\_2016.pdf](http://capes.gov.br/images/documentos/Documentos_de_area_2017/26_DIRE_docarea_2016.pdf)
- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. (2017a). *Relatório de avaliação Quadrienal 2017*. Antropologia/Arqueologia. (2013-2016). Disponível em: [http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-Antropologia-relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017-final.pdf](http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-Antropologia-relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017-final.pdf)
- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. (2017b). *Relatório de avaliação quadrienal 2017*. Ciência Política e Relações Internacionais. (2013-2016). Disponível em: [http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-cic3%AAnciapolitica-relatoriodeavalia%C3%A7%C3%A3o\\_quadrienal2017\\_final.pdf](http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-cic3%AAnciapolitica-relatoriodeavalia%C3%A7%C3%A3o_quadrienal2017_final.pdf)
- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. (2017c). *Relatório de avaliação quadrienal 2017*. Direito. (2013-2016). Disponível em: [https://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-Direito-relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017\\_final.pdf](https://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-Direito-relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017_final.pdf)
- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. (2017d). *Relatório de avaliação quadrienal 2017*. Economia. (2013-2016). Disponível em: [http://www.capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-Economia-relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017\\_final.pdf](http://www.capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-Economia-relatorio-de-avaliacao-quadrienal-2017_final.pdf)
- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. (2017e). *Relatório de avaliação quadrienal 2017*. Sociologia. (2013-2016). Disponível em: [http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios\\_quadrienal\\_2017/20122017-sociologia\\_rel%C3%B3riodeavalia%C3%A7%C3%A3o\\_quadrienal2017\\_final.pdf](http://capes.gov.br/images/documentos/Relatorios_quadrienal_2017/20122017-sociologia_rel%C3%B3riodeavalia%C3%A7%C3%A3o_quadrienal2017_final.pdf)
- Duarte, T. F. (2011). *A experiência do CEPED*. Dissertação de Mestrado. FGV Direito SP.
- Esquirol, J. L. (2008). The failed law of Latin America. In *The American Journal of Comparative Law*, 56(1), p. 75-124.
- Fragale Filho, R.; Veronese, A. (2004). *A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas*. Revista Brasileira de Pós-Graduação, 1(2), p. 53-70.
- Furtado, C. (2007). *Formação econômica do Brasil*. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 351 p.
- Gameiro, I. P.; Guimarães Filho, G. (2018). O mapa da pós-graduação em Direito no Brasil: uma análise a partir do método da Social Network Analysis. *Revista Direito GV*, 14(3), p. 891-920. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/73332/70471>
- Ghirardi, J. G. (2012). *O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico*. São Paulo : Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10303/O%20instante%20do%20encontro.pdf?sequence=1>
- Ghirardi, J. G.; Feferbaum, M.; Cunha, L. G. (coords.); Pretzel, B. R.; Klafke, G. F.; Chavenco, M.; Ninomiya, F. I. (2013). *Relatório do Observatório do Ensino do Direito 1(1)*. São Paulo: FGV Direito – Núcleo de Metodologia de Ensino. Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_oed\\_out\\_2013quem\\_e\\_o\\_professor\\_de\\_direito\\_no\\_brasil.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_oed_out_2013quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf)
- Ghirardi, J. G.; Feferbaum, M.; Faria, A. A. (coords.); Pretzel, B. R.; Klafke, G. F.; Chavenco, M.; Ninomiya, F. I.; Alves, C.S.; Corrêa, L. A.; Couto, M. C. G.;

- Santos, R. A. (2015). *O financiamento estudantil federal nos cursos jurídicos brasileiros*: Relatório do Observatório do Ensino do Direito 2(2). São Paulo: FGV Direito – Núcleo de Metodologia de Ensino. Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_observatorio\\_do\\_ensino\\_do\\_direito\\_-\\_vol\\_\\_2\\_n\\_\\_2.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_observatorio_do_ensino_do_direito_-_vol__2_n__2.pdf)
- Hart, H. L. A. (2011). *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Horta, R. L. e; Almeida, V. R. de; Chilvarquer, M. (2014). Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do projeto pensando o direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1 (2), 162-183.
- Lima, R. K.; Baptista, B. L. (2014). Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, 39, pp. 9-37.
- Luhmann, N. (1997). Conhecimento como construção. In: C. E. B. Neves; E. V. B. Samios (Org.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas* (pp. 94-96). Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institute/ICBA.
- Luhmann, N. (1995). *Social Systems*. 1. ed. Stanford, California: Stanford University Press.
- Macedo Junior, R. P. (2014). *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. 2 ed. São Paulo: Saraiva.
- Neiva, P.; Izumi, M. (2014). Perfil profissional e distribuição regional dos senadores brasileiros em dois séculos de história. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 29(84), pp. 165-188. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v29n84/10.pdf>
- Neves, C. E. B.; Samios, E. M. B. (1997). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institute/ICBA.
- Neves, M. (2005). Pesquisa Interdisciplinar no Brasil: O Paradoxo da Interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 1, p. 207-214.
- Nobre, M. (2004). Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, no. 1, São Paulo: Publicações EDESP/FGV.
- Nobre, M.; Rego, J. M. (1999). A Filosofia da USP sob a ditadura militar. *Novos estudos CEBRAP*, 53, pp. 137-150.
- Prado Junior, C. (1994). *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 390 p.
- Rodriguez, J. R. (2013). *Como decidem as cortes?* Para uma análise crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV.
- Sá e Silva, F. (2016). Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 3, p. 24-53.
- Sanchez, R. C. F.; Soares, F. H. M. (2014). *Construção da Identidade Docente do Professor de Direito*. São Paulo: Letras Jurídicas.
- Shapiro, S. J. (2006). What is the Internal Point of View?. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1336.
- Struchiner, N. (2011). Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: R. P. Macedo Jr.; C. Barbieri. (Org.). *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições* (pp. 119-152). 1ed. São Paulo: Saraiva.
- Trubek, D. (2011). Reforming Legal Education in Brazil: From the Ceped Experiment to the Law Schools at the Getulio Vargas Foundation. *Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n. 1180.
- Unger, R. M. (2006). Uma nova faculdade de direito no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 243, p. 113-131. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42553/41316>
- Velloso, J. (2004). Mestres e doutores no país: destinos profissionais e políticas de pós-graduação. *Cadernos de Pesquisa*, 34(123), p. 583-611. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v34n123/a05v34123.pdf>
- Voirol, O. (2012). Teoria crítica e pesquisa social: da dialética à reconstrução. *Novos Estudos Cebrap*, n.93, p. 81-99.
- Waizbort, L. (2015). Formação, especialização, diplomação: da universidade à instituição de ensino superior. *Tempo Social*, 27(2), p. 45-74. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/108176/106488>. Acessado em: 04 de maio de 2016.
- Xavier, J. R. (2015). Algumas notas teóricas sobre a pesquisa empírica em direito. *FGV Direito SP Research Paper Series*, n. 122.

Data de submissão/*Submission date*: 02.11.2016.

Data de aceitação para publicação/*Acceptance date*: 18.12.2017.

# **VIOLÊNCIA DE GÊNERO E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: usos e percepções sobre gênero segundo o discurso dos desembargadores e das desembargadoras e reflexos na aplicação da Lei Maria da Penha // *Vanessa Ramos da Silva*<sup>1</sup> e *Paula Pinhal de Carlos*<sup>2</sup>**

## **Palavras-chave**

gênero / violência de gênero / lei Maria da Penha / acórdãos do TJRS

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

## **Sumário**

- 1 Introdução**
- 2 Lei Maria da Penha**
- 3 Gênero e Violência de Gênero**
- 4 Análise dos acórdãos do TJRS**
- 5 Considerações finais**
- 6 Referências**

## **Resumo**

A Lei Maria da Penha foi criada para tutelar os direitos das mulheres em situação de violência e, para a sua aplicação, é necessário que estejam presentes alguns requisitos, tendo em vista que nem toda violência que ocorre é baseada no gênero. Contudo, na hora da aplicação da lei e verificação da presença desses requisitos, as percepções sobre gênero de magistrados e magistradas por vezes geram o declínio de competência em casos que poderiam ser abarcados pela Lei Maria da Penha e julgados pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Por meio de uma análise dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), verificou-se que a compreensão acerca do conceito de gênero prejudica o processamento de casos objeto dessa lei, excluindo algumas mulheres do seu âmbito de aplicação. Este artigo, portanto, busca entender quais são as percepções sobre gênero presentes nos acórdãos do TJRS e suas implicações jurídicas.

1 Graduada em Direito pela Uniritter Laureate International Universities. Mestranda em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos Direitos e Poder Judiciário.

2 Professora permanente do Mestrado em Direito e da graduação em Direito da Universidade La Salle. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais e mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutora em Ciências Humanas (área de concentração Estudos de Gênero) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Líder do grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos direitos e Poder Judiciário.

# **GENDER-BASED VIOLENCE AND THE COURT OF JUSTICE OF RIO GRANDE DO SUL: what is gender according to judges' speech and its repercussions on the enforcement of Maria da Penha Law // *Vanessa***

*Ramos da Silva e Paula Pinhal de Carlos*

## **Keywords**

gender / gender-based violence / Maria da Penha Law / TJRS' Rulings

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

## **Abstract**

The Maria da Penha Law was created to protect the rights of women in situation of violence and its application depends on some requirements, given that not all violence is based on gender. However, in the moment to enforce the law and verify the requirements, judges' perceptions about gender – and the usage of the word as well – makes them, occasionally, decline cases that should be framed by Maria da Penha Law and judged by a Domestic Violence Court. Through an analysis of rulings pronounced by the Court of Appeals of the State of Rio Grande do Sul, was possible to verify that the concept of the word gender harms the processing of cases that should be framed by the specific law, excluding some women of the scope of the law. Therefore, this article attempted to understand the perceptions about gender in the rulings of the Court of Appeals of the State of Rio Grande do Sul and their legal implications.

## 1 Introdução

No dia 22 setembro de 2006 entrou em vigor a Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, com o intuito de prevenir, punir e erradicar a violência em razão do gênero no Brasil. A lei, entre outras diretrizes, determinou a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para os julgamentos dos processos envolvendo violência de gênero e suas formas (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) e, em seu artigo 5º, estabeleceu os requisitos para a sua aplicação, norteadores na hora de processar e julgar os casos. Nesse dispositivo, estabeleceu que “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher *qualquer ação ou omissão baseada no gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (grifo nosso).<sup>3</sup>

A partir do artigo 5º, retira-se o principal requisito que atrai a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: a violência baseada no gênero. No entanto, o que se entende por gênero no Poder Judiciário gaúcho? O que é violência de gênero, segundo as decisões proferidas pelos magistrados e magistradas? As percepções sobre gênero do TJRS guardam relação com os conceitos de gênero advindos das Ciências Humanas e Sociais?

Para responder a esses questionamentos, neste artigo serão analisadas as decisões do TJRS no que se refere aos casos de violência de gênero. A partir dessa verificação, busca-se compreender como o tema é tratado e julgado pelos magistrados e pelas magistradas quanto aos requisitos para a aplicação da Lei Maria da Penha e os casos por ela abarcados no Judiciário, com base no conceito de gênero usado por esse Poder, em comparação com o conceito de gênero das Ciências Humanas e Sociais, avaliando então se há ou não consonância entre eles.

## 2 Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006, popularmente chamada de Lei Maria da Penha, tem este nome em razão da brasilei-

ra Maria da Penha Maia Fernandes, uma cearense vítima de violência de gênero que sofreu duas tentativas de homicídio perpetradas pelo ex-marido na década de 1980, tendo restado paraplégica após uma delas. Ela é fruto do esforço coletivo de várias Organizações Não Governamentais (ONGs) e instituições, denominado Consórcio de ONGs, formado pelas ONGs Advocacy, Agende, Themis, Cladem/Ipê, CEPIA e Cfemea, que elaborou o anteprojeto da Lei Maria da Penha, e teve os movimentos feministas brasileiros como grandes impulsionadores.

O processo de criação dessa lei foi longo e não se iniciou apenas com Maria da Penha. Já na década de 1970, diante da ocorrência massiva de casos de violência e morte de mulheres em que os agressores alegavam que mataram por amor e em defesa da honra, as mulheres foram às ruas com o slogan “quem ama não mata”, antecipando a preocupação com a violência conjugal (Calazans & Cortes, 2011, p. 39). Em 1985, também fruto da mobilização política dos movimentos feministas no Brasil, foi criada em São Paulo a primeira Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher, através do Decreto nº 23.769, momento importante e significativo no sentido de criar políticas públicas para erradicar a violência contra a mulher, tendo em vista que se criou um espaço para o acolhimento das vítimas dentro do ambiente policial.

No decorrer das décadas de 1980 e 1990, os movimentos feministas continuaram suas mobilizações e ocorreu a criação de várias ONGs feministas. Com isso, as reivindicações passaram a tomar mais espaço, realizando-se conquistas no âmbito legislativo, ainda que fossem apenas com alterações das leis penais. Dentre essas alterações, está a Lei nº 7.209/1984, que modificou o artigo 61 do Código Penal, colocando como agravante da pena o fato de o crime ser praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Após, em 1994, a Lei nº 8.930 tornou hediondos os crimes de estupro e atentado violento ao pudor e, em 1996, a Lei nº 9.318 tornou agravante de pena o fato do crime ser cometido contra criança, idoso, enfermo ou mulher grávida. Por fim, em 2001, tivemos a Lei nº 10.224, que criminalizou o assédio sexual.

Contudo, esses avanços ainda não ofereciam uma tutela específica direcionada à violência de gênero, o

3 Ver: BRASIL. Lei 11.340, de sete de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em 30 abr. 2016.

que acabava por tornar a resposta do Estado lenta e ineficiente diante desses casos, em que muitas vezes a integridade física da vítima está em constante risco (a própria Maria da Penha foi exemplo disso). Em 1983, enquanto dormia, a cearense levou um tiro de seu ex-cônjuge, e acabou ficando paraplégica. Pouco tempo depois, sofreu nova tentativa de homicídio por parte do seu ex-marido, que tentou eletrocutá-la. Embora negasse a autoria dos fatos, as provas que foram obtidas no Inquérito Policial revelavam indícios de autoria e materialidade delitiva, tendo sido oferecida denúncia pelo Ministério Público em 1984 (Porto, 2007, p. 9).

No ano de 1991, o agressor foi levado a júri e condenado a cumprir pena de oito anos de reclusão. Recorreu à sentença em liberdade, suscitando nulidade em relação à elaboração dos quesitos, tendo o recurso sido acolhido e o julgamento anulado. Em 1996 foi submetido a novo julgamento, e novamente condenado, desta vez a 10 anos e seis meses de prisão, tendo sido preso apenas em 2002 e solto dois anos depois, estando atualmente em liberdade (Cunha & Pinto, 2007, p.12).

Em razão dessa demora na persecução e punição do crime, tendo em vista que o agressor somente foi preso quase 20 anos depois do último episódio de agressão, e solto após cumprir dois anos de prisão, houve uma grande repercussão do caso. Com a participação do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM), foi oferecida denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base nos artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará ou CVM).<sup>4</sup> A denúncia alegava a tolerância do Brasil em relação à violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros contra Maria da Penha Maia Fernandes, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Tal tolerância do Estado seria evidenciada

4 Informações retiradas do próprio Relatório nº 54/01, caso 12.051, em agosto de 2001. Recuperado de [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf)

pelo fato de não ter tomado as medidas necessárias para processar e punir o agressor durante mais de 15 anos, mesmo com as denúncias prestadas. No relatório, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou o cumprimento de algumas recomendações pelo Brasil, no sentido de evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório no que diz respeito aos casos de violência doméstica no Brasil, adotando medidas para investigar, processar e punir os agressores e reduzir a violência.

No ano de 2002, o Consórcio de ONGs feministas se reuniu para então criar o anteprojeto de lei para combater a violência contra a mulher, para depois apresentá-lo à Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres da Presidência da República (SPM), em 2004. Após vários debates e seminários pelo país, a SPM encaminhou o Projeto de Lei nº 4.549/2004 à Câmara dos Deputados, tendo ele sido posteriormente transformado na Lei nº 11.340/2006.

A atuação da SPM, juntamente com os movimentos de mulheres, foi determinante na aprovação do Projeto de Lei nº 4.549/2004. Todo o processo de criação da Lei Maria da Penha e os resultados alcançados demonstram uma articulação estreita entre o governo federal e os movimentos feministas (Santos, 2008, p. 27). “A luta pelo direito a uma vida sem violência, que possibilitou a aprovação da Lei Maria da Penha, em 2006, é um caso exemplar de exercício de uma cidadania ativa expressa no discurso e na atuação das feministas no espaço público” (Barsted, 2011, p. 15). Nesse sentido, Barsted destaca o papel dos movimentos feministas para a criação da Lei nº 11.340/2006:

*Consideramos importante, dessa forma, destacar a atuação do feminismo brasileiro como ator político no cenário nacional e sua capacidade de impulsionar políticas públicas voltadas para a efetivação da cidadania das mulheres, especialmente no que se refere ao enfrentamento da violência. Faz-se necessário, também, contextualizar o processo de advocacy feminista na propositura da Lei Maria da Penha, que foi precedido por avanços na legislação brasileira e na legislação internacional. (Barsted, 2011, p. 15).*

Esse dispositivo legal também realizou uma ruptu-



ra com o modelo dos Juizados Especiais Criminais, previstos na Lei nº 9.099/1995, que eram os competentes para julgar grande parte dos casos de violência de gênero, já que abarcava os delitos de ameaça e lesão corporal leve. A Lei Maria da Penha coloca, de forma mais clara do que a legislação anterior, o reconhecimento da violência de gênero como um problema público, apresentando-se também, como uma reação ao “equivoco da banalização da cesta básica” (Celmer; Azevedo, 2007, p. 17).<sup>5</sup> Trata-se de uma norma que objetiva frear a impunidade da violência doméstica, enfatizando que as ocorrências dentro de casa interessam ao Estado e rompendo com a lógica da preservação da família acima de tudo (Dias, 2006).

A Lei Maria da Penha trouxe às mulheres uma nova possibilidade de um espaço para romper o ciclo da violência,<sup>6</sup> na tentativa de devolver às vítimas a autonomia sobre suas vidas. Contudo, mesmo sendo um grande avanço legislativo no que se refere à violência de gênero, ainda é necessário que as instituições se ajustem para o enfrentamento desse tipo de violência

5 Celmer e Azevedo (2007) tratam das divergências quanto ao julgamento da violência de gênero pelos Juizados Especiais Criminais. Os autores afirmam que, para alguns, a Lei nº 9.099/1995 deu visibilidade à violência de gênero, permitindo que chegasse ao âmbito judicial, enquanto que, para outros, as contribuições são poucas devido à impunidade pela banalização da pena de cesta básica e o grande número de renúncia das vítimas, gerando o arquivamento dos processos. Para eles, mais adequado seria o desenvolvimento de mecanismos alternativos para a administração de conflitos, ao invés da tutela penal. O problema estaria, portanto, nos erros de aplicação da Lei nº 9.099/1995, e não na legislação em si. Semelhante constatação fazem Amorim *et al.* (2002, p. 70), ao analisarem os Juizados Especiais Criminais, ainda que não tratando especificamente da violência de gênero, quando compreendem que os Juizados Especiais Criminais permitem “uma aproximação entre o sistema jurídico e a sociedade, produzindo formas novas de juridificação das relações sociais e abrindo novas oportunidades de atuação da sociedade sobre dimensões sensíveis da cultura da violência, dando respostas curativas mais do que saneadoras, mas nem por isso menos importantes”.

6 “Esse ciclo caracteriza-se por três momentos marcantes: a fase de tensão, caracterizada por insultos, humilhações e provocações mútuas; o episódio agudo de violência, marcado pelos diferentes tipos de agressões; e a fase de lua-de-mel, onde o casal realiza promessas mútuas, ocorre uma idealização do parceiro e a negação da vivência da violência”. (Porto, 2004, p. 67). Não existe algo determinante que explique as razões exatas que podem levar as mulheres a uma situação de violência ou permanecerem nessa situação por um período longo, sem conseguir romper este ciclo, contudo, os fatores culturais, emocionais e financeiros podem contribuir para a perpetuação desse ciclo. (Lazzari, 2014, p. 80).

ea aplicação da lei pelo Poder Judiciário. Para pensar tal fato, torna-se de grande relevância compreender as percepções do conceito de gênero, previsto nesse dispositivo legal de maneira inovadora, verificando, inclusive, a consonância ou não com os conceitos de gênero advindos das Ciências Humanas e Sociais.

### 3 Gênero e violência de gênero

Para que se torne possível entender a função e a razão de ser da Lei Maria da Penha, e entender o que é violência de gênero, faz-se necessária a compreensão acerca dos conceitos de gênero, que são oriundos e trabalhados nas Ciências Humanas e Sociais. Ressalta-se que não há um conceito unívoco e que buscamos aqui trazer alguns apontamentos acerca dessa discussão, de forma a permitir uma comparação e compreensão das percepções acerca do gênero efetuadas pelo TJRS em suas decisões na aplicação da Lei Maria da Penha.

Segundo Stolcke (2004, p. 77), desde os anos 1950 sexólogos e psicólogos americanos já haviam introduzido a palavra gênero, com a intenção de distinguir o sexo biológico do gênero social. Em 1970, com os movimentos feministas, essa terminologia era utilizada para enfatizar que a desigualdade e a opressão sofrida pelas mulheres em relação aos homens não depende das diferenças do sexo biológico, sendo as relações de gênero um fenômeno sociocultural.

Essa distinção entre sexo e gênero surgiu inicialmente para questionar a afirmação de que a biologia é o destino do sujeito. Significa afirmar que o gênero é culturalmente construído, e não é um resultado do sexo, desconstruindo o imaginário de que o gênero é necessariamente um reflexo do sexo, ou restringido por ele (Butler, 2003, p. 24). Esse uso da terminologia gênero serve, então, para enfatizar todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, pois é constituído sobre corpos sexuados, mas não é diretamente determinado por ele, e nem determina diretamente a sexualidade, refutando o determinismo biológico no uso de termos como “sexo” e “diferença sexual” (Scott, 1995, p. 72).

Para Scott (1995, pp. 86-87), o gênero implica quatro elementos que são inter-relacionados: os símbolos

culturalmente disponíveis que evocam representações simbólicas, os conceitos normativos que são interpretações dos significados dos símbolos, a noção de política e a referência às instituições e à organização social, e a identidade subjetiva.

*Além disso, o termo “gênero” também é utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo “gênero” torna-se uma forma de indicar “construções culturais” - a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. (Scott, 1995, p. 75)*

De acordo com Segato (1998), os gêneros possuem conexão com relações de poder que estruturam a sociedade de forma hierarquizada. No entanto, homens e mulheres podem circular nas posições hierárquicas pressupostas pela estrutura social. Logo, os lugares não são marcados pelo sexo, podendo ser assumidos tanto por homens, como por mulheres. Dois exemplos dados pela autora dizem respeito às instituições totais, como cárceres e conventos. Nestas, masculino e feminino apresentam-se como posições relativas, reencarnadas apenas por homens ou por mulheres. Essa circulação nas posições hierárquicas também permite identificar a violência de gênero como manifestação que pode ter mulheres como agressoras e homens como vítimas, mulheres como agressoras e vítimas e homens como agressores e vítimas.

A ideia de que os homens e as mulheres devem adotar um determinado tipo de comportamento a partir da construção social do masculino e feminino, atribuem determinados papéis e funções sociais para cada um, construindo relações de desigualdade. A forma com que essas desigualdades são valorizadas ou representadas é que vai constituir o que é feminino ou masculino em uma sociedade e em uma determinada época (Louro, 2004, p. 21). Além disso, segundo Scott (1995, p. 88) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder, sendo um campo primário em que o poder é articulado,

possibilitando a significação do poder. Dentro desse contexto, a transgressão dos parâmetros masculinos e femininos de conduta que foram incorporados ao longo da história social por homens e mulheres, reforçados pelo patriarcado<sup>7</sup> e preservados através da divisão de papéis e da organização de tarefas, estrutura uma legitimação da violência contra a mulher (Diniz & Alves, 2014, p. 162).

Essa violência, designada pela expressão violência de gênero, é descrita como a violência contra a pessoa por causa do gênero que ela possui, ou seja, a vítima é agredida por ser mulher ou homem, por exemplo. Dessa forma, conclui-se que a violência de gênero não está adstrita à violência ocorrida exclusivamente em relação conjugal, bem como não está ligada à violência perpetuada unicamente por homens contra mulheres, não se restringindo às características biológicas do agressor e da vítima, mas sim dizendo respeito às construções sociais que resultam em desigualdades, perpetuando a dominação<sup>8</sup> de gênero, dentro de um determinado contexto social e período histórico.

Acerca da violência de gênero, Grossi (1998) identifica dois grandes paradigmas teóricos: o da concepção da violência como algo derivado do patriarcado e o da concepção da violência como relacional e, portanto, parte das relações afetivas e conjugais. A compreensão da violência de gênero a partir das teorias do patriarcado ressalta que a violência é um instrumento de dominação dos homens sobre as mulheres, enquanto que a compreensão da violência de gênero como algo relacional critica a compreensão da

7 Segundo Saffioti, o patriarcado não se trata de uma relação privada, mas civil, que dá aos homens direitos sexuais sobre as mulheres quase que irrestritamente, configurando um tipo hierárquico de relação, que invade todos os espaços da sociedade, representando uma estrutura de poder baseada tanto na ideologia quanto na violência. (Saffioti, 2011, p. 57).

8 Segundo Bordieu, a dominação masculina é uma forma particular de violência simbólica, que se mascara nas relações, naturalizada e entendida como legítima, em que uma relação desigual de poder comporta a aceitação do dominado, não necessariamente consciente, mas advinda de uma submissão pré-reflexiva. “A força particular da sociodicéia masculina lhe vem do fato de ela acumular e condensar duas operações: ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada” (Bordieu, 2010, p. 33).

violência apenas a partir do polo ativo (masculino), afirmando que o estudo desse fenômeno deve levar em consideração a co-participação das mulheres. Além disso, essa última corrente permite a inserção de casos de violência não restritos à heterossexualidade, bem como a ideia de que as mulheres também podem ser autoras de violência de gênero, seja em relações afetivo-sexuais com outras mulheres, seja em outros tipos de conflitos familiares e domésticos.

A primeira corrente tem como uma de suas grandes expoentes Saffioti (1994), para quem a violência de gênero é fruto da dominação masculina. A autora caracteriza a violência de gênero como uma forma de controle social que serve para domesticar as mulheres e que é legitimada socialmente. Ela diverge da teoria relacional, uma vez que entende que dominantes e dominados não possuem o mesmo nível de consciência. Logo, as mulheres não poderiam ser co-partícipes da violência, uma vez que elas não possuíam, na sua condição de dominadas, o conhecimento para consentir. Elas apenas cederiam diante de ameaças e violências efetivas. A violência teria, por fim, relação, assim como o gênero, com estruturas de poder, sendo as mulheres o polo menos valorizado da relação. Por conta disso, a violência de gênero traria muito mais malefícios para as mulheres do que para os homens.

De acordo com Saffioti (2004), as mulheres são concebidas como vítimas de violência. No entanto, não deixam de ser definidas como sujeitos. O que ocorre é que as mulheres estão em uma relação de poder desigual, na qual os homens estão colocados de forma hierarquicamente superior. Há, de acordo com a própria denominação da corrente, uma vinculação com o patriarcado, que não seria apenas um sistema de dominação, mas também, conforme a autora, (Saffioti, 1987), de exploração, vinculado também ao capitalismo e ao racismo. Por conta disso, o principal beneficiário desse sistema seria o homem rico, branco e adulto, socializado para dominar a mulher. Esta seria socializada para se submeter aos desejos dos homens.

Já a segunda corrente tem como uma de suas grandes expoentes Gregori (1993) que, em sua obra “Cenas e queixas”, analisou diversos relatos e fez importantes colocações acerca do tema, verificando que a

violência pode consistir em uma forma de comunicação entre o casal. Ao negar a dualidade vítima e agressor, Gregori (1993, p. 183) afirma que as agressões são como um “ato de comunicação, que se perfaz, num primeiro momento, como uma relação de parceria e que enseja a criação de novos jogos de relacionamento, em que não existe propriamente acordo, entendimento ou negociação de decisões”, e, dentro desse jogo, a agressão é utilizada para produzir vitimização ou culpabilização, reforçar os comportamentos padrão para o homem e a mulher, e a violência acaba criando rituais dentro do relacionamento, que se repetem o tempo todo, tornando as agressões um tipo de rotina entre o casal. Dentro desse contexto, tanto os homens quanto as mulheres provocam e mantêm essas situações, motivo pelo qual não seria correto afirmar categoricamente que a mulher ocupa sempre uma posição de passividade quanto ao relacionamento e o homem a posição ativa e dominadora através da agressão, pois ambos fazem parte e contribuem com essa dinâmica. (Gregori, 1993).

Contudo, Gregori expõe que, ao afirmar o papel ativo das mulheres nesses cenários, não justifica a agressão ou culpabiliza as vítimas de alguma forma, mas apenas demonstra que dentro do jogo dos relacionamentos, em que os atores brigam pela última palavra, quando há a agressão a mulher se coloca na posição de vítima e assim recebe amparo de alguma forma, seja do Estado, do profissional da saúde que irá lhe atender, de algum familiar ou amigo, e com ela ficará o poder de fazer ou não o registro de ocorrência, de perdoar ou não a agressão, colocando suas mãos, portanto, o poder de decisão. Existe, logo, certa ambiguidade dentro do contexto da agressão. Paradoxalmente, a mulher acaba ficando prisioneira dentro desse jogo que se repete reiteradamente ao contribuir para criar para si a condição de vítima, condição necessária para que receba proteção e amparo, e “este é o ‘buraco-negro’ da violência contra a mulher: são situações em que a mulher se produz – não apenas é produzida – como não-sujeito”. (Gregori, 1993, p. 184).

Assim, a violência de gênero deve ser entendida como o fenômeno complexo que é e com suas diversas singularidades, motivo pelo qual se demonstra necessário o estudo do conceito de gênero e da vio-

Figura 1. Filtros utilizados através da captura de tela, com os critérios utilizados no site do TJRS.

The screenshot shows the search interface of the Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). At the top, there is a navigation menu with tabs for 'Site', 'Diário da Justiça Eletrônico', 'Publicações Administrativas', 'Legislação', 'Jurisprudência', and 'Consulta Processual'. The 'Jurisprudência' tab is active. Below the navigation, there is a search bar containing the text 'violência doméstica' and a 'BUSCAR' button. To the right of the search bar are links for 'ajuda' and 'instruções importantes'. Below the search bar, there are radio buttons for 'Inteiro Teor' and 'Ementa', with 'Ementa' selected. A section titled 'Filtrar resultados por:' includes a link for 'Limpar filtros'. The filter section contains several dropdown menus and input fields: 'Tribunal' (Todos), 'Órgão Julgador' (Todos), 'Relator/Redator' (Todos), 'Tipo de Processo' (Todos), 'Classe CNJ' (Todos), 'Assunto CNJ' (Todos), 'Referência Legislativa', 'Jurisprudência', 'Comarca de Origem', and 'Assunto'. There are also date pickers for 'Data de Julgamento' (22/10/2006 to 30/04/2016) and 'Data de Publicação'. Below these are checkboxes for 'Seção' (Cível, Crime) and 'Tipo de Decisão' (Acórdão, Monocrática, Admissibilidade). At the bottom, there are search options: 'com a expressão' (gênero), 'com qualquer uma das palavras' (maria da pena), and 'sem as palavras'. A 'Procurar resultados' button is also present. At the very bottom, there are 'BUSCAR' and 'LIMPAR' buttons.

lência de gênero, para que se possa lidar com esses casos, principalmente quando chegam ao Judiciário, momento em que o magistrado ou a magistrada, no caso do processo judicial, irá interferir nessa dinâmica. Sendo o Direito fruto de demandas da sociedade, é preciso que os operadores e as operadoras do Direito também se ajustem a essas frequentes demandas sobre violência de gênero, que são realidade em nossa sociedade e que recebem uma nova resposta estatal a partir da promulgação da Lei Maria da Pena.

#### 4 Análise dos acórdãos do TJRS

O TJRS foi escolhido tendo em vista alguns fatores. Em primeiro lugar, a inserção deste trabalho no projeto de pesquisa da autora Paula Pinhal de Carlos, que busca analisar decisões deste Tribunal sobre violência de gênero, aborto, casamento entre pessoas do mesmo sexo e adoção por homossexuais. Em segundo lugar, porque a autora Vanessa Ramos da

Silva realiza pesquisa para o trabalho de conclusão de curso em Direito sobre a Rede de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência de um dos municípios deste Estado. Por conta desses fatores, além da proximidade geográfica, o Rio Grande do Sul foi o Estado escolhido.

Foi realizada pesquisa de jurisprudência no site do TJRS ([www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)), utilizando o modo de pesquisa avançada, com o termo “violência doméstica”, tendo em vista ser este o termo utilizado pela lei, fazendo uso dos filtros qualquer uma das palavras “maria da pena” e com a expressão “gênero”. Essa pesquisa foi refinada para buscar acórdãos a partir do dia 22 de setembro de 2006 (tendo em vista a vigência da Lei nº 11.340/2006), tendo como resultado 292 acórdãos até 30 de abril de 2016. Na Figura 1, para melhor ilustrar a pesquisa, é possível identificar os filtros utilizados através da captura de tela, com os critérios utilizados no site do TJRS.

Dos 292 acórdãos obtidos como resultado da pesquisa verifica-se que a maioria versa sobre conflitos de jurisdição (163 acórdãos), seguidos pelas apelações (62 acórdãos) e recursos em sentido estrito (38 acórdãos). Para a análise, foram utilizadas as 163 decisões que versavam sobre conflito de jurisdição, como forma de recorte, excluindo-se as demais decisões (agravo regimental, apelação, correição parcial, embargos com efeito infringente, *habeas corpus*, mandado de segurança e recurso em sentido estrito). Das 163 decisões, a maioria é oriunda das Comarcas de Porto Alegre (90 decisões) e Santa Maria (34 decisões), tendo a maioria sido julgada pela Primeira (44 decisões) e Terceira Câmaras Criminais (46 decisões). O ano em que mais foram analisados conflitos de competência foi o ano de 2015 (62 decisões), não tendo sido encontrado nenhum resultado de decisões envolvendo conflito de jurisdição quanto à Lei Maria da Penha nos anos de 2006 e 2007.

Os delitos que mais aparecem nos julgados são classificados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>9</sup> pelo assunto “decorrente de violência doméstica” (49 decisões), “ameaça” (35 decisões) e “lesão corporal leve” (38 decisões). As ameaças e lesões são também decorrentes de violência doméstica. Essas três categorias do CNJ englobam crimes envolvendo violência no âmbito doméstico. Na categoria “decorrente de violência doméstica” estão englobados outros delitos e contravenções penais, como vias de fato, dano, violação de domicílio, dentre outras.

Os conflitos de jurisdição foram escolhidos justamente porque é neles que é discutida a competência para o julgamento: se é da Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou de uma Vara Criminal comum. Logo, é nessas decisões que será analisada se a violência cometida está abarcada pela Lei Maria da Penha. A partir da verificação dos conflitos de competência, portanto, foi possível comparar as condições de aplicação presentes nos acórdãos com os requisitos que se encontram na lei, em especial o da “violência baseada no gênero”, verificando quais as percepções sobre gênero do Poder Judiciário gaúcho.

Em todos os acórdãos analisados, o conflito de competência é negativo. O conflito de competência ocorre quando mais de um juiz se julga competente ou incompetente para julgar um determinado processo, podendo ser negativo ou positivo. O conflito é negativo quando o juiz declina sua competência para julgar a causa, remetendo os autos ao Juízo que seria o competente, e esse último também não reconhece competência para julgar a causa. O conflito positivo, por sua vez, ocorre quando mais de um Juiz se considera competente para julgar um processo, conforme se verifica no artigo 66, do Código de Processo Civil de 2015:

*Há conflito de competência quando: I - 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes; II - 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência; III - entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos. Parágrafo único. O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo.<sup>10</sup>*

Depois de coletar os dados, foi utilizado o método qualitativo de análise de conteúdo, no sentido de identificar o conteúdo da comunicação nas decisões. Segundo Bardin, (1977, p. 46), o objetivo da análise de conteúdo é a verificação do conteúdo e a expressão desse conteúdo (das mensagens). O objetivo não é o de se fixar apenas nas palavras, mas em seu sentido, tomando em consideração as significações, as formas e distribuições desses conteúdos, procurando conhecer aquilo que está por detrás das palavras.

Essa análise foi feita nas etapas sugeridas por Bardin (1977, pp. 95-100). A primeira fase, de pré-análise, utilizada para sistematizar as ideias iniciais e estabelecer indicadores para a interpretação das informações coletadas dos acórdãos, foi realizada através da leitura flutuante dos documentos (acórdãos), passando então à escolha dos documentos e definição do que seria utilizado, para depois partir para a formulação de objetivos a partir desta leitura inicial, com a elaboração dos indicadores a serem utilizados. Em seguida, dá-se início à segunda fase, de exploração do material coletado, definida por Bardin (1977, pp. 101-102)

9 Sobre a classificação por assuntos no CNJ, ver: [http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta\\_publica\\_assuntos.php](http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_assuntos.php)

10 Ver [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).



como a transformação, por meio de recortes, e a definição de regras de contagem, classificação e agregação das informações extraídas dos documentos, que se ligará à terceira fase, que corresponde ao tratamento dos resultados, realizada através da interpretação e síntese dos resultados, dando sentido, então, aos dados coletados, para aplicá-los a presente pesquisa.

Para a análise, foram criadas três categorias, nas quais foram distribuídos trechos das leituras dos acórdãos, sendo elas: quanto ao conceito de gênero e sua ausência ou presença, quanto à hipossuficiência e vulnerabilidade e seu uso como requisito para a aplicação da lei e quanto à relação existente entre a parte autora e a parte ré. Além das categorias, também foram retiradas dos acórdãos informações sobre o processo: o número do processo, a sua Comarca de origem, o tipo de conflito suscitado (negativo ou positivo), a Câmara julgadora e o relator ou a relatora do acórdão. Cada decisão, assim, resultou em um quadro elaborado da seguinte forma:

Quadro 1: categorização dos dados

|   |                          |          |
|---|--------------------------|----------|
| Número do processo:                         | Tipo de conflito:        |          |
| Comarca de origem:                          | Relator:                 |          |
| Câmara:                                     |                          |          |
| Categorias:                                 |                          | Trechos: |
| Conceito de gênero:                         |                          |          |
| Apresenta o conceito                        | Não apresenta o conceito |          |
| Hipossuficiência e vulnerabilidade:         |                          |          |
| Exige como requisito                        | Não exige como requisito |          |
| Relação entre autor(a) e ré(u):             |                          |          |
| Outras informações consideradas relevantes: |                          |          |

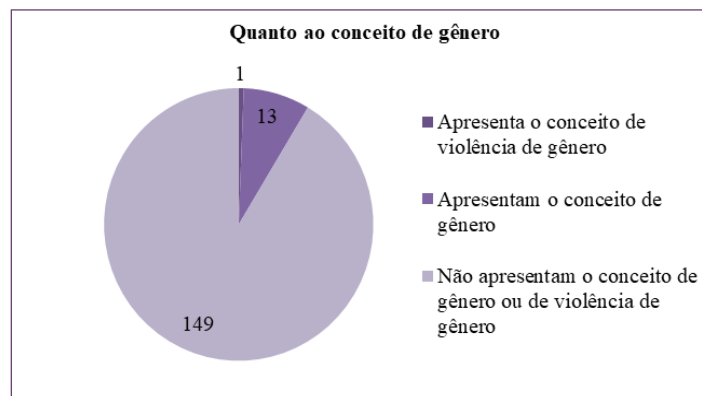
Fonte: elaborado pelas autoras.

Ainda, após a categorização dos dados e com a leitura e interpretação dos documentos, foi realizada uma análise quanto à quantidade de decisões, dentre as 163 analisadas, que se encaixavam em cada uma das categorias, o que foi ilustrado através de gráficos apresentados neste artigo, com a finalidade de demons-

trar também através de números o que foi encontrado a partir da análise dos conflitos de jurisdição. Os dados foram divididos em quatro gráficos, relacionados às três categorias, ou seja, à ausência ou presença do conceito de gênero, e a utilização da hipossuficiência e vulnerabilidade como requisito para a aplicação da lei, e a relação entre vítima e réu, que foram as categorias que melhor demonstraram, no discurso dos desembargadores e das desembargadoras, o que é gênero segundo o entendimento dos julgadores.

Nesse artigo, foi analisada especificamente a aplicação do requisito do *caput* do artigo 5º da Lei Maria da Penha,<sup>11</sup> que expõe as condições necessárias para a configuração da violência doméstica, qual seja, a violência baseada no gênero. Nos acórdãos analisados, identifica-se a ampla utilização da palavra “gênero”, contudo, apesar dos julgadores e das julgadoras mencionarem expressões como “submissão da mulher com base no gênero” (Rio Grande do Sul, 2016a), “motivação de gênero” (Rio Grande do Sul, 2016b), “violência baseada em questões de gênero” (Rio Grande do Sul, 2015c), dentre outras, não esclarecem qual o seu entendimento dessas expressões, não apresentando nenhum referencial teórico, com exceção de apenas 13 acórdãos, que trazem o conceito de gênero com referencial, e um acórdão, que não traz o conceito de gênero, mas traz o conceito de violência de gênero.

Figura 2.



Dos 13 acórdãos que trazem o conceito de gênero, a

11 “Art. 5o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” (grifo nosso)



maioria foi julgada na Primeira Câmara Criminal (7 decisões), sendo que, embora tenham sido analisados processos vindos da Primeira, Segunda, Terceira, Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras Criminais e Oitava Câmara Cível, apenas a Primeira, Segunda, Terceira e Sexta Câmaras Criminais apresentaram decisões contendo o conceito de gênero. Ainda, em alguns acórdãos, o conceito de gênero utilizado pelos julgadores e pelas julgadoras confunde gênero e sexo, conforme se depreende do seguinte julgado, a título de exemplo:

*Da citada normativa legal, então, se depreende que a incidência da Lei 11.340/06 depende de a violência ter como base a questão de gênero, ou seja, ser praticada por pessoa do sexo masculino contra pessoa do sexo feminino. E tanto se justifica na medida em que o intuito da mencionada legislação é justamente proteger e criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em situação de vulnerabilidade. [...] No caso concreto não há dúvidas de que os delitos em tese praticados guardam direta relação com questão de gênero. E não apenas porque praticados por homem contra mulher, mas porque no âmbito de relação familiar. (grifo nosso) (Rio Grande do Sul, 2015d).*

Percebe-se aqui que há contrariedade em relação aos conceitos de gênero mencionados, de Scott (1998) e Butler (2003), na medida em que ambas as autoras afirmam que o gênero não é determinado pelo sexo. Para o TJRS, contudo, em diversos casos, a violência de gênero é apenas aquela praticada pelo homem contra a mulher. Nesse caso, ao confundir sexo e gênero e ao compreender que o gênero é atrelado necessariamente ao sexo biológico, não compreendem os julgadores e as julgadoras, conforme propõe Segato (1998), que é possível a circulação dos gêneros nas posições hierárquicas, concebendo-se, em alguns casos, que as mulheres também poderiam praticar violência de gênero ou que, igualmente, homens também podem ser vítimas de violência de gênero praticada por outros homens.

Tais afirmações, além de contrariar o disposto na própria lei que, em seu parágrafo único,<sup>12</sup> abre a possibili-

12 Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

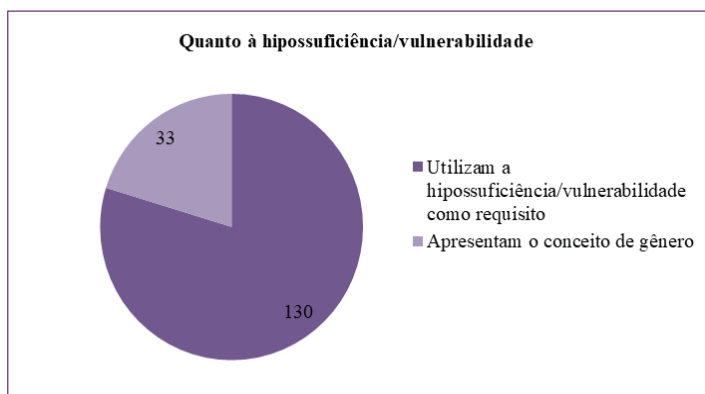
dade para a aplicação da lei para a violência ocorrida dentro de um relacionamento entre duas pessoas mulheres, criam um requisito inexistente para a aplicação desse dispositivo legal, ao pressupor que o sujeito ativo (agressor) deverá ser sempre um homem, o que demonstra que, para o Poder Judiciário gaúcho, gênero é sinônimo de sexo. Além disso, como derivação dessa mesma concepção, seria excluída da aplicação da lei a violência praticada por uma mulher contra a outra, em relacionamentos homoafetivos.

Além disso, por vezes os julgadores reduzem o conceito de gênero à questão de submissão ou subordinação da mulher ao homem, que assume posição de dominação, associando o conceito a questões de vulnerabilidade e hipossuficiência, ao afirmar, por exemplo, que “como bem demonstrado nos autos, a lesão foi cometida pelo namorado da vítima, na ocasião em que agrediu a ofendida, o que se qualifica como violência de gênero, expressando a posição de dominação do homem e subordinação da mulher” (Rio Grande do Sul, 2015e). Isso ocorre também ao afirmar o julgador que “para aplicação da Lei nº 11.340/2006 necessária (1) existência de relação íntima de afeto entre agressor e vítima; (2) existência de violência de gênero, direcionada à prática delitiva contra mulher e (3) *situação de vulnerabilidade da vítima em relação ao agressor*”. (grifo nosso) (Rio Grande do Sul, 2015f).

Conforme exposto no item anterior, o conceito de gênero não se resume apenas a relações baseadas em uma dinâmica de submissão da mulher. Assim, não é a subordinação ou submissão um elemento necessário para a configuração da violência de gênero, inclusive sob pena de se criar um modelo específico de mulher que seria abrangida pela 11.340/2006, estabelecendo que a própria mulher tivesse que preencher determinadas características para que pudesse ser tutelada pela lei, como ser vulnerável ou submissa, ainda que presente a violência de gênero. Dessa maneira, é colocada como necessária a inferioridade (inclusive a física) em relação ao homem no caso concreto para atrair a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o que é evidenciado pelos termos “vulnerabilidade” e “hipossuficiência”, encontrados em 130 dos 163 acór-

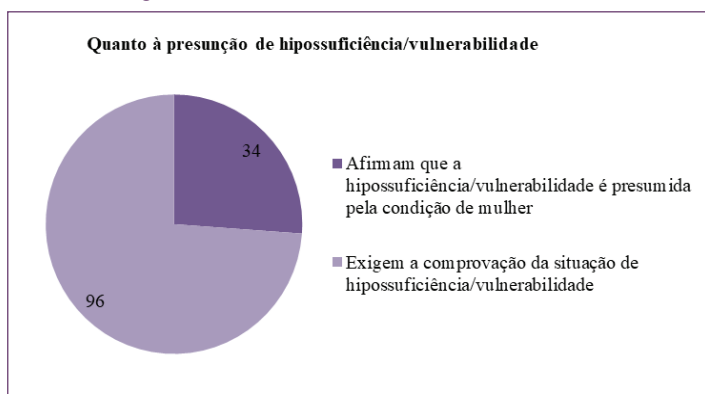
dãos, conforme a figura abaixo:

Figura 3.



A ligação entre gênero e vulnerabilidade pode ser evidenciada em trechos como “em outros termos, a violência baseada *no gênero* guarda relação com a *ideia de vulnerabilidade* da mulher no âmbito das relações familiares e domésticas, é aquela que tem na sua origem a submissão do feminino em relação ao masculino” (Rio Grande do Sul, 2015g) (grifo nosso), o que demonstra a existência de uma associação entre violência de gênero e vulnerabilidade, como se a primeira só se concretizasse com a presença da segunda. É notório, contudo, que existe outra corrente adotada pelo TJRS, que afirma que a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher são presumidas e inerentes à condição de ser mulher, o que foi evidenciado em 34 dos 130 acórdãos que utilizam essas características como requisito, conforme ilustra a figura abaixo:

Figura 4.



Em ambas as correntes pode ser identificado através dos discursos dos desembargadores e das desembargadoras que há também divergências quanto à utilização da hipossuficiência e vulnerabilidade na hora da aplicação da lei e definição de competência, tendo

em vista que nos acórdãos muitas vezes não há a especificação de qual aspecto será analisado para verificar as condições de hipossuficiente e vulnerável. Ora se fala em hipossuficiência em relação à força física, ora se relaciona a vulnerabilidade à condição econômica da vítima, o que pode ser exemplificado através dos seguintes trechos, levando em conta as duas correntes sobre o tema:

*Não identifico, na espécie, a submissão da vítima frente ao agressor em razão de gênero, ou mesmo, situação de vulnerabilidade, hipossuficiência e inferioridade física ou econômica. Além disso, eles não residem na mesma residência, e a mera relação de parentesco por afinidade não é suficiente para fazer incidir a lei especial. E a manifestação ministerial é favorável ao imputado, por óbvias razões, recomendando se seguida. (Rio Grande do Sul, 2016h) (grifo nosso).*

*Por fim, constata-se que o sujeito passivo é mulher. A vítima é sobrinha do apontado infrator. In casu, a condição de hipossuficiência da vítima é presumida tendo em vista a superioridade de força física do sexo masculino perante o feminino. Além disso, há que se considerar que a vítima aparenta não possuir condições de, por si, fazer cessar o constrangimento que vem sofrendo. (Rio Grande do Sul, 2015i) (grifo nosso).*

Mesmo a segunda corrente reafirma uma posição de inferioridade, submissão, vulnerabilidade e hipossuficiência que deveriam, em tese, estar presentes nos casos, o que implica na ratificação de um determinado papel para a mulher na sociedade, reforçando a ideia de “sexo frágil”, de dependência e de desigualdade. Ao elencar esses requisitos, que além de não decorrerem da lei,<sup>13</sup> vão contra sua própria razão de ser, uma vez que objetiva a proteção das mulheres, sem distinção, incorre-se na criação de um padrão, o que implicaria em afirmar que uma mulher que não é dependente financeiramente de ninguém, ou

13 Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

que ocupa um lugar de prestígio na sociedade, por exemplo, não poderia se utilizar da proteção da Lei nº 11.340/2006.

Percebe-se, portanto, que nos acórdãos analisados, o binômio insuficiência/vulnerabilidade consistiria num parâmetro para a aplicação da Lei Maria da Penha. As decisões que relacionam a hipossuficiência e a vulnerabilidade com a violência de gênero supõem que a mulher ocupa uma posição de inferioridade na relação e, por isso, ela precisa da proteção do Estado. Os julgadores e as julgadoras aqui parecem entender que a desigualdade entre homens e mulheres está relacionada à relação de hipossuficiência e vulnerabilidade da mulher em relação ao ofensor. Essas categorias de hipossuficiência e vulnerabilidade são criadas pelo Poder Judiciário e utilizadas como forma de verificação da ocorrência ou não da violência de gênero e, conseqüentemente, da possibilidade ou não de julgamento do caso pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Nos três acórdãos que usam os termos gênero e violência de gênero, tal discussão não aparece. Nos demais, a percepção dos magistrados e das magistradas acerca do gênero remete a uma conexão com o binômio hipossuficiência/vulnerabilidade. Para alguns, a mulher é naturalmente hipossuficiente e vulnerável, por isso deve ser aplicada a Lei Maria da Penha, enquanto que, para outros, para ser tutelada por esse dispositivo legal, deve restar comprovado que a mulher é hipossuficiente e vulnerável em relação ao agressor, ou seja, dentro da relação na qual ocorreu a violência.

Como exemplo, podemos citar os Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0376432-04.2008.8.19.0001, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), que ficou conhecido como caso Luana Piovani, famosa atriz agredida pelo companheiro da época, o também ator Dado Dolabella, em que a 7ª Câmara Criminal do TJRJ entendeu que o caso não era competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar, tendo o relator afirmado que *“é público e notório que a indicada vítima nunca foi uma mulher oprimida ou subjugada aos caprichos do homem”*, e, por esse motivo, não deveria ser aplicada a Lei Maria da Penha. Em sede de recurso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, que a Lei 11.340/2006 deveria

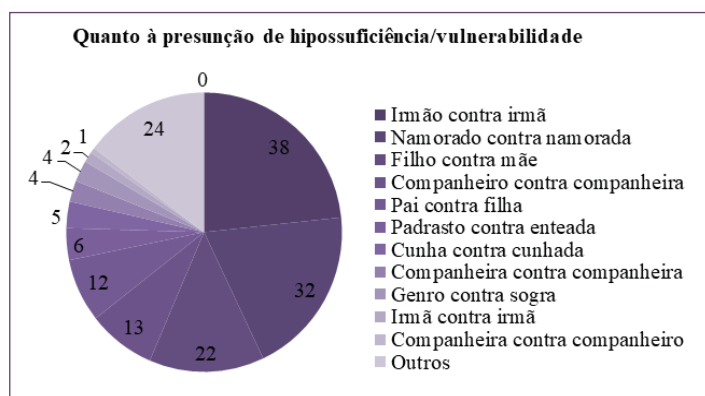
ser aplicada ao caso, revertendo a decisão do TJRJ.

Demonstra-se, com isso, também a concepção do que é violência de gênero expressa na maioria dos julgados coletados. Se tomarmos por base a diferenciação efetuada entre as duas principais correntes relativas à violência de gênero, poderíamos afirmar que a maioria dos julgados não concebe a violência de gênero a partir da teoria relacional. No entanto, também não há uma vinculação total à corrente que se filia ao patriarcado, na medida em que mulheres que não são tidas como hipossuficientes ou vulneráveis não são tuteladas pelo Poder Judiciário gaúcho. A filiação a essa última corrente teórica estaria presente, contudo, nos julgados que têm a hipossuficiência e a vulnerabilidade como presumidas, pelo fato de a vítima ser mulher.

Quanto à relação entre autor ou autora do processo e réu ou ré, a maioria trata de agressões cometidas por irmão contra irmã (38 decisões), cometidas pelo namorado contra a namorada (32 decisões) e cometidas pelo filho contra a mãe (22 decisões). Também é significativo o número de decisões envolvendo violência praticada pelo companheiro contra a companheira (13 decisões) e pelo pai contra a filha (12 decisões). Tendo mulheres como agressoras, foram encontrados casos de nora contra sogra (cinco decisões), companheira contra companheira (quatro decisões), irmã contra irmã (duas decisões), mãe contra filhos (duas decisões), companheira contra companheiro (uma decisão), neta contra avó (uma decisão), filha contra mãe (uma decisão), conforme figura 4.<sup>14</sup>

14 A categoria outros, apresentada na presente figura, é composta pelas seguintes subcategorias: ex namorado contra ex sogra (uma decisão); primo contra prima (uma decisão); nora contra sogra (cinco decisões); enteado contra madrasta (uma decisão); filha contra mãe (uma decisão); neta contra avó (uma decisão); neto contra avó (duas decisões); estupro de vulnerável, sem dizer qual a relação entre as partes (três decisões); mãe agressora contra filhos menores, homens (uma decisão); enteado contra padrasto e mãe (uma decisão); ex concunhado contra ex concunhada (uma decisão); sobrinho contra tia (três decisões); marido contra mulher e filha menor (uma decisão); ex-marido contra ex-mulher (uma decisão); mãe agressora contra filha (uma decisão).

Figura 4.



Chama atenção a ausência de decisões envolvendo marido e esposa. Presume-se que, nesses casos, não exista divergência significativa quanto à competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar esses casos. Os acórdãos analisados tratam de relações conjugais, nas quais, desde que o homem seja o agressor e a mulher a vítima, compreende-se que deve ser aplicada a Lei Maria da Penha. Os questionamentos aparecem, contudo, em primeiro lugar, quando a mulher é a agressora e, em segundo lugar, quando a relação doméstica ou afetiva não é do tipo conjugal ou afetivo-sexual (como no caso de namorados), ainda que o agressor seja homem.

A análise dos casos que envolvem agressões de companheira contra companheira evidencia que, embora a lei expressamente preveja a contemplação de violência praticada em relacionamentos homoafetivos de mulheres, isso nem sempre é aplicado. Apenas uma das quatro decisões refere que, por tal hipótese estar prevista na Lei Maria da Penha, não há questionamento a ser feito. Nos outros casos, sempre a justificativa para a competência do Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher relaciona-se com a relação de dominação ou subordinação de uma mulher em relação à outra. Logo, aqui também aparece a necessidade de comprovação de hipossuficiência e vulnerabilidade. Nos demais casos envolvendo violência no seio da família, como os relativos às agressões de nora contra sogra, irmã contra irmã, dentro os demais casos elencados, o fato de haver uma mulher no polo ativo sempre determina que o caso não seja abarcado pela Lei Maria da Penha, com a justificativa de que não se verifica a violência baseada no gênero.

Novamente aqui gênero parece, na concepção do TJRS, atrelado ao sexo e também, por conta disso, algo fixo, não sendo cabível para os julgadores e as julgadoras, nesses casos, conceber a violência praticada por uma mulher contra outra como violência de gênero. Isso só poderia ocorrer nas relações homoafetivas, compreendidas pelos magistrados e magistradas como relações que podem não ser igualitárias, assim como as heteroafetivas, na medida em que uma mulher assumiria a posição de dominante, enquanto a outra assumiria a posição de dominada. Por fim, revela-se a ideia da violência de gênero como instrumento de controle dos homens sobre as mulheres, conforme compreendido pelas teorias do patriarcado, na medida em que o TJRS não concebe, a não ser nas relações homoafetivas, que mulheres possam ser também autoras de violência de gênero.

Os fatos acima relacionam-se também com a associação da violência de gênero unicamente com a relação conjugal, deixando de tutelar mulheres que sofreram violência de gênero por pessoas que não eram seus companheiros ou maridos, mesmo que em âmbito familiar. Isso porque, no Brasil, apesar de reconhecidas as diversas formas de violência contra a mulher pela lei, é comum que a grande maioria dos casos seja de violências domésticas, ou seja, ocorridas dentro de relações afetivas, ou em condições análogas ao casamento, o que acaba por fazer com que a categoria “violência contra a mulher” seja usada como sinônimo de “violência doméstica”. (Grossi, 2006, p. 296). Nas decisões analisadas, percebe-se esse uso através da criação de requisitos como o da coabitação, o que demonstra a percepção de violência contra a mulher como sinônimo de violência no relacionamento conjugal (ou nos moldes de um relacionamento conjugal):

*Não identifico, na espécie, a submissão da vítima frente ao agressor em razão de gênero, ou mesmo, situação de vulnerabilidade, hipossuficiência e inferioridade física ou econômica. Além disso, eles não residem na mesma residência, e a mera relação de parentesco por afinidade não é suficiente para fazer incidir a lei especial. E a manifestação ministerial é favorável ao imputado, por óbvias razões, recomendando se seguida. (Rio Grande do Sul, 2015j).*

Tal entendimento é contrário à lei que no artigo 5º, incisos II e III, abarca qualquer violência ocorrida no âmbito da família, compreendida como a “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, bem como qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação”. Diante dessa análise, podemos verificar as percepções do conceito de gênero pelo Poder Judiciário e constatar as consequências geradas, como a criação de requisitos que não estão na lei, a não diferenciação entre sexo e gênero, a associação da violência de gênero unicamente ao relacionamento conjugal e a visão da obrigatoriedade de vulnerabilidade e da hipossuficiência, diferenciando as mulheres, e dispensando a elas um tratamento não igualitário, conforme se evidencia em diversos julgados.

Esses achados coadunam-se com os resultados apresentados por Miranda (2014) que, em sua tese de doutorado, analisou práticas conciliatórias em Juizados de Violência Doméstica do Distrito Federal. Em sua etnografia, a autora demonstra como a conciliação, também ilegal de acordo com a Lei Maria da Penha, ganha sentido para os operadores e as operadoras do Direito, ao adotarem critérios de seletividade. Para ela, há “distintas interpretações dadas à lei para formular uma decisão a partir de um critério não muito claro de seletividade quanto aos destinatários, conferindo, com isso, tratamentos distintos e privilegiados” (Miranda, 2014, p. 95). Nesta pesquisa, fato semelhante também se verifica. Aqui, julgadores e julgadoras, acionam como critérios, dentre outros, a necessidade de um homem figurar como agressor e a mulher como agredida, a presença da hipossuficiência e da vulnerabilidade, a necessidade de coabitação e a restrição da aplicação da Lei Maria da Penha apenas à violência conjugal.

Essa seletividade instituída pelo Poder Judiciário e presente nos dados coletados para esta pesquisa relacionam-se também com a análise acerca da igualdade proposta por Cardoso de Oliveira (2009). Para o pesquisador, haveria duas definições de igualdade em permanente tensão: a primeira que propõe o tratamento desigual dos desiguais, na medida de suas desigualdades, e a segunda, que preconiza um tratamento uniforme das pessoas. É possível pensar que a

Lei Maria da Penha localiza-se justamente nessa tensão, uma vez que, como política afirmativa, consiste numa lei para mulheres em situação de violência, e não para homens e mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar ou conjugal. Essa tensão foi alvo do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/2012, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual compreendeu, na ocasião, que as previsões desse dispositivo legal não contrariam a igualdade constitucional.

No entanto, ainda que preveja, em seu texto, um tratamento uniforme das mulheres em situação de violência, constata-se uma desigualdade de tratamento, por meio do que Cardoso de Oliveira (2009) compreende como a divergência entre o que está previsto na lei e as práticas institucionalizadas não respaldadas por ela. Sendo assim, embora a Lei Maria da Penha não traga em seu bojo a previsão de tratamento desigual para as mulheres em situação de violência, estes são aplicados pelo TJRS, que em suas práticas institucionalizadas, visíveis a partir da análise dos acórdãos, aplica critérios não previstos na legislação, desiguando as mulheres que buscam a proteção estatal.

Percebe-se, com isso, que a Lei Maria da Penha parece operar, nos casos dos conflitos de competência analisados, apenas como instrumento apto a julgar a violência conjugal, exercida dentro do lar do casal (necessidade de coabitação), pelo marido/companheiro contra a esposa/companheira. Assim, ainda que a Lei Maria da Penha tenha abarcado em seu artigo 5º a violência doméstica (inciso I), a violência familiar (inciso II) e a conjugal (inciso III). Os critérios de seletividade baseiam-se, sobretudo, na compreensão do que é violência baseada no gênero (presente no *caput* do artigo 5º), ainda que os julgadores e as julgadoras, em sua maioria, não façam referência explícita ao conceito. A percepção da violência baseada no gênero como sinônimo apenas de violência conjugal e exercida pelo marido/companheiro contra a esposa/companheira, desde que ela seja hipossuficiente e vulnerável é a que orienta diversos dos julgados analisados, tratando-se de forma desigual as mulheres que buscam a proteção do Estado por meio da aplicação da Lei Maria da Penha.



## 5 Considerações finais

A partir da análise dos acórdãos, evidencia-se, através do discurso dos magistrados e das magistradas, a incipiência da apropriação do conceito de gênero no Poder Judiciário gaúcho, demonstrada através da quantidade de acórdãos que deixam de citá-lo ou esclarecê-lo, limitando-se a utilizar a expressão sem demonstrar seu significado. Assim, percebe-se que o que o TJRS entende por gênero está distante das compreensões teóricas analisadas e oriundas das Ciências Humanas e Sociais. As percepções de gênero do TJRS fazem com que, no momento da análise dos requisitos para a aplicação da Lei Maria da Penha, algumas mulheres sejam excluídas de sua tutela, a partir da inserção dos critérios de hipossuficiência e vulnerabilidade, não sendo colocado em prática o instrumento legal de modo pleno.

Tal problema gera algumas consequências, identificadas no decorrer deste trabalho, como a criação de requisitos que não existem na lei, demonstrados no item anterior, bem como a concepção do termo “gênero” como sinônimo do termo “sexo”, ainda que sejam termos diferentes; a não diferenciação entre violência doméstica e conjugal; ou o requisito da coabitação, também identificado na pesquisa (enquanto a lei expressamente informa que a sua incidência independe da coabitação). Essas consequências causam danos às mulheres que, apesar de terem sofrido violência de gênero, podem não ser tuteladas pela lei, em vista do não preenchimento desses requisitos elencados pelo Poder Judiciário gaúcho que, conforme identificado nessa pesquisa, diferencia as mulheres em situação de violência, identificando quais podem ou não receber esse amparo estatal.

Entende-se que as percepções acerca dos conceitos de gênero e violência de gênero expressos na pesquisa demonstram que há uma dissociação entre o que inspirou o surgimento da Lei Maria da Penha e a compreensão dos julgadores e das julgadoras do TJRS. No entanto, tal forma de aplicação, excluindo mulheres da tutela desse dispositivo com base em critérios não definidos na lei gera diversos prejuízos ao tratamento estatal dispensado aos casos de violência de gênero, sobretudo diante do perigo na demora do julgamento desses processos, em que a mulher por vezes está em situação de risco iminente à sua integridade física,

tornando o Poder Judiciário um órgão de extrema importância para a proteção de mulheres em situação de violência.

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



## 6 Referências

- Amorim, Maria Stella de & Burgos, Marcelo & Lima, Roberto Kant de. (2002). Os juizados especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista IBCRIM*, 40, 41-72.
- Bardin, Laurence. (1977). *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70.
- Barsted, Leila Linhares. (2011). Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: Campos, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumenjús. 13 - 37. Recuperado de [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1\\_2\\_advocacy-feminista.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_2_advocacy-feminista.pdf)
- Bordieu, Pierre. (2010). *A dominação masculina*. (9 ed.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Butler, Judith. (2003). *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Calazans, Myllena & Cortes, Íaris. (2011). O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: Campos, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen júris. 39 - 63. Recuperado de [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1\\_3\\_criacao-e-aprovacao.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_3_criacao-e-aprovacao.pdf)
- Celmar, Elisa Girotti & Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. (2007). Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo - uma análise da Lei 11.340/2006. *Revista IBCCRIM*, 14 (170), 15-17.
- Código de Processo Civil de 2015*. (2015). Brasília, DF. Recuperado em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)
- Cunha, Rogério Sanches & Pinto, Ronaldo Batista. (2007). *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Dias, Maria Berenice. (2006). Bem vinda, Maria da Penha! Recuperado em 26 outubro de 2017, de <http://www.mariaberenice.com.br>.
- Diniz, Gláucia Ribeiro Starling & Alves, Cláudia Oliveira. (2014). Gênero, conjugualidades e violência: uma proposta de intervenção sistêmica-feminista. In: *Estudos feministas e de gênero: articulações e perspectivas*. Santa Catarina: Mulheres. 161 – 175.
- Gregori, Maria Filomena. (1993). *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. São Paulo: Paz e Terra.
- Grossi, Miriam P. (2006). Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal?. In: Pedro, Joana Maria & Grossi, Miriam Pillar (Orgs.). *Masculino, feminino, plural: gênero na interdisciplinaridade*. Florianópolis: Mulheres. 293 – 313.
- Lazzari, Kellen Cristina Varisco. (2014). *Violência de gênero: uma análise a partir do Centro de Referência para Mulheres Vítimas de Violência*. Dissertação de mestrado em Memória Social e Bens Culturais, Centro Universitário La Salle, RS, Canoas.
- Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. (2006). Dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)
- Louro, Guacira Lopes. (2004). *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós estruturalista*. (7 ed.). Petrópolis: Vozes.
- Oliveira, Luís R Cardoso de. (2009). Concepções de igualdade de (des)igualdades no Brasil. *Série Antropologia*, 425, 1-20.
- Porto, Janice Regina Rangel. (2004). *Violência contra a Mulher: expectativas de um acolhimento humanizado*. Recuperado de <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4784/000415296.pdf?...1>
- Porto, Pedro Rui da Fontoura. (2007). *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006, análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Safiotti, Heleieth I. B. (1999). Já se mete a colher em briga de marido e mulher. *São Paulo em Perspectiva* 13(4), 82-91. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88391999000400009>
- Safiotti, Heleieth I. B. (2011) *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Graphium Editora.
- Santos, Cecília MacDowell. (2008) *Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: Lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil*. Recuperado de <https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/11080/1/Da%20Delegacia%20da%20mulher%20%C3%A0%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>

- Scott, Joan Wallach. (1995). Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, 20(2). 71 – 99.
- Segato, Rita Laura. (1998). Os percursos do gênero na antropologia e para além dela. *Série Antropologia*, 236, 2-22.
- Souza, Dielle Cristina Marques de. (2013). *Delegacia Especializada em Crime contra a Mulher: uma análise do atendimento às mulheres em situação de violência no Município de Parintins*. Recuperado de [http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/recursos/anais/20/1385044172\\_ARQUIVO\\_DielleCristinaMarquesdeSouza.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/recursos/anais/20/1385044172_ARQUIVO_DielleCristinaMarquesdeSouza.pdf)
- Stolke, Verena. (2004). La mujer es puro cuento: la cultura del género. *Revista Estudos Feministas*, 12(2), 77-105. <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2004000200005>
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2016a). *Conflito de Jurisdição nº 70068203728*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre. Recuperado de [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2016b). *Conflito de Jurisdição nº 70068086362*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2016c). *Conflito de Jurisdição nº 70066527185*. Terceira Câmara Criminal. Relator: Sérgio Miguel AchuttiBlattes. Pelotas. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2015d). *Conflito de Jurisdição nº 70063555171*. Terceira Câmara Criminal. Relator: Sérgio Miguel AchuttiBlattes. Porto Alegre. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2015e). *Conflito de Jurisdição nº 70066827734*. Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2015f). *Conflito de Jurisdição nº 70066546623*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2015g). *Conflito de Jurisdição nº 70066527185*. Terceira Câmara Criminal. Relator: Miguel AchuttiBlattes. Pelotas. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2016h). *Conflito de Jurisdição nº 70068211424*. Terceira Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo. São Leopoldo. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2015i). *Conflito de Jurisdição nº 70066291055*. Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Uruguaiana. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (2015j). *Conflito de Jurisdição nº 70068211424*. Terceira Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo. São Leopoldo. Recuperado de [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br)

Data de submissão/*Submission date*: 30.09.2016.

Data de aceitação para publicação/*Acceptance date*: 25.01.2018.

# CASOS DE REVIRAR O ESTÔMAGO: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais // *Rodrigo de Souza*

*Tavares<sup>1</sup> e Ivar Rodriguéz Hannikainen<sup>2</sup>*

## Palavras-chave

nojo / constitucionalidade / punição / pureza / moralidade / ética

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

## Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Métodos gerais**
  - 2.1 Sensibilidade ao nojo
- 3 Punições e domínio da pureza**
  - 3.1 Instrumentos
  - 3.2 Resultados
- 4 Controle de constitucionalidade**
  - 4.1 Instrumentos
  - 4.2 Resultados
- 5 Discussão**
- 6 Conclusão**
- 7 Referências**

## Resumo

O presente estudo visa investigar o impacto da emoção do nojo na tomada de decisão jurídica, especificamente em cenários de atribuição de punição e julgamento de constitucionalidade de normas jurídicas. Partindo da literatura disponível no campo da psicologia experimental sobre a relação entre o nojo e a realização de juízos morais, foram delineados estudos que objetivaram aferir uma possível correlação entre o resultado de julgamentos de casos jurídicos hipotéticos e a predisposição ao nojo dos participantes, todos estudantes de graduação em direito. Dentre os cenários escolhidos, foi conferida especial atenção ao chamado domínio da pureza, esfera moral concernente à manutenção da higiene do corpo e da espiritualidade. Parte das vinhetas apresentadas aos participantes envolviam justamente questões jurídicas imbricadas com questões relativas a esse domínio da moralidade. Em seguida, apresentamos os resultados dos experimentos e discutimos possíveis interpretações dos mesmos. Ao final, são levantados possíveis desdobramentos desta pesquisa empírica nos âmbitos teórico e prático do direito.

1 Professor adjunto do Departamento de Direito Público da UFRRJ – IM.

2 Pesquisador Pós-Doutoral, Universidade Pontifícia Católica do Rio de Janeiro.

**CASES TO MAKE YOUR STOMACH CHURN:** preliminary evidence on the influence of disgust in judicial decisions // *Rodrigo de Souza Tavares e Ivar Rodríguez Hannikainen*

**Keywords**

disgust / constitutionality / punishment / purity / morality / law

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

**Abstract**

The present study investigates the role of the emotion of disgust in judicial decision-making, specifically, in the context of sentencing and decisions concerning the constitutionality of legal norms. Motivated by past literature in experimental psychology on the relationship between disgust and moral judgment, we describe a study to probe the correlation between judgments of hypothetical legal cases and individuals' sensitivity to disgust in a sample of law students. Special attention was directed toward the so-called purity domain, a moral sphere concerning the maintenance of bodily hygiene and spirituality. Namely, several vignettes presented legal matters intertwined with purity domain values. Next, we present our experimental results and offer some primary interpretations. In closing, we suggest possible implications of this empirical research for the theory and practice of the law.

## 1 Introdução

Num julgamento que, infelizmente, ecoa muitos outros casos de violência praticados contra a mulher no Brasil e no mundo, um homem foi condenado à pena de 20 (vinte) anos de reclusão por ter estuprado, matado e ocultado o cadáver de uma adolescente de 14 (quatorze) anos. Ao indeferir o pedido de revisão criminal formulado pelo condenado, uma das desembargadoras da câmara criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, órgão responsável pelo julgamento da ação, justificou que: “os crimes praticados são bárbaros, repugnantes, gravíssimos; não se coadunam com qualquer postura humana, nem mesmo entre povos tribais”. Manifestando claramente sua repulsa pelos crimes praticados, votou pela manutenção da sentença condenatória.

Saindo do contexto prático de decisão para a reflexão teórica sobre essa prática, Ronald Dworkin (2006, p. 545) menciona - com certa censura - que o critério usado por Oliver W. Holmes, Juiz da Suprema Corte americana, para verificar se uma lei era contrária à Constituição consistia em responder à seguinte pergunta: “ela o faz vomitar?”. Novamente, observamos a alusão na linguagem jurídica à visceral experiência do nojo, uma emoção básica dos seres humanos. Diante destas manifestações, cabe-nos indagar se tais referências são apenas metáforas, ou se indicam algo mais profundo, consistente na relação entre esta emoção e decisões de cunho jurídico.

Todavia, cabe advertir que tal pergunta segue na contramão da tendência dominante do pensamento jurídico. Na maioria das teorias sobre a adjudicação judicial prescreve-se que julgadores decidam questões controversas, ou ‘casos difíceis’, baseados unicamente em padrões racionalmente justificáveis, como ilustra muito bem a alegoria do juiz Hércules, do já mencionado autor, Ronald Dworkin (1986). Para estes as manifestações de realistas como Holmes, que questionavam a possibilidade de encontrar respostas corretas para casos difíceis, representavam um equívoco cético no caminho da correta interpretação e aplicação do direito.

Ainda que as teorias normativas da adjudicação, como aquela defendida por Dworkin, desempenhem um papel fundamental na promoção de princípios de justiça, equidade e coerência na atividade de adju-

dicação, infelizmente trazem consigo um pernicioso efeito colateral, qual seja: o obscurecimento do papel que as emoções desempenham no cotidiano jurídico. A ênfase excessiva na racionalidade da tomada de decisão judicial oblitera a visão de elementos psicológicos contingentes, por vezes considerados espúrios e alheios ao direito. Ao fim e ao cabo, abrimos um fosso entre a defesa de ideais normativos e a compreensão da prática jurídica concreta, permeada pela idiosincrasia da condição humana.

Contudo, não há motivos para seguir inexoravelmente nesse rumo. A visada deste ponto cego pode ser alcançada mediante o emprego do instrumental metodológico de outras áreas que, assim como o direito, comungam do interesse pela investigação dos processos tomada de decisão, porém empregando abordagem eminentemente empírica. Especificamente no que tange à influência das emoções nos processos decisórios, existe disponível para consulta uma caudalosa produção oriunda da área da psicologia experimental (LERNER et al., 2015). Neste largo manancial de investigações empíricas, podemos verificar de que maneira a raiva, o medo, a empatia e outras manifestações afetivas dos seres humanos podem influenciar nas suas escolhas cotidianas sobre compras, doações, investimento, votos, punições, etc. Seria um desperdício de conhecimento acumulado não buscar estender tal investigação à província do direito.

Em meio à pesquisa psicológica sobre emoções e tomada de decisão, destacaremos neste artigo aquela que cuida do nojo. Diversos estudos têm demonstrado que esta emoção visceral, considerada básica e universal na experiência humana (KELLY, 2011; ROZIN et al., 1999), pode ter influência significativa em nossos julgamentos sobre conduta social. A título de exemplo, podemos citar um estudo onde participantes altamente hipnotizáveis receberam uma sugestão pós-hipnótica, a fim de sentir um lampejo de nojo ao ler uma palavra arbitrariamente definida. Depois disso, eles foram convidados a classificar transgressões morais descritas em vinhetas, cujo teor incluía ou não a palavra sugerida hipnoticamente. Os resultados desta experiência mostram que os julgamentos morais tornaram-se mais severos na presença do nojo induzido (WHEATLEY; HAIDT, 2005). Ademais, ao replicar conceitualmente estes experimentos, outros

pesquisadores encontraram resultados semelhantes. Ao empregar meios diversos para induzir o nojo, tais como a exposição ao gás de sulfeto de hidrogênio que, devido ao seu odor fétido, semelhante ao de ovos podres, é vendido comercialmente como um brinquedo para pregar peças, foram obtidos novamente resultados que evidenciam o agravamento de julgamentos morais na presença desta emoção (SCHNALL et al., 2008).

Outras pesquisas mostraram que a dinâmica do nojo também encontra paralelos no comportamento moral cotidiano. Assim, da mesma maneira que nos afastamos de um pedaço de carne putrefata ou nos sentimos contaminados pelo toque de um inseto abjeto, demonstramos a tendência de nos afastar daqueles que praticam atos que consideramos imorais, ou, ainda, nos sentimos degradados quando nós mesmos os praticamos. Um exemplo desta dupla atuação do nojo foi investigada brilhantemente por uma série de experimentos conduzidos pelo psicólogo Paul Rozin. Num estudo laboratorial, ele verificou que indivíduos manifestaram experimentar nojo quando foram convidados a comer uma sobremesa de chocolate moldada na forma de fezes de cachorro, ou a beber suco servido num urinol que nunca foi utilizado. Mesmo perfeitamente cientes da natureza inofensiva destes objetos, sua associação mental com autênticos elicitadores de nojo foi suficiente para deflagrar essa emoção (ROZIN et al., 1986). Noutro experimento, indivíduos mostraram grande aversão diante da oferta de vestir um casaco lavado pertencente a outra pessoa, quando informados que esta pessoa fosse um doente de tuberculose, ou, principalmente, se o casaco tivesse pertencido a Adolf Hitler. Em suma, tanto a ameaça inócua de infecção por uma doença quanto a imoralidade extrema parecem despertar os mesmos mecanismos psicológicos, que foram moldados evolutivamente para evitar uma eventual contágio ou infecção (NEMEROFF; ROZIN, 1994).

Segundo a denominada Teoria dos Fundamentos da Moralidade, existem cinco pilares na base de nossa ética intuitiva, são eles: o cuidado, a equidade, a lealdade, a autoridade e a pureza (GRAHAM et al., 2011). Contudo, embora utilizem tais pilares compartilhados, cada comunidade construiria sua moralidade peculiar a partir de suas vicissitudes históricas, geográficas, culturais, etc. Ainda, segundo esta teoria, o nojo teria

um papel proeminente na regulação das normas ligadas à preservação da castidade do corpo e da alma, podendo amplificar a desaprovação de condutas sociais consideradas impuras (HORBERG et al., 2009). Várias normas de caráter religioso e moral, pertencentes a diversas culturas, parecem estar ligadas ao “domínio da pureza” e, de alguma forma, vinculadas também ao nojo e ao medo de contaminação. São exemplos deste tipo de normas as prescrições do deuteronômio que proíbem a ingestão de carne de porco, as práticas entre alguns hindus de segregar mulheres no período menstrual ou a convenção de que se deve retirar os sapatos antes de entrar em templos budistas.

A teoria dos fundamentos da moralidade também mostra que a pessoas que se identificam com o espectro político conservador levam mais em conta considerações de pureza, autoridade e lealdade, enquanto que a pessoas que se identificam com o espectro político progressista mostram ênfase maior nos fundamentos relativos ao cuidado e à justiça (GRAHAM et al. 2009). Esta perspectiva pode explicar porque indivíduos conservadores seriam em geral mais propensos a sentir nojo do que os indivíduos progressistas e também porque são mais propensos a criticar comportamentos que violam padrões de pureza.

Algumas divergências políticas seriam explicadas, portanto, pela diferença da experiência afetiva entre grupos políticos. Conservadores tendem a enxergar o aborto, o casamento homoafetivo, bem como outros temas moralmente controversos ligados à sexualidade, como violações da pureza. Isso despertaria uma espécie de “sistema imunológico comportamental” que projeta nojo em relação aos grupos considerados desviantes (INBAR et al., 2009a).

Se pensarmos na íntima conexão entre o direito e outras esferas de normatividade social, as correlações encontradas entre o nojo e os juízos morais em torno de questões polêmicas de moralidade política, ganham relevo especial não só para psicólogos, mas também para aqueles que se debruçam sobre o fenômeno jurídico. Como vimos nos parágrafos anteriores, várias pesquisas mostram que os valores morais são influenciados pela tendência individual a sentir nojo. Seja pela textura aberta da linguagem, seja pela introdução de princípios e cláusulas gerais no acervo normati-



vo, existem motivos para supor que as controvérsias jurídicas dependem de respostas morais, influenciadas, por sua vez, por emoções (STRUCHINER; TAVARES, 2014). A partir daí podemos deduzir que a emoção de nojo detém influência significativa em alguns julgamentos concretos sobre controvérsias jurídicas<sup>3</sup>.

Para avaliar esta questão, conduzimos um estudo sobre a relação entre a sensibilidade ao nojo e a adjudicação jurídica. Na Seção 3, discutimos os resultados de estudo sobre *atribuição de punição*, e na Seção 4, apresentamos os resultados sobre *julgamentos de constitucionalidade de leis e atos normativos*. Na medida em que as decisões jurídicas e morais compartilham os mesmos mecanismos psicológicos, esperamos existir também uma correlação entre sensibilidade ao nojo e os julgamentos jurídicos. Partindo desta hipótese, empreendemos os estudos cujo procedimento e resultados serão detalhados a seguir.

## 2 Métodos gerais

Participaram neste estudo 65 alunos (48 mulheres; idade média: 22.0 anos) de Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Os dados foram colhidos em três turmas diferentes codificadas usando a variável *grupo*: duas turmas da UFRJ (1, 2), e uma turma da PUC-Rio (3).

Primeiramente, os participantes preencheram as duas seções sobre julgamentos jurídicos: uma seção sobre *punições* e outra sobre *controle de constitucionalidade*, nessa ordem. Em seguida, foi-lhes apresentada uma versão em português do teste *Disgust Sensitivity Scale- Revised*, a principal medida de tendência ao nojo existente, já usada em dezenas de estudos psicológicos (HAIDT et al., 1994; OLATUNJI et al., 2007). O teste consiste num questionário que indaga a intensidade de repulsa que o participante sentiria diante de determinadas situações cotidianas, envolvendo normalmente estímulos do nojo. Finalmente, foram coletados alguns dados demográficos sobre os

3 Na literatura estrangeira já existem muitos estudos sobre a influência das emoções em geral, e não apenas do nojo, no direito. Para uma introdução compreensiva ao campo intitulado 'Law and Emotions' ver a coletânea *The Passions of Law* (BANDES, 2001).

participantes, tais como a idade, gênero, orientação política, e religiosidade.

### 2.1 Sensibilidade ao nojo

O teste de confiabilidade<sup>4</sup> mostrou que a escala de sensibilidade ao nojo era altamente confiável ( $\alpha = 0,83$ ). Seguindo as indicações dos pesquisadores que desenvolveram a escala original, consideramos a média dos itens como a medida individual de sensibilidade ao nojo, e excluimos das análises estatísticas seguintes os quatro participantes que mostraram falta de atenção, tendo em vista respostas obtidas nas *catch-questions* da escala.

Uma análise de variância (ANOVA) mostrou que a sensibilidade ao nojo diferia entre os grupos, ( $F(3, 57) = 2,65, p < 0,06$ ). Portanto, adotamos modelos hierárquicos com coeficientes aleatórios para os níveis da variável *grupo* nas análises seguintes<sup>5</sup>.

## 3 Punições e o domínio da pureza

A influência das emoções na motivação de punições é um fato de fácil percepção na realidade. A tendência de retaliar injustiças, mesmo aquelas cometidas contra terceiros, é um fator essencial à cooperação humana. Um complexo de emoções, tais como a raiva despertada por injustiças ou a culpa antecipada diante da ausência de punição do transgressor, motivam em grande parte o impulso de retribuição (NELISSEN; ZEELEMBERG, 2009).

Assim, a despeito do racionalismo predominante na teoria do direito, já se encontram alguns estudos que correlacionam a intensidade desta emoção à atribuição de sanções civis em casos hipotéticos, ou ao suporte de políticas punitivas mais severas (JOHNSON,

4 A correlação média entre os itens da escala empregada foi calculada por meio do coeficiente alfa de Cronbach. Ver: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Alfa\\_de\\_Cronbach](https://pt.wikipedia.org/wiki/Alfa_de_Cronbach).

5 Interessante ressaltar aqui que esta variação na sensibilidade ao nojo entre os grupos de alunos das Universidades UFRJ e PUC-Rio é condizente com pesquisas prévias que apontam correlações entre esta variável e outras como o *status* socioeconômico dos participantes (HAIDT, 1993) ou seu perfil ideológico (INBAR et al., 2009). Devido a este motivo, é conveniente adicionar a variável grupo como efeito aleatório e incluir a sensibilidade ao nojo como preditor fixo. Ver: <http://www.portalaction.com.br/anova/anova-modelo-com-efeitos-aleatorios>.

2009; SUNSTEIN et al., 1998). Porém, embora haja evidências abundantes indicando que o nojo estaria associado às avaliações morais, notadamente amplificando a condenação diante de atos percebidos como desvios de regras morais, até onde sabemos não há estudos investigando a influência do nojo na aplicação de punições no âmbito jurídico. Diante dessa lacuna, elaboramos o estudo descrito a seguir.

### 3.1 Instrumento

Para avaliar o efeito do nojo sobre a atribuição de punição em cenários jurídicos, elaboramos dez vinhetas curtas, que apresentavam condutas previstas em algum tipo penal, segundo a legislação brasileira. A maioria das condutas descritas também refletiam, na esfera moral, formas de violação do domínio da pureza. Além das vinhetas, os participantes receberam um sumário dos tipos penais relevantes frente aos casos apresentados, acompanhados da previsão em abstrato da pena mínima e máxima.

As vinhetas envolviam seis casos de violações tradicionais do domínio da pureza, divididas da seguinte maneira: a) prática e auxílio ao aborto (itens 9 e 10); b) plantio e consumo de psicotrópicos ilícitos (item 8); c) sacrifício ritual de animais (item 5); d) furto, abate e consumo de cachorro (item 6); e) práticas homossexuais em instituição militar (item 7). Também foram introduzidos três casos de violação da pureza de espectro “progressista” (FEINBERG, WILLER; 2013), tal como matar um animal pertencente a espécie em extinção (itens 2 e 3) ou desmatar área de cobertura vegetal (item 4). Por fim, foi incluído, para fins de controle, um caso de furto, sem qualquer correlação com violações do domínio da pureza (item 1).

Para cada item, perguntamos aos participantes o seguinte: “na sua opinião e com base nas normas legais pertinentes, qual a medida de punição adequada para o caso?”. Os participantes responderam usando uma escala Likert de cinco pontos (0 - “Nenhuma pena”, 2 - “Cerca da metade da pena máxima”, 4 - “Pena máxima”).

### 3.2 Resultados

Os julgamentos sobre punição mostraram uma alta confiabilidade ( $\alpha$  de Cronbach = 0,84), sugerindo que podem ser tratados como um índice conjunto. Para avaliar o efeito da sensibilidade ao nojo nas puni-

ções, utilizou-se o modelo hierárquico de regressão múltipla com coeficientes aleatórios. O modelo inteiro foi significativo, Wald  $\chi^2(5) = 19.22$ ,  $p = .002$ .

Como predizemos, a sensibilidade ao nojo dos participantes teve um efeito significativo sobre as punições aplicadas. Em síntese, o resultado obtido indica que, quanto maior a sensibilidade ao nojo do indivíduo, maior a punição que este atribui para crimes que, no domínio moral, envolvem violações da pureza. Veja-se o resumo do modelo na Tabela 1.

Tabela 1. Modelo de regressão hierárquica das punições.

|                              | B     | SE    | Z     | p     |
|------------------------------|-------|-------|-------|-------|
| <i>Sensibilidade ao nojo</i> | 0,48  | 0,23  | 2,13  | 0,03  |
| <i>Idade</i>                 | -0,02 | 0,02  | -0,93 | 0,35  |
| <i>Gênero</i>                | -0,83 | 0,23  | -3,58 | 0,001 |
| <i>Orientação política</i>   | -0,10 | -0,09 | -1,09 | 0,28  |
| <i>Religiosidade</i>         | 0,36  | 0,14  | 2,58  | 0,02  |
| <i>(Constante)</i>           | 1,33  | 0,73  | 1,82  | 0,08  |

Alem do efeito da sensibilidade ao nojo, o modelo mostrou também dois outros efeitos independentes - de gênero e religiosidade<sup>6</sup>. Estes efeitos sugerem, por sua vez, que os homens e as pessoas mais religiosas punem com maior intensidade do que as mulheres e as pessoas sem religião.

## 4 Controle de constitucionalidade

A jurisdição constitucional é um palco onde são dirimidas questões extremamente controversas sobre a moralidade política de uma sociedade. Ao realizar a tarefa de verificar a compatibilidade das leis frente à Constituição, juízes frequentemente demonstram profundo

6 As variáveis orientação política e religiosidade foram colhidas através de breve questionário apresentado aos participantes, contendo informações demográficas, sociais e econômicas. O espectro político foi medido numa escala de cinco pontos, cujos itens eram: esquerda; centro-esquerda; centro; centro-direita e direita. Já a religiosidade foi medida por uma escala de três pontos, cujos itens eram: religioso; moderadamente religioso e nada religioso. Foi solicitado aos participantes que se descrevessem numa destas gradações.

desacordo, ainda que busquem honestamente oferecer a melhor interpretação da Constituição. Isso é natural, dado o caráter abstrato e a forte carga axiológica dos textos constitucionais (DWORKIN, 2006, p. 10 ss.).

Embora tais divergências envolvam fundamentalmente questões de fato e de direito, concernentes à melhor interpretação dos dispositivos constitucionais, alguns estudos acenam para a possibilidade de que crenças e preferências individuais estranhas ao Direito podem ter grande influência nestes processos decisórios. Esse tese já há muito foi esposada pela escola do realismo jurídico, no plano da teoria do direito, e está presente em representações históricas da atividade de adjudicação jurídica (TAMANAH, 2009). Investigações empíricas baseadas no acompanhamento de decisões da Suprema Corte norte-americana corroboram a hipótese de que preferências políticas influenciam na tomada de decisão judicial (SEGAL; SPAETH, 2002; SCHUBERT, 1965), ademais, ao menos um experimento refere-se especificamente a influência de preferências políticas no julgamento de constitucionalidade de leis (FURGESON et al., 2008).

Buscando ampliar essa linha de investigação para o âmbito das influências das emoções no direito, nas seções seguintes iremos reportar os resultados da análise de um estudo concernente a relação entre sensibilidade ao nojo e juízos sobre a constitucionalidade de leis que abordam temas morais relativos ao domínio da pureza, já antes descrito. Foram apresentados oito ementas de leis ou projetos de leis (alguns hipotéticos, outros reais) ora proibindo ora permitindo comportamentos imbricados com questões de pureza. Em seguida, os participantes foram questionados sobre a compatibilidade das normas frente à Constituição brasileira. Tendo em vista a ligação umbilical entre raciocínio moral e jurídico no âmbito do controle de constitucionalidade, levantamos a seguinte hipótese. Se o nojo moral dirigido em direção aos comportamentos que violam o domínio da pureza for capaz de influenciar a tomada de decisão judicial, então deveremos observar uma relação entre os níveis de sensibilidade ao nojo e as manifestações a respeito da constitucionalidade das normas jurídicas apresentadas.

#### 4.1 Instrumento

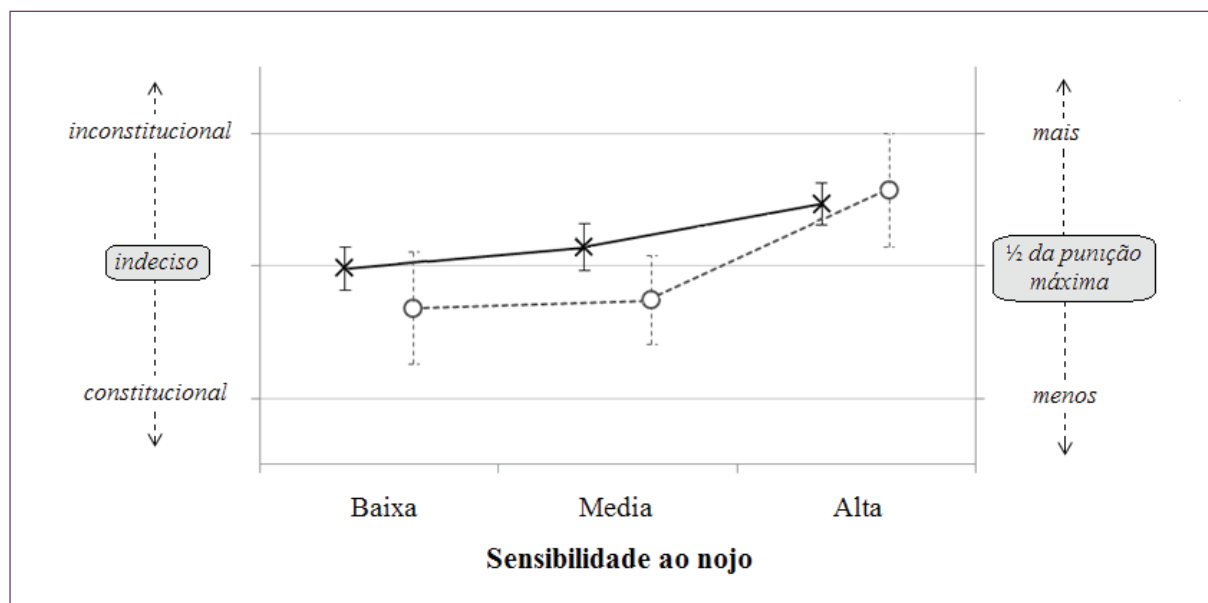
Neste estudo, os participantes avaliaram oito leis ou projetos de lei envolvendo questões características

do domínio da pureza: união homoafetiva (item 1), questões raciais e ações afirmativas (itens 2 e 3); sacrifício animal para fins religiosos (item 4) aborto (item 5); zoofilia (item 6); consumo de drogas (item 7); eutanásia (item 8). Veja-se o texto completo dos itens na Tabela 2. Para cada item, pedimos aos participantes que avaliassem a constitucionalidade das leis ou projetos de lei, disponibilizando apenas suas ementas, independente do “eventual posicionamento de tribunais superiores sobre a matéria”. Os participantes deveriam fazer suas avaliações usando uma escala de 0: “Completamente constitucional” a 4: “Completamente inconstitucional”. O ponto na metade da escala - 2 - mostrava a seguinte legenda: “Acho que há argumentos razoáveis em ambos os sentidos. Tenho dúvidas sobre a melhor decisão”.

Tabela 2. Descrição dos itens: Constitucionalidade.

|    | Itens  |
|----|--|
| 1. | Projeto de Lei que altera o código civil para reconhecer como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo.   |
| 2. | Lei federal que garante a reserva de 50% das vagas nas universidades federais, em um prazo progressivo de até quatro anos, para estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas.  |
| 3. | Projeto de Lei da Câmara de Vereadores de Curitiba, que prevê a inclusão de cotas raciais em concursos públicos realizados pela administração municipal. A proposta prevê a reserva de 20% das vagas direcionadas a candidatos afrodescendentes, pardos e indígenas. |
| 4. | Lei que altera o Código Estadual de Proteção aos Animais do Estado do Rio Grande do Sul permitindo o sacrifício de animais em rituais dos cultos afro-brasileiros.   |
| 5. | Projeto de lei que dispõe sobre a criação de código de acesso telefônico para informações e orientação sobre métodos contraceptivos e aborto.  |
| 6. | Projeto de Lei que inclui explicitamente a prática de zoofilia entre as causas de aumento de pena no crime de abusos e maus-tratos de animais.*  |
| 7. | Lei que prevê a internação compulsória de dependentes químicos, sem anuência do paciente ou de sua família, mediante autorização judicial.*  |
| 8. | Projeto de lei que inclui o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (eutanásia) e o aborto provocado nos crimes considerados hediondos.*  |
|    | O asterisco (*) denota itens com <i>pontuação inversa</i> .  |

Gráfico 1.



#### 4.2 Resultados

Os julgamentos sobre constitucionalidade mostraram uma baixa confiabilidade ( $\alpha$  de Cronbach = 0,49), pon-do em duvida se os itens podem ser tratados como uma medida conjunta. Todavia, tendo em conta a validade conceitual do conteúdo proposto, procedemos as análises com a media aritmética dos oito itens.

Avaliamos o efeito da sensibilidade ao nojo sobre as avaliações de constitucionalidade utilizando um modelo hierárquico, incluindo as variáveis demográficas obtidas no modelo. O modelo foi estatisticamente significativo, Wald  $\chi^2(5) = 20.58, p < .001$ . Como previmos, a sensibilidade ao nojo mostrou um efeito significativo nos julgamentos sobre constitucionalidade: Quanto maior a sensibilidade ao nojo dos participantes, maior a probabilidade dos participantes arguirem a inconstitucionalidade das normas que permitiam ou validavam o comportamento impuro e, inversamente, menor era chance de julgarem inconstitucionais aquelas normas que reprimiam tais comportamentos. Veja-se o resumo do modelo na Tabela 3.

Novamente, o modelo mostrou outros efeitos que merecem menção. As mulheres mostravam menor oposição aos projetos de lei que favorecem práticas que podem ser percebidas como violações do domínio da pureza. Houve também um efeito marginal-

mente significativo da idade, mostrando que os participantes mais velhos mostravam maior oposição aos projetos de lei, em comparação aos mais jovens.

Tabela 3. Modelo de regressão hierárquica para avaliações de constitucionalidade.

|                       | B     | SE   | Z     | P     |
|-----------------------|-------|------|-------|-------|
| Sensibilidade ao nojo | 0,33  | 0,12 | 2,84  | 0,005 |
| Idade                 | -0,02 | 0,01 | -1,85 | 0,06  |
| Gênero                | -0,43 | 0,13 | -3,30 | 0,001 |
| Orientação política   | 0,01  | 0,05 | 0,14  | 0,88  |
| Religiosidade         | 0,05  | 0,07 | 0,69  | 0,49  |
| (Constante)           | 2,03  | 0,38 | 5,32  | 0,001 |

De modo a melhor visualizar os efeitos da sensibilidade ao nojo na atribuição de punições e nas avaliações de constitucionalidade, dividimos os participantes em três grupos, de acordo com o score obtido na escala de sensibilidade ao nojo. Ato contínuo, traçamos um gráfico incluindo as médias de julgamentos sobre punição e constitucionalidade (Gráfico 1).

## 5 Discussão

Embora os cenários apresentados tragam uma simplificação extremada da natureza do processo decisório desenvolvido no âmbito da adjudicação jurídica, parece-nos que apresentam elementos suficientes para captar tendências relevantes dos mecanismos psicológicos envolvidos nesta atividade.

Conforme explicitado, existe um amplo conjunto de evidências associando o resultado de juízos morais às emoções sentidas pelo agente julgador. Para alguns as emoções seriam elementos constitutivos dos juízos morais, em vez de fenômenos externos (PRINZ, 2006). Especialmente em relação ao nojo, há muitos experimentos que correlacionam tal emoção ao agravamento da condenação moral diante de atos considerados como violadores daquilo que se denomina domínio da pureza (ZHONG et al., 2010).

De maneira geral, os estudos aqui apresentados expandem as ilações sobre a interação do nojo no domínio moral às questões jurídicas que também envolvem violações ao “domínio da pureza”. O primeiro estudo mostrou que a sensibilidade ao nojo está positivamente correlacionada ao aumento da atribuição de pena em casos que envolvem, por exemplo, práticas homossexuais em instituições militares. Da mesma maneira, o segundo estudo demonstrou que a sensibilidade a essa emoção está correlacionado à defesa da constitucionalidade de leis que protegem valores ligadas à preservação da “pureza moral” (v.g. projeto de lei que inclui explicitamente a prática de zoofilia entre as causas de aumento de pena no crime de abusos e maus-tratos de animais) e a objeção de inconstitucionalidade frente a leis que atacam os mesmos valores (v.g. lei que dispõe sobre a criação de código de acesso telefônico para informações e orientação sobre métodos contraceptivos e aborto). Em síntese, os resultados obtidos no contexto de adjudicação judicial são compatíveis com a literatura que trata do nojo no âmbito da psicologia moral.

Entretanto, antes que se tomem conclusões apresadas, é preciso traçar uma série de advertências. Os métodos aqui empregados buscaram apenas aferir correlações entre as variáveis, sem pretensão de estabelecer uma relação de causalidade. Em outras palavras, não se está afirmando aqui que o nojo cau-

sa um determinado padrão de julgamento, orientado ao espectro político conservador ou coisa do tipo. Afirmamos, apenas, que estas variáveis parecem caminhar juntas, em alguma medida. Não podemos descartar, a partir dos estudos aqui realizados, que variáveis não consideradas possam explicar melhor os efeitos encontrados. Apenas o emprego de desenhos experimentais propriamente ditos podem investigar a existência de uma relação de causalidade entre o nojo e a realização de julgamentos de conteúdo jurídico, caminho que nos parece merecer investigações futuras.

Além disso, as evidências coletadas não esclarecem o modo de influência do nojo na adjudicação jurídica. Uma primeira explicação seria que a sensibilidade ao nojo faz com que esta emoção manifeste-se com maior intensidade durante a realização de certos juízos morais que, por sua vez, irão impactar em algumas decisões sobre o direito. Outra explicação possível seria que a sensibilidade ao nojo conduz à formação de um determinado tipo de personalidade ao longo da vida, e que estes traços estáveis de personalidade são responsáveis por guiar julgamentos morais ou jurídicos. Por fim, podemos pensar que existe uma interação entre estes dois modelos explicativos.

Outra questão relevante diz respeito ao tempo de treinamento e assimilação da cultura jurídica pelos participantes. Os estudos foram conduzidos com estudantes de graduação em direito, ainda em formação. Será que o feito seria replicado entre profissionais do direito? Podemos imaginar que a exposição contínua à prática jurídica permitiria aos profissionais modular melhor as influências exógenas ao direito nos processos de tomado de decisão jurídica. No entanto, existem evidências contrárias a essa hipótese em outros estudos (DANZIGER et al., 2011). Em síntese, ainda não há resposta conclusiva para essa questão, especialmente considerando a emoção do nojo.

Finalmente, cabe ressaltar que os estudos não apresentam nenhuma visão normativa sobre a adjudicação jurídica. Não se trata de dizer se a interpretação do direito *deveria ou não ser* influenciada por emoções<sup>7</sup>. Tratamos apenas de descrever um fenômeno

7 Especificamente em relação ao nojo, existe considerável literatura que põe em dúvida suas credenciais epistemológicas no cam-

que parece ocorrer consistentemente em avaliações morais e, segundo os resultados aqui encontrados, se repete no cenário da adjudicação judicial. Contudo, embora não abordemos aqui questões desse tipo, não consideramos que os resultados lhes sejam irrelevantes. Acreditamos que todas as tentativas de produzir teorias normativas devem estar calcadas num princípio de realismo psicológico (FLANAGAN, 2009). Em outras palavras, não podemos prescrever condutas para julgadores sem antes conhecer o funcionamento concreto da sua psique, sob pena de incorrer em padrões que soam atraentes, mas são inalcançáveis. Ou então, podemos ignorarmos sérios obstáculos à implementação daquelas prescrições que, embora difíceis, dadas as características da psicologia moral do ser humano, sejam possíveis e desejáveis diante de nossos ideais normativos.

## 6 Conclusão

Os estudos aqui apresentados mostram que a emoção do nojo desempenha um papel significativo na realização de juízos morais e, por consequência, transborda suas influências para o ambiente de tomada de decisão judicial. Embora envoltas em tecnicidade e condicionantes específicas, as questões jurídicas, notadamente quando configuram os chamados casos difíceis, estão fortemente imbricadas com questões morais. Sendo assim, já era esperado que os efeitos do nojo no plano moral encontrassem alguma ressonância no direito. Confirmando essa hipótese, nossos estudos encontraram evidências de que o nojo estaria positivamente correlacionado à quantidade de pena atribuída em alguns crimes específicos e ao resultado da avaliação da constitucionalidade de normas jurídicas. O efeito apresentou-se, notadamente, quando os casos ou normas jurídicas em análise eram atinentes ao que se convencionou chamar de domínio da pureza, uma esfera da moralidade concernente à manutenção da hígidez do corpo e da espiritualidade.

Os resultados obtidos abrem caminho para vários

po moral e jurídico, tendo em vista principalmente o histórico de envolvimento desta emoção com inúmeras formas de preconceito social e a falta de justificativa razoáveis para sua defesa na esfera pública (NUSSBAUM, 2009).

desdobramentos. Do ponto de vista da investigação empírica, eles apresentam apenas evidências preliminares. Seria de todo conveniente não só tentar replicá-los, como também expandir seu escopo para aferir relações de causalidade entre a emoção do nojo e a adjudicação jurídica, ou, ainda, ter como participantes dos experimentos profissionais de direito mais experientes e comparar seus resultados com os de pessoas leigas e estudantes de direito. No plano prático, os resultados podem ser de alguma valia para aqueles que buscam o aperfeiçoamento da função judicante ou se interessam por aspectos pragmáticos da argumentação jurídica, já que apresentam informações importantes sobre fatores exógenos ao direito que, de certa forma, influenciam a tomada de decisão judicial. Por fim, no âmbito teórico, acreditamos que os estudos podem servir como fundamento para construção de modelos normativos, tanto na teoria da adjudicação jurídica quanto no plano do debate sobre a legislação.





## 7 Referências

- Bandes, S. (Ed.). (2001). *The Passions of Law*. NYU Press.
- Danziger, S., Levav, J., & Avnaim-pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(17), 6889-6892.
- Dworkin, R. (2006). *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press.
- Eskine, Kendall J., Kacirik, N. A., Prinz, J. J. (2011). "A Bad Taste in the Mouth: Gustatory Disgust Influences Moral Judgment." *Psychological Science* 22: 295-299.
- Feinberg, M., & Willer, R. (2013). The moral roots of environmental attitudes. *Psychological Science*, 24(1), 56-62.
- Flanagan, O. J. (2009). *Varieties of moral personality: Ethics and psychological realism*. Harvard University Press.
- Furgeson, J. R., Babcock, L., & Shane, P. M. (2008). Do a law's policy implications affect beliefs about its constitutionality? An experimental test. *Law and human behavior*, 32(3), 219-227.
- Graham, J., Nosek, B. A., Haidt, J., Iyer, R., Koleva, S., & Ditto, P. H. (2011). Mapping the moral domain. *Journal of personality and social psychology*, 101(2), 366.
- Graham, J., Haidt, J., & Nosek, B. A. (2009). Liberals and conservatives rely on different sets of moral foundations. *Journal of personality and social psychology*, 96(5), 1029.
- Haidt, J. (2006). *The happiness hypothesis: Finding modern truth in ancient wisdom*. Basic Books.
- Haidt, J., Koller, S. H., & Dias, M. G. (1993). Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog? *Journal of personality and social psychology*, 65(4), 613.
- Haidt, J., McCauley, C., & Rozin, P. (1994). Individual differences in sensitivity to disgust: A scale sampling seven domains of disgust elicitors. *Personality and Individual Differences*, 16(5), 701-713.
- Hannikainen, I. (2014) Evaluative focus: A dual-process view of moral judgment. Diss. University of Sheffield.
- Hannikainen, I., Miller, R., & Cushman, F. (2015). Act versus Impact: Conservatives and liberals exhibit different structural emphases in moral judgment, em preparação.
- Horberg, e. J., Oveis, c., keltner, d., & cohen, a. B. (2009). Disgust and the moralization of purity. *Journal of personality and social psychology*, 97(6), 963.
- Inbar, Y., Pizarro, D. A., Knobe, J. & Bloom, P. (2009). Disgust sensitivity predicts intuitive disapproval of gays. *Emotion* 9 (3): 435- 43
- Inbar, Y., Pizarro, D. A., & Bloom, P. (2009). Conservatives are more easily disgusted than liberals. *Cognition and Emotion*, 23(4), 714-725.
- Inbar, Y., & Pizarro, D. A. (2009). Grime and punishment: How disgust influences moral, social, and legal judgments. *The Jury Expert*, 21(2), 11-22.
- Johnson, D. (2009). Anger about crime and support for punitive criminal justice policies. *Punishment & Society*, 11(1), 51-66.
- Kelly, D. (2011). *Yuck!: the nature and moral significance of disgust*. MIT Press.
- Lerner, J. S., Li, Y., Valdesolo, P., & Kassam, K. S. (2015). Emotion and decision making. *Psychology*, 66.
- Olatunji, B. O., Williams, N. L., Tolin, D. F., Abramowitz, J. S., Sawchuk, C. N., Lohr, J. M., & Elwood, L. S. (2007). The Disgust Scale: item analysis, factor structure, and suggestions for refinement. *Psychological assessment*, 19(3), 281.
- Nelissen, R. M., & Zeelenberg, M. (2009). Moral emotions as determinants of third-party punishment: Anger, guilt and the functions of altruistic sanctions. *Judgment and Decision Making*, 4(7), 543.
- Nemeroff, C., & Rozin, P. (1994). The contagion concept in adult thinking in the United States: Transmission of germs and interpersonal influence. *Ethos*, 22, 158-186.
- Nussbaum, M. C. (2009). *Hiding from humanity: Disgust, shame, and the law*. Princeton University Press.
- Prinz, J. (2006). The emotional basis of moral judgments. *Philosophical explorations*, 9(1), 29-43.
- Rozin, P., Millman, L., & Nemeroff, C. (1986). Operation of the laws of sympathetic magic in disgust and other domains. *Journal of personality and social psychology*, 50(4), 703
- Rozin, P., Lowery, L., Imada, S. & Haidt, J., (1999). The CAD triad hypothesis: a mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and

- three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of personality and social psychology*, 76(4), p.574.
- Schnall, S., Haidt, J., Clore, G. L., & Jordan, A. H. (2008). Disgust as embodied moral judgment. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 34, 1096–1109
- Schubert, Glendon. (1965). *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices - 1946–1963*. Evanston IL: Northwestern University Press.
- Segal, J. A., & Spaeth, H. J. (2002). *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge University Press.
- Sunstein, C. R., Kahneman, D., & Schkade, D. (1998). Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). *The Yale Law Journal*, 107(7), 2071-2153.
- Tamanaha, B. Z. (2009). *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton University Press.
- Tavares, R. S.; Struchiner, N. (2014). Direito & Emoções: uma proposta de cartografia. In: Rodrigo de Souza Tavares; Noel Struchiner. (Org.). *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. 1ed. Rio de Janeiro: POD, v. 1, p. 109-135.
- Tavares, R. S. (2012) Empatia, Política e Tribunais Constitucionais. In: Enzo Bello. (Org.). *Ensaio Críticos de Direitos Humanos*. 1ªed. Caxias do Sul: EDUCS.
- Wheatley, T. & Haidt, J. (2005). Hypnotic Disgust Makes Moral Judgments More Severe. *Psychological Science* 16(10), pp. 780-784.
- Zhong, C. B., B. Strejcek & N. Sivanathan (2010). A Clean Self Can Render Harsh Moral Judgment. *Journal of Experimental Social Psychology* 46(5): 859-862.

Data de submissão/*Submission date*: 17.01.2017.

Data de aceitação para publicação/*Acceptance date*: 29.03.2018.

# MATERNIDADE, CÁRCERE E VIVÊNCIA DE DIREITOS REPRODUTIVOS NA COLÔNIA PENAL FEMININA DE BUÍQUE/PE //

Maria Simone Gonzaga<sup>1</sup> e Fernando da Silva Cardoso<sup>2</sup>

## Palavras-chave

direitos reprodutivos / cárcere / maternidade / violência

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

## Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Interfaces entre cárcere, maternidade e condição feminina**
  - 2.1 Trajetos da afirmação de direitos sexuais e reprodutivos de mulheres: elementos para pensar a maternidade no cárcere
  - 2.1.1 Saúde da mulher em situação de cárcere: violência aos direitos sexuais e reprodutivos?
- 3 Trajetos metodológicos da pesquisa**
- 4 Olhares sobre maternidade e direitos de mulheres presas na Colônia Penal Feminina de Buíque/PE**
  - 4.1 Características das mães encarceradas
  - 4.2 Arquitetura prisional
  - 4.3 Filho como apoio emocional para mãe
  - 4.4 Sobre a condição de ser mãe no cárcere
  - 4.5 Aspectos sobre a Lei 11.942/2009: descompassos e horizontes
  - 4.6 Momento da separação
- 5 Considerações Finais**
- 6 Referências**

## Resumo

Este trabalho apresenta parte dos resultados da pesquisa intitulada “*Mães do Cárcere: olhares sobre o feminino na Colônia Penal Feminina de Buíque/PE*”, realizada ao longo do ano de 2015. Assim, o presente artigo tem por objetivo problematizar algumas intersecções construídas sobre o sentido da maternidade no cárcere, perfazendo o quadro acerca das condições dos espaços destinados às mulheres, com base em um cotidiano investigado. De abordagem qualitativa, esta pesquisa empírica articula algumas categorias analíticas extraídas da investigação a partir da técnica de Análise do Conteúdo (Bardin, 2002). Os resultados apresentados neste estudo indicam que o estabelecimento prisional estudado nega e/ou exclui a condição de “ser mãe/mulher” no cárcere por meio de processos que a despersonalizam e que subalternizam seus direitos reprodutivos. Conclui-se também que a maternidade é exercida a partir de meras regras de punição e/ou administração do espaço carcerário, sendo, mãe e criança, um mesmo corpo abjeto e objetificado neste espaço. Ainda, a pesquisa aponta que instrumentos importantes para a vivência dos direitos reprodutivos de mulheres mães presas, neste caso a Lei nº 11.942/2009, não tem alcançado repercussão no sistema carcerário, e, assim, garantias relacionadas à permanência do(a) filho(a) com a mãe, sobre o aleitamento, a preparação e a separação entre mães e bebês e outros aspectos base são instrumentalizados a partir do subjetivismo dos(as) agentes estatais.

1 Mestranda em Direito – Universidade Católica de Pernambuco. Graduada em Direito - Centro Universitário do Vale do Ipojuca (2016). Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares sobre Direitos Humanos (GEPIDH/UNIFAVIP). Extensionista do Projeto do Tribunal do Júri – PROJURIS/UNIFAVIP. E-mail: simone.gonzaga@outlook.com.br.

2 Doutorando em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2016). Mestre em Direitos Humanos - Universidade Federal de Pernambuco (2015). Professor Assistente da Universidade de Pernambuco e do Centro Universitário do Vale do Ipojuca. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares sobre Direitos Humanos (GEPIDH-/UNIFAVIP). Pesquisador dos Grupos de Pesquisas de Educação em Direitos Humanos, Diversidade e Cidadania, Movimentos Sociais, Educação e Diversidade na América Latina e do Diversiones - Direitos Humanos, Poder e Cultura em Gênero e Sexualidade, todos registrados no CNPq. E-mail: cardosodh8@gmail.com.

# MATERNITY, PRISON AND REPRODUCTIVE RIGHTS OF EXPERIENCE IN COLOGNE CRIMINAL FEMININE BUÍQUE/PE // *Maria Simone Gonzaga and Fernando da Silva Cardoso*

## Keywords

reproductive rights / prison / maternity / violence

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

## Abstract

This paper presents part of the results of the research entitled “Mothers of the Cárcere: looks at the feminine in the Colônia Feminina de Buíque / PE”, held during the year 2015. Thus, the present article aims to problematize some intersections built on the sense of motherhood in the prison, making up the picture about the conditions of spaces for women, based on an investigated daily. From a qualitative approach, this empirical research articulates some analytical categories extracted from the investigation using the technique of Content Analysis (Bardin, 2002). The results presented in this study indicate that the prison institution studied denies and/or excludes the condition of being a mother/woman in the prison through processes that depersonalize and subordinate their reproductive rights. It is also concluded that motherhood is exercised from mere rules of punishment and/or administration of the prison space, being, both mother and child, the same abject and objectified body in this space. Moreover, the research points out that important instruments for living the reproductive rights of women prisoners, in this case law 11.942/2009, have not reached repercussions in the prison system, and thus, guarantees related to the permanence of the child with the mother, about breastfeeding, preparation and separation between mothers and babies and other basic aspects are instrumented based on the subjectivism of state agents.

## 1 Introdução

Este artigo apresenta parte dos resultados da pesquisa<sup>3</sup> desenvolvida ao longo do ano de 2015 na Colônia Penal Feminina de Buíque (CPF), em Pernambuco, a qual teve como objetivo investigar sobre as peculiaridades e realidade envolvendo mães nesta prisão, visando discutir sobre a maternidade e o seu (não) exercício. Ainda, no sentido de observar as necessidades e como, de fato, o Estado se posiciona na aplicação das leis vigentes que resguardam os direitos de mães e filhos, assegurando, no cárcere feminino, condições mínimas de assistência e subsistência.

A vivência dos direitos reprodutivos, em específico quanto à maternidade no cárcere, segundo as leis vigentes, dá-se a partir do estabelecimento de paralelos com fundamento na legislação em vigor, respeitando-se o dia a dia das presas e seus bebês, considerando os avanços no que diz respeito à saúde da mãe presa e do seu filho, bem como a previsão de espaços de creche e berçário. E, ainda, na possibilidade de extensão do tempo de permanência das crianças no cárcere até os 07 (sete) anos de idade incompletos.

A partir desses princípios, analisar o cárcere feminino, especialmente no que se refere à vivência da maternidade em unidades prisionais, é uma importante abertura à problematização do atual quadro de (não) afirmação dos direitos reprodutivos de mulheres presas. Partindo da realidade prisional feminina e da (não) aplicabilidade da lei em vigor, é importante perceber como esse quadro atinge mães e filhos, e até que ponto o crime cometido pelas mulheres assume, no estado de gravidez, uma dupla penalização, estendendo-se também ao(a) filho(a).

A vivência dos direitos reprodutivos por mulheres/mães presas é condição determinante para a criação do vínculo entre elas e seus/suas filhos(as) e para a não negação de direitos humanos a ambos os sujeitos. A sexualidade e a saúde reprodutiva no ambiente prisional são concebidas de forma superficial e pontual, uma realidade que, muitas vezes, é julgada, pois

<sup>3</sup> Esta pesquisa, por ter lidado com seres humanos, conforme estabelece a Resolução nº 466 de 2012 do Conselho Nacional de Saúde, foi apresentada ao Comitê de Ética do Centro Universitário do Vale do Ipojuca, sendo aprovada sua realização, conforme Parecer de nº 1.267.649, emitido pelo referido órgão.

não são desenvolvidas políticas públicas com o intuito de proteger e respeitar o direito dessas mulheres.

Vê-se que, hoje, para que ocorra realmente o respeito a garantias de mães presas, é necessário que a instituição prisional assegure um espaço adequado, dando apoio e auxílio a essas mães. Aspectos como higiene, estímulos ao bebê e amamentação são essenciais, levando-se sempre em consideração, nesse cenário, o melhor interesse da criança.

Dentre os questionamentos que deram origem a esta pesquisa, um deles se destaca: Quais as experiências e violações vividas pelas presas na Colônia Penal Feminina de Buíque/PE quanto a seus direitos reprodutivos? Entende-se como de extrema relevância a problematização desses direitos a partir do exercício da maternidade no cárcere. Do mesmo modo, o objetivo geral que orientou a pesquisa foi: compreender as experiências e violações vividas pelas presas na Colônia Penal Feminina de Buíque/PE quanto a seus direitos reprodutivos.

No sentido de instrumentalizar o referido estudo, os objetivos específicos eleitos foram: analisar a concepção de maternidade no cárcere; verificar as perspectivas e contribuições da Lei 11.942/2009 a garantir os direitos fundamentais da mulher mãe em situação de cárcere; e, identificar o cenário de graves violações de direitos da mulher mãe em situação de cárcere.

Quanto aos aspectos metodológicos do estudo, trata-se de uma pesquisa de caráter qualitativo, sendo classificada como: bibliográfica (em relação ao seu ponto de partida), e descritiva e exploratória (quanto aos seus fins). A coleta de dados deu-se a partir de análise documental e de entrevistas semiestruturadas com gestantes, lactantes e mulheres que foram mães na CPF e seus/suas filhos/as já se encontravam com outros familiares, e, por último, com a Chefia Executiva da Colônia. Os dados coletados foram lidos e categorizados a partir dos elementos da análise de conteúdo.

## 2 Interfaces entre cárcere, maternidade e condição feminina

Contextualizar as condições do cárcere feminino, indagando como é ser mulher e mãe neste ambiente e apresentando as peculiaridades nele existentes, é um

importante caminho à discussão sobre a afirmação dos direitos que possuem as mulheres encarceradas, especialmente sobre questões de gênero e aquelas ligadas a direitos sexuais e reprodutivos.

As mulheres têm um histórico de lutas pelo seu reconhecimento como sujeitos de direito. No entanto, mesmo com todos os avanços do século XX, alguns fatores ainda impedem que homens e mulheres sejam vistos, em garantias, como iguais. Mesmo sendo um princípio fundamental, a igualdade de gênero ainda não é plena. Sobre a mulher sempre pairaram os olhos do patriarcado, inclusive nos dias de hoje.

A construção dos gêneros se dá através da dinâmica das relações sociais (Saffioti, 1992). É nas relações entre si que os seres humanos se constroem. No entanto, a condição feminina sempre foi marcada por processos de estigmatização e subalternidade. Em que pese a desigualdade patente, ao longo dos últimos anos os movimentos feministas tiveram conquistas significativas na concretização e efetivação dos direitos das mulheres.

Internacionalmente, em 1979, aconteceu a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, documento que foi considerado um marco dos direitos humanos internacionais das mulheres. O eixo central da Convenção está na materialização da igualdade formal no tratamento entre homens e mulheres, reafirma a importância dos direitos feministas, dando novos horizontes à igualdade entre homens e mulheres, combatendo as persistentes formas de discriminação (ONU, 1979).

O ano de 1995 também marca um importante passo nesse processo. É na 4ª Conferência Mundial da Mulher que foram discutidos novos marcos à afirmação de direitos sexuais femininos. Contudo, os aspectos culturais, religiosos e de diferenciação de gênero ainda atrapalhavam e subalternizavam a mulher a partir de aspectos médico-biológicos.

Por outro lado, a 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU, 2010) expandiu o debate ao estabelecer normas internacionais para o tratamento de mulheres encarceradas, as chamadas “Regras de

Bangkok”. Esse normativa estabeleceu princípios e regras para uma boa organização de estabelecimentos prisionais, buscando afirmar as peculiaridades de gênero no tratamento de mulheres em cumprimento de pena privativa de liberdade.<sup>4</sup> Com relação às mães presas, as Regras traçam parâmetros a um tratamento digno, no qual a mãe seja, por exemplo, ouvida no momento em que precisar se separar dos(as) filhos(as), que tenha direito à saúde, que possa amamentar e que o momento da separação seja definido com base no princípio do melhor interesse da criança, dentre outras garantias.

Neste mesmo sentido é que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará – passou a fazer menção à violência de gênero (em seu amplo sentido) como uma afronta aos direitos humanos. O sofrimento físico, sexual e/ou psicológico, considerando a violência como objeto de total repúdio, passa a ser fortemente combatido, inclusive quanto à condição da mulher-mãe em situação de cárcere. Essa peculiaridade se dá pelo fato de que, enquanto gestante, prevalece a condição de “criminoso”, não sendo respeitado o momento em que ela se encontra, considerando-se apenas o caráter meramente punitivo da pena imposta. Nesse cenário, a mãe presa não tem corpo, não é reconhecida como mulher, é duplamente penitenciada por ter, supostamente, colocado seu/sua filho(a) nessa condição.

Contudo, se a obrigação de proteção aos direitos fundamentais das mulheres presas é, no caso do Brasil, do Estado, é preciso que se esteja atento às necessidades das mães e à aplicação das leis vigentes. Quanto aos direitos que possuem as mulheres encarceradas, a saúde é uma questão chave, e que quase nunca é respeitada, o Estado não coloca em prática o que determina a lei, realçando o caráter puramente punitivo que a constitui.

Como visto, no âmbito do direito, pode-se destacar inúmeros aspectos quanto às interfaces entre cárcere

4 Apesar de, historicamente, o Brasil ser marcado por sistemáticas violações de direitos humanos no âmbito prisional, seja ele masculino ou feminino, o País ratificou, nesta ocasião, as Regras de Bangkok.



re, maternidade e condição feminina. Afinal, as mulheres grávidas em privação de liberdade deverão dispor de orientação e tratamento adequado, a elas devem ser asseguradas as mesmas orientações de uma mãe livre.

## 2.1 Trajetos da afirmação de direitos sexuais e reprodutivos de mulheres: elementos para pensar a maternidade no cárcere

Os direitos sexuais e reprodutivos são direitos fundamentais da pessoa humana, assim como o direito à vida, à liberdade e à igualdade, tendo estes garantia e proteção legal. Possuem características universais e indivisíveis, estão associados aos direitos políticos e civis, sendo vedados quaisquer tipos de discriminação. Em tese, respeitá-los é nutrir uma sociedade justa, é saber conviver com as diferenças de gênero, tratando essas particularidades como complementares a garantias mais amplas. Por outro lado, entendemos que certos obstáculos se multiplicam quando se trata de afirmar garantias a mulheres presas, como discutiremos a seguir.

É após a 2ª Guerra Mundial, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, por meio da ONU, que se passa a tratar esses direitos como garantias de base universal, inerentes a toda e qualquer pessoa (ONU, 1948). Ao apontar que todo ser humano é titular de direitos, o princípio da indivisibilidade passa a sugerir a efetivação de direitos até então esquecidos, como no caso de direitos sexuais e reprodutivos de mulheres.

Décadas mais tarde, na Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada na cidade do Cairo em 1994, é que são trazidas mudanças significativas nesse debate iniciado em 1948. Direitos humanos ligados à igualdade de gênero, planejamento familiar (baseado no controle de fecundidade que respeite a vontade dos pais) e outros mecanismos à afirmação de direitos sexuais e reprodutivos (ONU, 1994) ganham maior espaço. É a partir do Programa de Ação elaborado nessa ocasião que se estabelece que a saúde reprodutiva deve ser buscada como um estado geral de bem-estar físico, mental e social à mulher, devendo essa condição ser disfrutada de forma plena, colocando-a livre de riscos e privações. Destaca-se, nesse quadro, o estabelecimento do direi-

to de gerar o número de filhos que desejar, devendo ser garantido o acesso à informação e educação sobre o tema (Rios, 2007, p.17), por exemplo.

Seguidamente, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher que aconteceu em Pequim, em 1995, ratificam-se os acordos firmados no Cairo, distinguindo-se a autonomia entre direitos sexuais e direitos reprodutivos, sendo estabelecidas estratégias específicas para cada um deles. Assume-se a noção de que direitos sexuais garantiriam que qualquer pessoa pudesse viver sua vida sexual livre de discriminação. Enquanto que, os direitos reprodutivos, assegurariam que todo sujeito poderia decidir livre e responsavelmente sobre se quer ter filhos e o número que deseja, como, também, disporia de uma saúde pública de qualidade (ONU, 1995), trajeto à afirmação dessas garantias.

Assim, quando observadas as necessidades das mulheres e colocados em práticas tais parâmetros, as mulheres ganhariam, de fato, autonomia. Assim, a liberdade sexual/reprodutiva deve ser protegida como caminho à não discriminação de gênero. Nesse sentido, vê-se ser, ainda, latente este desafio à vivência de direitos, especialmente no que concerne à mulher em situação de cárcere, ainda mais vulnerável a violações e desrespeitos.

Portanto, debater sobre direitos sexuais e reprodutivos assume a feição de se investigar as discussões sobre direitos humanos das mulheres, tematizando a singularidade de se poder livremente decidir quanto a ter ou não filhos, com quem manter relações sexuais e de ser dona do seu próprio corpo. Entendemos que a essência desse debate está na autonomia que é garantida a toda pessoa, e que deve ser especialmente discutida/problematizada quando se trata de mulheres privadas de liberdade.

### 3.1.1 Saúde da mulher em situação de cárcere: violência aos direitos sexuais e reprodutivos?

Delinquir tem seu preço. O sujeito é punido e paga pelo delito cometido. Até hoje, o que não mudou muito foi o *modus* pelo qual se cumpre a pena, haja vista que o Sistema Penitenciário Nacional é marcado pela superlotação, baixa ressocialização e sistemáticas violências que inviabilizam a função social da pena.

Tratando-se de estabelecimentos femininos esses problemas se agravam. Entre eles, as violações com relação a direitos sexuais e reprodutivos são uma das formas mais representativas da discriminação de gênero nesses espaços. Os estabelecimentos prisionais definitivamente não foram construídos para mulheres.

É importante ressaltar que, segundo o Departamento Penitenciário Nacional, existem apenas 58 presídios exclusivamente femininos. A maioria ainda é misto e não existe nenhum tipo de acesso voltado para mulheres (Leal et al., 2016). Sendo assim, é dispensado à mulher um tratamento desigual e inferior ao dado aos homens. São desrespeitadas peculiaridades biopsicossociais de mulheres em privação de liberdade.

A mulher encarcerada no Brasil não é vista quanto à sua condição de gênero, o crime prevalece a todo momento. Por exemplo, tendo em vista alguns aspectos como a visita íntima e social, o tema constrói-se sob uma perspectiva de inferioridade de gênero, haja vista a disparidade entre as visitas para homens e mulheres presos e presas. Essa diferença é um importante marcador, hoje, da condição masculina e feminina no cárcere. Enquanto muitas mulheres são abandonadas pelos companheiros no momento da prisão, constata-se, de modo inverso, que elas dificilmente os abandonam quando presos. Do mesmo modo, o desamparo também é comum por parte da família.<sup>5</sup> Isso se dá pela desconstrução do tipo-ideal feminino. O preconceito de gênero é reforçado quando da ocorrência da criminalidade feminina.

Além disso, a visita íntima é algo que, mesmo regulamentada pela Resolução nº 1 de 30 de março de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), ainda há muito o que se estruturar. A falta de privacidade dificulta as visitas, uma vez que são feitas nas próprias celas, onde crianças e familiares dividem o mesmo espaço. Tratando-se da visita íntima, o preconceito para com a mulher é algo recorrente. A mulher que tem o desejo desse tipo de visita é menosprezada, é como se neste local o desejo feminino não devesse ser manifestado (Lima, 2006, p. 79).

<sup>5</sup> Contudo, outro empecilho que inibe os familiares de retornarem ao presídio é a revista vexatória e invasiva que é comum nos presídios brasileiros.

A assistência à saúde é outra violação que acontece diariamente na vida de mulheres presas. Essa população necessita de mais atenção à saúde do que a população em geral, como revela Mirabete (1997, p. 70): “[...] dentre os fatores que favorecem a alta incidência de problemas de saúde entre os presos está o estresse de seu encarceramento, condições insalubres, celas superlotadas com presos em contato físico contínuo e o abuso físico”.

Não obstante, mais uma violação no que tange a um direito previsto nas Regras de Bangkok, na Lei de Execuções Penais e no Código de Processo Penal (CPP), a prisão domiciliar é um direito que poucas vezes é exercido pelas gestantes em situação de cárcere, pois é tido como privilégio. Ainda prevalece a lógica do punitivismo nesse contexto.

A Política Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário é um projeto em conjunto entre os Ministérios da Justiça e da Saúde, que tem como objetivo organizar o acesso da população penitenciária às ações e serviços do Sistema Único de Saúde (SUS). Esse direito já se encontra consolidado na Constituição Federal de 1988, pela Lei nº 8.080 de 1990 – que regulamenta o Sistema Único de Saúde –, como também pela Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984, e, mais recentemente, na Lei 11.942/2009, que estabelece o direito à saúde especificamente às mulheres que se encontram presas.

Quando uma mulher é recolhida ao estabelecimento prisional, vêm à tona os problemas de saúde, vícios, bem como transtornos mentais, que são gradualmente agravados pela precariedade das condições de moradia, alimentação e saúde das unidades. Dentre as diretrizes adotadas pelo Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) está: prestar assistência integral resolutiva, contínua e de boa qualidade às necessidades de saúde da população penitenciária; definir e implementar ações e serviços consoantes com os princípios e diretrizes do SUS; e, também, provocar o reconhecimento da saúde como um direito da cidadania (Brasil, 2004).

Alguns critérios são estabelecidos para que Estados e Municípios possam aderir ao Plano, como a formalização do termo com o envio ao Ministério da Saúde, cre-

denciamento dos estabelecimentos de saúde e aprovação dos planos operativos estaduais pelo Ministério da Saúde. Hoje, no Brasil, apenas 18 estados fazem parte do PNSSP, dentre eles Pernambuco. Esses estados contam com uma equipe de profissionais da área de saúde que atua desenvolvendo ações de atenção básica em estabelecimentos prisionais masculinos e femininos.

### **3 Trajetos metodológicos da pesquisa**

De natureza empírica, este estudo assume uma perspectiva dialógica em relação ao universo eleito, a saber, a prisão. Segundo Braga, nos estudos que problematizam a prisão, pesquisas de caráter empírico são de extrema importância. Para a autora, os olhares circunscritos podem dizer muito mais sobre “as práticas na prisão do que uma tentativa de elaboração de uma grande teoria”, por diversos motivos. Especialmente porque “muito já foi escrito acerca da prisão, da ressocialização e de seu fracasso” (2014, p. 52).

O método utilizado é de perspectiva indutiva. Lida-se com uma interpretação dinâmica da realidade da instituição prisional pesquisada, lendo o contexto ao qual o estudo se circunscreveu, problematizando-o para além dele mesmo.

A abordagem adotada nesta pesquisa é de caráter qualitativo. Com relação ao enfoque qualitativo, Richardson (1999, p. 80) expõe que: “Os estudos que empregam uma metodologia qualitativa podem descrever a complexidade de determinado problema, analisar a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais”.

Em relação à instrumentalização, esta pesquisa é descritiva e exploratória. Minayo (2001) esclarece que estes tipos de pesquisa apresentam elementos que instrumentalizam/subsidiam a análise dos dados e imprimem, nesta fase da pesquisa, o aspecto teórico, com base na compreensão crítica do pesquisador sobre o objeto estudado.

A entrevista semiestruturada consistiu no instrumento de coleta de dados. Buscou-se, quanto à sua utilização, aproximar-se de um diálogo mais fiel com a realidade eleita, empregando-se, a partir de categorias pré-estabelecidas, um roteiro ao diálogo com as entrevistadas.

A entrevista semiestruturada, segundo Triviños (1994, p. 146), é que parte de certos questionamentos básicos, “apoiados em teorias e hipóteses, que interessam à pesquisa, e que, em seguida, adicionam-se uma grande quantidade de interrogativas, fruto de novas hipóteses que surgem no decorrer da entrevista”.

Os critérios de seleção dos sujeitos participantes foram estabelecidos a partir da disponibilidade e da voluntariedade de dirigentes e mulheres presas em participar do estudo. Ao todo participaram da pesquisa: 01 (uma) gestora da Colônia Penal Feminina do Buíque e 11 (onze) presas distribuídas da seguinte forma: 02 (duas) gestantes, 06 (seis) lactantes e 3 (três) que já haviam entregado seus filhos para suas respectivas famílias. Apesar de haver mais participantes com o perfil descrito nos dois grupos de sujeitos acima, não houve interesse por parte deles(as) em participar desta pesquisa.

Devido à dificuldade em ser autorizada a realização das entrevistas na referida unidade prisional – em decorrência dos rígidos protocolos administrativos estabelecidos pela gestão prisional do estado de Pernambuco à época – só fora permitida pela Secretaria de Defesa Social do Governo de Pernambuco a realização das conversas em dois dias, sob a supervisão da diretoria da Colônia Penal Feminina do Buíque e sem uso de qualquer aparelho de gravação, o que dificultou, sobremaneira, o registro e tradução, o mais fiel possível, das narrativas e reações das participantes.

Na primeira etapa da pesquisa entrevistamos a gestora da instituição buscando entender como é feita a administração do estabelecimento prisional em relação à díade maternidade e vivência no cárcere. Em uma segunda fase fora aplicada a entrevista semiestruturada com as gestantes, lactantes e mães que tiveram seus filhos no estabelecimento prisional e estes já se encontravam com suas respectivas famílias ou em abrigos, como forma de tentarmos compreender a realidade vivenciada pelas participantes da pesquisa.

A análise das narrativas coletadas deu-se a partir da técnica da análise de conteúdo. Por constituir-se em um estudo qualitativo, a análise das falas mapeadas foi orientada com base em descritores eleitos a partir da pré-análise e da coleta de informações, como for-

ma de relacioná-los com aos objetivos traçados neste estudo. Estes descritores possibilitaram a organização dos dados em categorias temáticas (Bardin, 2002).

A análise de conteúdo permitiu compreender e evidenciar indicadores não expressos nas narrativas das participantes da pesquisa. A partir desta técnica não se resumiu à descrição (enumeração das características sobre o objeto eleito), nem, tampouco, à interpretação (significação vazia das particularidades observadas junto às entrevistadas). Empregou-se este procedimento com vistas à passagem, explícita e organizada, em referenciais teóricos e analíticos, da descrição à interpretação. Afinal, a análise de conteúdo, por trabalhar com a palavra, permite produzir importantes inferências em relação ao campo e aos sujeitos (Bardin, 2002).

Ao estudar o cotidiano das mães presas problematizam-se os contornos que possui a maternidade no cárcere em questão e de que maneira maternidade, a feminilidade e a prisão estão imbricadas. Assim, as categorias apresentadas a seguir sintetizam parte dos resultados da pesquisa que foi realizada na Colônia Penal Feminina de Buíque ao longo do ano de 2015.

#### **4 Olhares sobre maternidade e direitos de mulheres presas na Colônia Penal Feminina de Buíque/PE**

4.1 Características das mães encarceradas  
Nesse momento iremos discutir as características das participantes da pesquisa. Foram entrevistadas 11 mulheres, 02 (duas) gestantes, 06 (seis) lactantes e 3 (três) que já haviam entregado seus filhos para suas respectivas famílias. Essas mães possuíam entre 18 e 31 anos de idade. Com relação à característica da cor da pele, apenas 4 são brancas e 7 são negras.

Outro dado relevante é que apenas duas dessas mulheres são mães pela primeira vez, as demais possuem outros filhos que se encontram fora da Colônia Penal Feminina de Buíque, como relata uma das participantes da pesquisa: *“Tenho mais duas meninas e um menino, estão com minha mãe e irmã”*<sup>6</sup> (Entrevis-

6 Foram mantidos possíveis erros de pronúncia como forma de sermos fiéis ao dito pelas entrevistadas.

*tada 06)*”. Pelas repostas coletadas fica evidenciado um aspecto relacionado ao alcance das políticas de saúde pública quanto à prevenção de gravidez e planejamento familiar das entrevistadas.

Sobre o grau de escolaridade, uma é analfabeta, três possuem ensino fundamental incompleto e sete delas têm ensino médio incompleto. Quanto à continuidade dos estudos, apenas três das entrevistadas estudam na escola que funciona dentro da CPF. Vê-se que a política de reinserção é, ainda, permeada de lacunas no processo de ressocialização. No que se refere à profissão das participantes da pesquisa, uma se diz agricultora, seis do lar e quatro dizem nunca ter trabalhado. A subsistência do grupo de entrevistadas se dá a partir de programas de transferência de renda, especialmente pelo Bolsa Família: *“Tenho seis filhos, não tenho paciência pra estudo, aqui eu também não trabalho, aqui é muito difícil”* (Entrevistada 09). Nota-se que a condição de criminalidade é permeada pela vulnerabilidade em que se encontravam as mulheres estudadas.

O considerável número de filhos, associado ao baixo nível de escolaridade, condiciona as mulheres entrevistadas ao trabalho materno e do lar. O fato de não terem plena cidadania, a nosso ver, pode interferir na existência da criminalidade feminina. Ambientes escassos de cidadania e ausentes do Estado podem contribuir com práticas de sobrevivência ilícitas. Podemos afirmar que o contexto de vulnerabilidade visto em relação às participantes da pesquisa é um fator que pode ser mensurado como possível abertura à prática de crimes, especialmente em situações que envolvem o tráfico de drogas.

As mães entrevistadas, em sua grande maioria, tinham como companheiros homens que já viviam envolvidos com o crime e, de forma especial, com o tráfico de drogas, seja como traficantes ou usuários. Essas mulheres não eram viciadas em drogas, entraram nesse contexto ligadas pelo elo afetivo com algum sujeito próximo, em sua maioria homens pelos nutriam algum afeto.

Os delitos cometidos pelas mães entrevistadas dividem-se em: um homicídio, uma receptação e todos os demais tráfico. Outro dado relevante é que apenas

duas mães das que foram detidas por tráfico não estavam levando a droga para o companheiro no presídio. Mulheres apenas por viverem na companhia de traficantes, quando estes são presos, a relação existente entre eles também as coloca como cúmplices ou as agencia para o tráfico, como no relato a seguir: *“Não dei sorte, fui levar pra meu marido, mas na hora de passar pela revista eu caí... de lá já vim direto pra cá, hoje tá nós dois preso”* (Entrevistada 02). É possível identificar que a mulher quando guarda ou transporta drogas para os estabelecimentos prisionais não faz apenas como meio de garantir o sustento da sua família, mas é, além disso, resultado dos laços afetivos com o seu companheiro, como também menciona estudo realizado por Costa (2008).

Vê-se que a mulher quase nunca abandona seu companheiro quando este é preso, sempre vai à visita e, nessas idas, acaba cedendo e levando drogas para seu companheiro, o que acarreta, muitas vezes, em sua prisão. Vale salientar que o papel da mulher no tráfico é subsidiário. A elas é destinado uma função inferior, assumida como “mula”, a que leva a droga ao presídio, ou “aviãozinho”, aquela que vende pequenas quantidades.

As mulheres entrevistadas vêm de um histórico de familiares presos. Como demonstra a pesquisa, apenas uma das entrevistadas não possui um parente que cumpriu pena. Com relação aos pais das crianças, em sua maioria, encontram-se presos.

Quanto à assistência jurídica, apenas duas possuem advogados particulares, as demais são assistidas por dois advogados contratados pelo Governo do Estado para prestarem serviço na CPF. Entre as que possuem advogado particular está a Entrevistada 09: *“Tenho advogada particular, já tô aqui faz três anos e um mês, mas ela não aparece faz seis meses, minha família vai pedir a ela os documentos e vai trocar, minha situação é muito complicada, eu ia entregar a droga a uma pessoa e essa pessoa ia entregar a outra, tô muito enrolada”*.

As dificuldades dessas mulheres ficam evidenciadas na fala de todas, sem exceção. O Estado não oferta a elas uma assistência jurídica adequada. Tendo em vista que as demandas judiciais são morosas, dois

advogados não proveem a quantidade de processos existentes na CPF.

A partir das informações coletadas nesta categoria, fica evidenciado que a condição econômica dessas mulheres é extremamente baixa, que a educação escolar oferecida para elas dentro da CPF não tem nenhum atrativo que as façam ter vontade de estudar, o que as deixa ainda mais vulneráveis, tornando-as, muitas vezes, pessoas suscetíveis a se reinserir no mundo do crime, fator agravado pela ausência estatal na prestação do acesso à justiça, principalmente. Predomina a subalternização de gênero, classe e renda no tratamento recebido pelas entrevistadas.

#### 4.2 Arquitetura prisional

Ao lado de tantas dificuldades que as mães e filhos(as) passam nos estabelecimentos prisionais, a arquitetura prisional é mais uma delas. Percebe-se que os presídios não foram feitos para mulheres, são construídos por homens e para homens, tendo a administração prisional que fazer modificações para adaptá-los às mulheres, muitas vezes não tendo condições estruturais mínimas para se observar as peculiaridades femininas.

Há de se considerar que a prisão, por si só, é um ambiente que favorece a violação de direitos, pois: “O cárcere é uma instituição totalizante e despersonalizadora” (Espinoza, 2004, p. 78) e aqueles e aquelas que nele se encontram vivenciam a ruptura, em diversos níveis, dos vínculos afetivo-sociais. Não se trata apenas da restrição de liberdade, mas da privação, por completo, da capacidade de se enxergar e viver enquanto indivíduo.

Atualmente existem em Pernambuco três locais destinados à reclusão de mulheres: as Colônias Penais Femininas do Recife, de Abreu e Lima e de Buíque. A Colônia Penal Feminina de Buíque tem capacidade para 109 mulheres, divididas em dois pavilhões. O pavilhão A com capacidade de 70 e o B de 31 mulheres, tinham, ao longo da realização desta pesquisa, no regime fechado, 90 mulheres sentenciadas, 241 sumariadas, e, no semiaberto, 19 mulheres aguardando a progressão, um total de 355. No entanto, do total de mulheres, apenas 40 eram concessionadas, ou seja, trabalhavam e recebiam algum benefício do Estado.



Um fato interessante é que, com relação às mulheres que esperavam progressão de regime e/ou a prisão domiciliar, poucas entendiam o seu direito. Dentre as mães entrevistadas apenas uma afirma ter reivindicado tal direito: “*Já dei entrada na domiciliar, quero sair daqui junto com minha filha, se Deus quiser, aqui é um inferno, isso não é lugar para minha filha, ela não merece estar aqui*” (Entrevistada 05). A prisão domiciliar é um direito previsto na Lei de Execuções Penais, mas que, conforme indagação durante a pesquisa, elas sequer sabem do direito que possuem, é como se não se vissem como sujeitos de direito.

Ainda sobre a arquitetura do local de estudo, a sala onde foram realizadas as entrevistas era um depósito com várias caixas, uma banca escolar e três cadeiras de plástico e ficava entre a recepção e o berçário. Uma concessionada ficava abrindo a porta e organizando o fluxo de pessoas, uma mãe por vez. Durante todo o processo de entrevistas, as mães vinham acompanhadas de seus bebês, havia momentos em que amamentavam, ou, quando com os bebês maiores, sempre mostravam o quanto eles eram espertos e inteligentes, mostrando-nos as brincadeiras que eles faziam, como, por exemplo: “*Ele tem oito meses, mostra mãe como tu desmaia, bate palminha pra ela ver como tu é sabido, esconde o rostinho, se esconde dela mãe*” (Entrevistada 04). A Entrevistada 05, que estava acompanhada da filha de apenas três dias, amamentava a criança durante a entrevista, e mesmo quando a bebê já estava satisfeita, seu leite começava a escorrer pela blusa. Pergunto se ela quer parar a entrevista, ela responde que não: “*Graças a Deus tenho muito leite, vamos terminar*”, diz. Há, claramente, a resistência do afeto como elemento que transpõe as condições precárias no exercício da maternidade.

É sabido que os presídios não foram pensados para abrigar mulheres. Até nisso o fato da mulher sempre ser assumida como cuidadora do lar, dos filhos, do marido e não como passível de transgredir as leis, circunda o mesmo imaginário normativo que funda os espaços prisionais, marcados pelo patriarcalismo da lei e da dominação masculina. De modo objetivo, nada justificaria a mulher vir a delinquir.

Nesta perspectiva, resta evidente o quanto as questões de gênero são marcantes, em todos os sentidos, nesse

espaço. A condição feminina não é enxergada, a mulher é tratada como se homem fosse, o Estado não respeita as peculiaridades da mulher, nem mesmo as que estão grávidas na prisão. Em uma perspectiva de gênero (Scott, 1995; Saffioti, 2004), entende-se as práticas de negação à maternidade no cárcere e a violência presente na dinâmica e no cotidiano da estrutura prisional na qual mulheres estão inseridas. Os marcadores sociais que são reproduzidos na dinâmica de responsabilização jurídica de mães presas subalternizam – duplamente – a maternidade a condição feminina.

A referência de guardiã familiar, para a mulher que delinque, reforça a discriminação pela própria família, assim como dentro do presídio. Socialmente, não se admite que a figura feminina, doce e materna, transgrida. A imagem feminina de docilidade e ternura, em oposição à figura da mulher presidiária, incide no processo de masculinização feminina no cárcere, como descreve Angotti:

*Todas as normas de comportamento – a maneira de se portar no refeitório, de se vestir, de pentear-se e falar – indicam adestramentos pautados em um “dever ser” feminino, que preza pelos “bons modos” e pela decência que simbolizam a “mulher honesta”. Os condicionamentos trabalhavam os “excessos” de modo a equilibrar características extremadas, para que as detentas não fossem nem muito femininas, nem pouco femininas; nem escandalosas, nem apáticas; nem muito vaidosas, nem desarrumadas (2012, p. 265).*

Ainda, durante a entrevista com a chefia executiva, ficou evidenciado na fala da gestora o quanto o improviso para atender as questões peculiares à mulher em estado de privação de liberdade é uma constante: “*Tudo aqui é improvisado, afinal de contas esse prédio foi construído para ser uma cadeia pública masculina, onde funciona a enfermaria seria a cela especial; uma sala grande foi dividida em duas para ser salas de aula, a outra sala de aula funciona no refeitório improvisada; o berçário seriam as celas para visitas íntimas. Se nós recebemos recursos, mas o dinheiro é escasso, infelizmente não dá pra fazer muita coisa*” (Chefia Executiva).

O local onde funciona o berçário improvisado é marcado por privações. Quatro quartos muito pequenos,



com camas de cimentos e bicamas de madeira, onde se dividem mães, bebês e gestantes à espera do parto. Não há lugar para guardar objetos pessoais, acima das camas são estendidos arames com roupas, nas janelas com grades existem plásticos, o que impede a ventilação. As paredes são, em sua grande parte, de cimento aparente, o banheiro fica logo ao lado das camas.

Em suma, não há qualquer estrutura a mães e suas crianças: *“Durmo na cama de cimento com meu filho, outra mãe e o filho dela, é muito pequeno, apertado pra gente” (Entrevistada 02)*. A fala da mãe chama atenção para os aspectos motores e espaciais. Percebemos que o local a que a mãe se refere, onde funciona o berçário, não apresenta condições mínimas para uma criança se desenvolver sadicamente. Afinal, além de abrigar muitas pessoas, o ambiente é precário em tamanho – afinal, as camas ocupam todo o espaço – o que impede a criança se locomover, tendo que passar boa parte do dia nos braços de sua genitora.

É visível que a condição de mãe é negada nesse espaço. Elas, marcadas pela sua condição de gênero, merecem um olhar e atenção diferenciada, para além da visão genérica das legislações, pois, muitas vezes, a interpretação ampla nega o direito à diferença a mulheres.

Constata-se, a partir da fala da Chefia Executiva, que o quadro tende a se perpetuar. Afirma a Chefia que há um ano que não se recebe proventos para investimento na CPF. Como também, o Estado, mesmo se tratando de uma prisão feminina, não tem encaminhado materiais de higiene pessoal, o que desvela a dificuldade de ser mulher e de suas necessidades básicas na prisão: *“Não recebemos suprimentos para investimentos a praticamente um ano, como aqui é muito distante de tudo, como ficamos distante da capital, tudo fica mais difícil, inclusive de formarmos parcerias com empresas (Chefia Executiva)*.

Junto às questões da arquitetura prisional, vemos também os aspectos humanos desse espaço. A estrutura também é precária devido à falta de mão de obra especializada para o trabalho básico de limpeza, por exemplo. Nega-se, também, a essas mulheres, a possibilidade de estar em um local mais apropriado à sua ressocialização.

Nessa categoria, a partir das análises, percebemos que, com relação à arquitetura prisional, o que predomina é um ambiente hostil, masculinizado, pensado e trabalhado em uma perspectiva de negação de peculiaridades femininas. Não há qualquer perspectiva no sentido de questionar ou mudar o atual modelo do presídio feminino estudado.

4.3 Filho como apoio emocional para mãe  
Durante toda pesquisa identificamos vários problemas institucionais, aliados, inclusive, à falta de compreensão de como o filho é importante para as mães presas, como a presença do filho acalma e traz para essas mulheres o sentido de responsabilidade e sobre como as crianças representam suas famílias.

Segundo Espinoza (2004, p. 78): *“O cárcere é uma instituição totalizante e despersonalizadora, na qual predomina a desconfiança e onde a violência se converte em instrumento de troca. O único objetivo de quem está ali é sair, fugir, atingir a liberdade.”* Sendo a humilhação algo constante, tão logo, sentimentos ligados à indignação e violência logo se manifestam, de forma intensa, entre pessoas privadas de liberdade.

Para além da responsabilização pelos crimes cometidos, manter uma criança no ambiente prisional não é tarefa fácil para as mães. Como mencionado anteriormente, a falta de atenção do Estado para com esses pequenos sujeitos aponta a precarização e a utopia da ressocialização no Brasil.

Muitas dessas mães, ao serem separadas de seus filhos que já tinham antes de serem presas, estabelecem com essa nova criança um vínculo emocional ainda maior. Os sentimentos de culpa e aqueles advindos da nova maternidade criam um quadro de sofrimento e de dor, como relata a Entrevistada 06, que, na época da pesquisa, estava gestante: *“Tenho mais 3 filhos, 2 meninas e 1 menino, esse é outro menino. Vou ficar com ele o tempo que eu puder aqui pra me fazer companhia, é muito difícil esse lugar e a pessoa sozinha, pior ainda.”* A fala da entrevistada evidencia não só o sentimento de solidão, mas do próprio ócio que permeia esse espaço, verdadeiro depósito de pessoas.

Enquanto presas, essas mulheres não têm domínio sobre suas próprias vidas, o Estado que disciplina

como elas e os filhos devem viver, estabelecendo regras principalmente no que diz respeito à criação das crianças que estão diretamente sob a tutela estatal, conjuntamente com suas genitoras. A impossibilidade de exercer a maternidade no cárcere é uma grande violação de direitos dessas mulheres. São percebidas e expressas por elas as diferenças que permeiam as violações de seus direitos reprodutivos nesses espaços, de modo que apontam a maternidade como sendo um direito impossível de ser exercido no cárcere.

Na CPF, 60% das mulheres são de Caruaru, cidade muito distante de Buíque. Essa geografia dificulta, em grande escala, a presença de outros membros da família nas visitas. A pena deve atingir apenas a pessoa da detenta, e não a criança e/ou familiares. O processo de isolamento constatado evidencia que os/as filho/as das detentas sofrem de modo muito peculiar a pena imposta às mães.

A criança, muitas vezes, é a única referência de família que as mulheres têm, pois a visita não ocorre com frequência: *“Recebo visita de seis em seis meses, as condições tá muito difícil lá fora também, minha mãe não tem dinheiro pra tá aqui toda semana, aí fica faltando muita coisa pra ele”* (Entrevistada 02). Como nesse caso, a ausência da família indica não só que faltam itens para a subsistência da criança, mas que o Estado não proporciona nenhum material destinado aos bebês. Apesar de haver normas que determinam que os filhos permaneçam com suas mães, não há nenhum tipo de cuidado com a subsistência das crianças e das próprias mulheres, uma espécie de controle punitivo do Estado sobre o corpo. O Estado termina por desempenhar e evidenciar sua face mais evidente, a do castigo.

Entretanto, a lei estabelece que a criança deve permanecer com a mãe até o período de amamentação. Mas o que seria esse tempo de amamentação, haja vista que necessidades são diferentes, como evidencia e destaca a entrevistada 09: *“Ele tem onze meses e ainda mama, ainda bem porque minha mãe não pode vir me visitar, porque eu tenho um irmão cadeirante que ela toma conta, quem já vem aqui e traz as coisas pra ele é meu sogro, como ele tá grandinho tenho que inteirar com mingau, mas ele ainda pede o peito”* (Entrevistada 09). Mais uma vez a fala da mãe evidencia como a lei é

frágil e omissa com relação às crianças que vivem em estabelecimentos prisionais. O Estado não oferece alimentação para essas crianças, afinal, não contempla, na prisão, as peculiaridades de ser mãe.

Em suma, os dados coletados nesta categoria aludem que o local destinado ao cuidado com crianças, na prisão estudada, não é adequado. Ainda, que as crianças na CPF estão expostas a condições indignas de subsistência, as quais constroem o aprisionamento como uma extensão da pena aos/as filhos/as das mães entrevistadas.

4.4 Sobre a condição de ser mãe no cárcere  
A condição delicada da mulher mãe em situação de cárcere começa assim que ela é presa gestante, ou mesmo quando se desconfia que está grávida. A mulher que ingressa grávida de até seis meses na CPF não é levada ao pavilhão específico desse grupo, permanece junto com as demais presas, dividindo espaços comuns, como se grávida não estivesse.

A partir das entrevistas percebemos como estas mulheres viviam durante a gestação na CPF, demonstrando que, mesmo grávidas, prevalece apenas o delito cometido, o seu estado gestacional não é respeitado pelo Estado. Vejamos: *“Não sabia que estava grávida quando cheguei aqui, fiz exame demorou muito tempo pra chegar o resultado. Eu dormia no colchão de solteiro com uma mulher muito boa, ela era como uma mãe pra mim, (choro), tinha muito cuidado pra não bater em mim, ela dormia pra cima e eu pra baixo, fiquei lá até o 7 meses”* (Entrevistada 07).

Aliado a esse quadro, os itens de higiene pessoal são de responsabilidade das próprias detentas, permanecendo na dependência do que seus familiares possam levar durante a visita. Itens básicos como: creme dental, sabonete, shampoo e, especialmente, absorventes, não são disponibilizados pelo Estado. Os direitos reprodutivos encontram grande obstáculo na não afirmação da saúde nesses espaços. Por outro lado, a sororidade é sentimento que possibilita a afirmação das questões de gênero nesse espaço: *“Só recebo visita uma vez no mês, falta tudo aqui, muito difícil estar nesse lugar”*. *“As meninas que recebem visita me ajudam, aqui uma ajuda a outra, porque a gente só recebe a comida e agora teve cortes até nisso”* (Entrevistada 04).

Mesmo em relação ao nascimento dos bebês, direito básico à vida, para maioria das mulheres entrevistadas que estão na CPF, constitui-se em uma peregrinação e desafio. No município de Buíque, a falta de estrutura no hospital impede que sejam realizadas cesarianas, assim só as mães que têm seus filhos de parto natural realizam o procedimento no município. As demais, que necessitam de uma cesariana, são levadas até as cidades de Arcoverde ou Caruaru.

Além da incerteza de onde e como terão seus filhos, questões ligadas à segurança pública complicam o processo de parto, como relata a Chefia Executiva: *“Temos pouco efetivo de maneira geral, e efetivo de mulheres menos ainda, e durante a custódia nos hospitais, não são aceitos homens, é uma grande dificuldade pra gente poder administrar essa situação”* (Chefia Executiva). Percebe-se que a questão de segurança pública, aliada à superlotação do sistema carcerário, releva a necessidade de serviços especializados para a mulher-mãe presa. É explícita durante a pesquisa a falta de reconhecimento das mulheres presas enquanto sujeitos de direito.

Conclui-se, nesta categoria, o quanto as condições sub-humanas do espaço e do sistema prisional impedem o respeito à dignidade e ao exercício da maternidade. Sob as regras do estabelecimento prisional, a mulher não escolhe como criar o filho, as violações são uma constante. A realidade encontrada é de total exclusão, marcada por uma dissimulada discriminação de gênero que viola direitos e a condição de ser mulher.

#### 4.5 Aspectos sobre a Lei 11.942/2009: descompassos e horizontes

O universo da mulher grávida em situação de cárcere merece, cada vez mais, atenção, pois as peculiaridades do ser mulher, mãe e de ter em sua companhia um/a filho/a no estabelecimento prisional requer tratamento diferenciado de um preso masculino. Pensando nisso foi criada a Lei nº 11.942 de 2009, na verdade alterações aos artigos 14, 83 e 89 da Lei de Execuções Penais. No que tange a como esta norma é aplicada na CPF, ou seja, de como o Estado e a administração prisional colocam em prática a referida lei.

Traçando um paralelo entre o que determina a mencionada legislação vigente e a rotina na CPF,

percebe-se que a lei não é aplicada: em seu art. 14, §3º, que dispõe sobre o acompanhamento médico à mulher e à criança, vemos, a partir da fala da Chefia Executiva, que, com relação à saúde da mulher e do filho, existem, na Unidade Prisional, um médico ginecologista e uma enfermeira, que atendem três vezes por semana, apenas. Também constatamos que existe um projeto chamado “Módulo de Saúde”, que visa a transformar o prédio anexo, onde hoje funciona o regime semiaberto, em uma área totalmente voltada para saúde da mulher. Porém, durante as entrevistas, as mães explicam que qualquer problema de saúde que as crianças tenham são encaminhadas aos postos de saúde do município de Buíque: *“Ele (criança) caiu e elas (agentes) levaram na hora para o postinho”* (Entrevistada 03). Percebe-se que o atendimento à mãe e à criança é feito de maneira pontual e por meio de encaminhamento à Rede Municipal e Estadual de Saúde, ou seja, pelo SUS.

A lei também determina a criação de berçários para amamentação e creche para as crianças menores de 7 (sete) anos. Contudo, na CPF, não existe berçário nem creche, desrespeitando o dispositivo legal, haja vista que o local é uma cadeia masculina improvisada sem a menor estrutura para abrigar mulheres, muito menos mães e crianças.

O “berçário” é, na verdade, quatro celas pequenas onde dormem mães, bebês e gestantes que vêm dos demais pavilhões entre o sexto e o sétimo mês de gestação. O local é totalmente inadequado para que mães e filhos/as desenvolvam qualquer atividade. O ambiente físico é contrário ao que dispõe a Legislação e não oferece à criança oportunidade de locomoção: *“Meu filho não pode correr, vive ou na cama ou no braço”* (Entrevistada 09).

A CPF não possui creche, tampouco pessoal qualificado para dar assistência às crianças. O que se constata, em relação a este item da lei, é que a normativa é omissa quanto à instrumentalização da assistência. A execução das penas não observa as peculiaridades e as verdadeiras necessidades de mães e filhos.

Com relação à amamentação, a Constituição Federal em seu art. 5º, L, a Lei de Execuções Penais e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem

o direito da criança de ser amamentada pela mãe, mesmo estando em unidade prisional. A Lei 11.942 de 2009, determina, ainda, que os presídios devem estar dotados de local apropriado para que a mãe possa amamentar seu filho até os seis meses de vida, como também de creches para abrigar crianças menores de sete anos. No entanto, a respeito de garantias à mãe que, por motivos de saúde, não pode amamentar seu/ sua filho/a, ou no caso de que ele/a já se encontre com mais de seis meses, precisando de outro tipo de alimentação, não faz menção a essa garantia. Com relação à falta de alimentação para as crianças, vejamos: *“Tive um problema nos meus peitos, fiz de tudo pra dar de mamar, mas cresceu uns caroços no meu peito e ficou muito duro, ela ia mamar e saía sangue, como não tinha como comprar leite Não era R\$ 35, 00 a lata, aí mandei ela pra casa com dois meses”* (Entrevistada 10).

Constata-se, que em relação à subsistência da criança, há uma lacuna clara na Lei nº 11.942 de 2009 em relação a bebês que não mamam e aqueles maiores de seis meses que não precisam somente do leite materno. Na CPF B só se disponibiliza cerca de 120 fraldas por mês para aquelas crianças que lá convivem com suas mães, além de alguns remédios. A fala a seguir deixa evidente o quanto o Estado é omissivo: *“Falta muita coisa, são só 120 fraldas no mês e a gente tem que render, quem tem visita é bom, mas eu que não tenho visita tenho que me virar, aí no domingo as meninas faz cotinha e me dão dinheiro pra mandar os agentes comprar fralda e leite pra ela, já misturei massa com água”* (Entrevistada 02).

Ao analisarmos esta categoria, juntamente com as falas dos sujeitos da pesquisa, ficou evidenciado que a Lei 11.942 de 2009 não é cumprida. Como relatado pela Chefia Executiva, por diversas vezes, a CPF B foi construída para ser uma cadeia pública masculina, fato este que impede, desde sua arquitetura, o exercício de direitos reprodutivos de mulheres.

#### 4.6 Momento da separação

Nesta categoria iremos analisar um aspecto imprescindível sobre o tema que estamos discutindo, o momento da separação entre mães e filhos que vivem em estabelecimentos prisionais. Aqui iremos relatar a omissão da lei sobre o tempo de permanência da criança junto à mãe e a realidade vista na CPF B, e, por fim, a partir de quais aspectos se dá essa separação.

O vínculo criado entre mãe e bebê dá suporte e ajuda a mãe no cumprimento da pena. Sendo a companhia destas mulheres, o filho minimiza o exacerbado punitivismo do Estado. Durante conversa com a Chefia Executiva, na CPF B, ficou evidenciado que a regra para que crianças e mães dormissem na mesma cama dar-se-ia por motivos sentimentais, como dispõe a seguir: *“Os berços foram abolidos, pois as mães não utilizavam, e é difícil obrigar, acho que pelo pouco tempo que passam com os filhos preferem dormir abraçadas a eles”* (Chefia Executiva). Na verdade, esse quadro invisibiliza a precariedade quanto ao cuidado e as condições oferecidas no sistema prisional feminino.

Com relação ao critério de separação, na CPF B, dá-se por volta dos seis meses de vida do bebê. Todas as mães entrevistadas, sem exceção, falam que é melhor o filho fora da prisão, mas, ao mesmo tempo, expressam muito sofrimento ao falarem do momento da separação entre eles/as. Seja as que já passaram por este momento, como as que estão perto de viverem este terrível e doloroso dia, há pouco preparo em relação ao momento da separação, como expõe, abraçada ao filho e chorando, a Entrevistada 02: *“Domingo mãe vem buscar ele, não gosto nem de falar, vou ficar muito tempo sem ver ele, porque mãe não tem dinheiro pra vir me ver, passa seis mês para vir, acho que ele nem vai mais me conhecer”*.

Neste momento, as mães presas descobrem outra forma de criação de seus filhos. Passam a exercer o que é denominado de “hipomaternidade”, ou seja, ser mãe a partir da negação anterior de questões que envolvem desde sua subjetividade até aquelas que envolvem o cuidado materno em si (Braga, 2015).

Ao analisarmos a fala acima, fica evidente o sofrimento dessas mulheres. Certamente, o trauma em serem separadas, tanto para mães como para filhos/as, terá condições nefastas. Falta, ao Estado, implementar mecanismos que viabilizem a plena ressocialização dessas mulheres como caminho a um futuro reencontro. A entrevistada 09 descreve o dia em que sua filha foi separada dela: *“Era dia trinta de dezembro, me agarrei com ela e gritava pra ela não ir, pedi tanto que deixassem eu passar o ano novo com ela, mas não teve jeito. A menina foi embora eu chorei tanto, foi uma dor tão grande que eu nunca senti uma coisa daquela.”*

*Vim aqui falar com a senhora, mas não olhei pra o berçário, eu não gosto de ficar vendo as outras mães com os filhos, eu lembro muito dela, quando ela foi embora pedi na mesma hora pra subir pra o pavilhão".* Esse conjunto de sentimentos, na fala da entrevistada, reflete o duro caminho ao exercício da maternidade no cárcere. Após a separação, o tempo para as mães entrevistadas é um inimigo, a ausência dos/as filhos/as tolhe suas perspectivas de vida.

Em relação a este quadro, a hipomaternidade ocorre com o rompimento súbito do contato entre mãe e filho, decorrente da entrega da criança para seus familiares ou lares de adoção. Braga & Angotti aludem, a partir de estudo realizado, a uma narrativa similar à que se relaciona neste estudo:

*Todo dia eu acordo com medo de ser o dia de levarem minha filha. Quando chega às 17hs fico aliviada, terei mais uma noite com ela.", nos contou Lucinéia, do Butantã. A angústia da ruptura súbita da convivência com o bebê estava expressa nessa mulher, que já havia arrumado em uma mala os pertences da filha, pois a hora da despedida se aproximava (2015, p. 234).*

Ao longo do encontro, a Entrevistada 08 nos chamou atenção. Seu filho estava com onze meses na CPFB, ele não tinha ido embora ainda pois houve um erro no registro de nascimento, precisamente no nome da mãe, que estava aguardando a correção para que ele pudesse ir embora: *"Assim que chegar ele irá embora"*, diz a mãe em tom de tristeza. Mãe e filho, durante toda entrevista, se olham muito, e é notória a cumplicidade existente naquela relação. Um fato comum é que, durante as entrevistas, pessoas que nos acompanhavam seguram os bebês no colo para que as mães ficassem mais à vontade. No entanto, e Entrevistada 08 segurou e abraçou a criança durante toda a entrevista, inclusive não permitindo que outras pessoas o pegassem no colo: *"Ele só é acostumado comigo, né mãe? Ele não vai pra o braço dos outros não"*. Questiona-se: como o Estado poderá garantir o exercício de direitos reprodutivos a essa e outras mulheres, agindo de modo tão alheio às questões de gênero?

Nesta categoria, fica evidente que o momento de se-

paração é, sem dúvidas, o grande gargalo desse cenário. Este momento é feito sem nenhum preparo, o laço é rompido de forma brusca, o critério de separação é aleatório e a carga da administração do estabelecimento prisional. Leva-se em consideração apenas o que é melhor para a administração prisional, não o que é melhor para criança e/ou para a mãe.

## 5 Considerações finais

Constatamos, em relação à problemática eleita, que a forma como vivem mães que cumprem pena privativa de liberdade na companhia de seus filhos na Colônia Penal Feminina de Buíque/PE é extremamente discrepante e contrária ao que diz respeito às Leis que versam sobre o assunto, especialmente a Lei nº 11.942/2009.

As condições em que vivem mães e filhos contempla uma realidade comovente na qual fica clara a negação da condição de ser mulher. Um elemento base percebido é que o sistema carcerário, ao negar as peculiaridades existentes no mundo de mulheres mães, comete violações e injustiças que as punem duplamente. Ainda, constata-se que há um grande esforço por parte da administração prisional da Colônia estudada para adaptar o local para o universo feminino, tendo em vista que o prédio foi construído para ser uma cadeia pública masculina, mas que tem contribuído pouco.

A legislação determina que os presídios femininos devem ser dotados de berçário para amamentação. Ademais, na CPBF, não existe esse tipo de espaço, mas um local improvisado que em nada parece com o que determina a norma, a falta de ventilação, pouco espaço para locomoção das crianças e péssimas acomodações, é o que se constata nesse ambiente. A pesquisa mostra que apesar da legislação assegurar que crianças têm o direito de permanecer com sua mãe no estabelecimento prisional, o local não é adequado para uma convivência sadia e saudável. O fato é que o local não está preparado para receber mães, tampouco, seus filhos, as condições ofertadas são extremamente precárias.

Quanto ao período de permanência das crianças nos estabelecimentos prisionais, a legislação trata apenas do período mínimo, que é o da amamentação, já o período máximo de convivência é um ponto de

omissão do legislador, sendo o critério da separação determinado pela diretoria dos estabelecimentos prisionais. Especificamente, na CPF, o prazo máximo é o de seis meses de idade, devido à falta de estrutura em acomodar as crianças.

Ainda em relação às omissões da legislação quanto às peculiaridades da mulher no cárcere, está a subsistência dessas crianças. O Estado não oferta nenhum tipo de ajuda, ficando a mãe com o dever de arcar com a subsistência de seus filhos. Portanto, a mãe que, por qualquer motivo, não possa alimentar seu filho com leite materno, terá que arcar com sua alimentação. Vê-se que a estrutura física e a omissão legislativa são fatores principais que levam a uma gama de outras violações a mães e seus filhos.

É inquestionável que a convivência entre mães e filhos é de fundamental importância, principalmente no início da vida da criança, devendo se dar em condições dignas de sobrevivência. Contatou-se que, mesmo em condições precárias no cárcere, as mães entrevistadas querem seus filhos por perto, acreditam que eles estão melhor em suas companhias.

Tendo em vista o abandono que essas mulheres sofrem ao serem presas, seja pelo companheiro, seja pela própria família, na pesquisa, o fato da Colônia Penal Fermina de Buíque ter uma localização de difícil acesso, faz com que muitas mães recebam poucas ou nenhuma visita. As condições financeiras das mães entrevistadas e de suas famílias não permitem que a visita aconteça com frequência, ou os maridos já não mais convivem com elas.

Constata-se, ainda, que o número crescente das mulheres nos estabelecimentos prisionais induz que o Estado deve voltar seus olhos para as necessidades delas, pois o tratamento atual ofertado é o mesmo para homens e mulheres, negando sempre a condição feminina. Desta forma, conclui-se que mesmo havendo leis que asseguram muitos direitos às mães em cumprimento de pena privativa de liberdade e que convivem com seus filhos no cárcere, elas ainda estão em um lento processo de afirmação. Como, também, os legisladores precisam enxergar as necessidades femininas, afirmando seus direitos.





## 6 Referências

- Angotti, B. (2012). *Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
- Bardin, L. (2002). *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70.
- Braga, A. G. M. (2015). *Dar à luz a sombra*. São Paulo: Roteiro/Pensando o Direito.
- \_\_\_\_\_. Criminologia e prisão: caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito / Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 1, jan. 2014.
- Braga, A. G. M. & Angotti, B. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. *Sur*. São Paulo, v. 12, n 22, pp. 229- 239, 2015.
- Brasil. Decreto Lei nº 3, de 03 de outubro de 1941. Brasília: Senado, 1941.
- \_\_\_\_\_. Lei 7210/1984. Lei de Execução Penal. Brasília: Senado, 1984.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Plano Nacional de Saúde no Sistema Carcerário. 1. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- \_\_\_\_\_. Lei 11.942, de 28 de maio de 2009 - dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Brasília: Senado, 2009.
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário- CNPCP. Resolução n. 3 de 15 de julho de 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.
- \_\_\_\_\_. (2010). *Principais Dificuldades Enfrentadas Pelas Mulheres Privadas de Liberdade*. Brasília: Ministério da Justiça.
- Costa, E. C. P. (2008). *Amor bandido: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas*. Maceió: EDUFAL.
- Espinoza, O. (2004). *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
- Leal, M. C. et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, nº 7, pp. 2061-2070, 2016.
- Lima, R. (2006). *O decreto n. 5.948/2006 e o ciclo das políticas públicas de justiça e segurança*. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Brasília: Ministério da Justiça.
- Minayo, M. C. S. (org.). (2001). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Rio de Janeiro: Vozes.
- Mirabete, J. F. (2002). *Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas.
- Organização das Nações Unidas. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos – Adotada e proclamada pela Resolução 217 A da Assembleia Geral das Nações*. ONU.
- \_\_\_\_\_. (1979). *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. ONU: México.
- \_\_\_\_\_. (1994). *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. ONU: Cairo.
- \_\_\_\_\_. (1994). *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Convenção Belém do Pará*. Brasil: Ministério da Justiça.
- \_\_\_\_\_. (1995). *Conferência Mundial sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz*. ONU: Pequim.
- \_\_\_\_\_. (2010). *Regras Mínimas para o Tratamento das Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres que Cometem Crimes (Regras de Bangkok)*. ONU: Bangkok.
- Rios, R. R. (2007). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado.
- Saffioti, H. I. B. (1992). Rearticulando gênero e classe social. In: Costa, A. O. & Bruschini, C. (orgs.). *Uma questão de gênero*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos.
- \_\_\_\_\_. (2004). *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo.
- Scott, J. W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v. 20, n. 2, pp. 71-99, jul./dez., 1995.
- Triviños, A. N. S. (1994). *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas.

Data de submissão/*Submission date*: 26.09.2016.

Data de aceitação para publicação/*Acceptance date*: 19.02.2018.

# AS PENAS DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS E SUAS IMPLICAÇÕES NA ATUAÇÃO E MODOS DE PENSAR DOS JUÍZES E PROMOTORES FEIRENSES // *Alana dos Santos Teles*<sup>1</sup>

## Palavras-chave

lei de drogas / usuários / penas alternativas

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

## Sumário

- 1 Apresentação do tema e metodologia adotada**
- 2 A nova lei de drogas e a (possível) quebra de paradigma**
- 3 As decisões de juízes e promotores: aspectos quantitativos**
  - 3.1 A constituição da amostra
  - 3.2 As concepções através dos processos: a análise dos processos do crime do art. 28 da Lei de Drogas e a atuação dos juízes e promotores feirenses
- 4 As concepções através das entrevistas: os modos de pensar dos juizes e promotores feirenses em matéria do crime de uso de drogas**
  - 4.1 A construção das categorias
  - 4.2 Análise dos discursos à luz das categorias
  - 4.3 Análise geral das categorias
- 5 Considerações finais**
- 6 Referências**

## Resumo

O presente artigo é resultado de uma pesquisa de iniciação científica<sup>2</sup> cujo objetivo foi estudar como os atores jurídicos envolvidos no enfrentamento do crime de uso de drogas na Comarca de Feira de Santana lidam com a previsão da exclusão da prisão e a imposição de penas alternativas para o crime do art. 28 da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06). Para tanto, este artigo tece uma análise sobre a possível mudança de paradigma do pensamento penal dominante a partir da edição da Lei nº 11.343/06. Para isso, expomos como foram estudados e analisados os processos relativos ao art. 28 da lei, entre os anos de 2013 a 2015. Apresentamos também como foram realizadas as entrevistas semiestruturadas com os atores jurídicos envolvidos e as informações que pudemos extrair delas, a partir do método da Teoria Enraizada. Por fim, trazemos a análise dos resultados evidenciando como lidam os atores com os processos.

1 Graduada pela UEFS, integrante do Grupo de Pesquisa em Criminologia UEFS/UNEB, pesquisadora de Iniciação Científica pela FGV/SP.

2 A pesquisa de iniciação científica foi desenvolvida no período de agosto de 2015 a julho de 2016 referentes às atividades do Programa de Iniciação Científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) 2015/2016.

# FEATHERS OF ART. 28 THE LAW OF DRUGS AND THEIR IMPLICATIONS IN PRACTICE AND JUDGES AND PROSECUTORS OF THINKING MODES FEIRENSES // *Alana dos Santos Teles*

## Keywords

drug law / users / alternative sentences

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

## Abstract

This article is the result of a scientific initiation research whose objective was to study how the legal actors involved in coping with the crime of drug use in the Feira de Santana County deal with the prediction of exclusion from prison and the imposition of alternative sentences for crime of art. 28 of the New Drug Law. In order to do so, this article analyzes the possible paradigm shift of the dominant criminal thinking from the edition of Law nº 11.343/06. For this, we show how the processes related to art. 28 of the law, between the years of 2013 to 2015. We also present how the semi-structured interviews with the legal actors involved and the information that we extracted from them were carried out, using the Rooted Theory method. Finally, we bring the analysis of the results seeking to answer if there was criminal innovation from the device of the drug law.

## 1 Apresentação do tema e metodologia adotada

Diante da clássica estrutura legislativa penal brasileira, a Lei de Drogas de 2006 trouxe uma novidade penal interessante: a exclusão da pena de prisão e a imposição de sanções não encarceradoras para os usuários (PIRES, 2011, p. 299). A notória mudança do sistema político nesse tipo de crime trouxe importantes reflexos e reflexões para o mundo jurídico, passíveis de legitimar ou não a alteração do sistema de pensamento proposta pelo legislador de 2006. Assim, este artigo apresenta um estudo da atuação e dos modos de pensar dos atores jurídicos em relação às penas estabelecidas para os usuários de drogas, tornando-se relevante para aferir, no *locus* feirense, se a mudança legislativa proposta em 2006 se sustenta no pensamento penal moderno.

Para tanto, o trabalho buscou conhecer as concepções dos atores do juizado especial criminal, envolvidos no enfrentamento ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, na comarca de Feira de Santana, BA. Tal estudo partiu da análise da maneira como esses membros aplicam e pensam as penas do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 na cidade, contribuindo assim para os debates sobre as penas alternativas e a construção de um novo pensamento penal.

Para nortear a pesquisa foi formulada a seguinte pergunta inicial: “Como os juízes e promotores de Feira de Santana lidam com as penas do art. 28 da Lei de Drogas?”. Das respostas a ela pode-se compreender uma parte da mecânica e operacionalização das normas de comportamento e de sanção do judiciário no âmbito dos juzizados e, conseqüentemente, inferir algumas hipóteses sobre as ideias por trás das decisões dos atores jurídicos envolvidos a respeito do tema.

Quanto ao método, optamos por uma parte teórica para contextualização do tema, e partimos para um estudo quali-quantitativo: primeiramente através do levantamento e coleta de dados dos processos relativos ao crime de uso de drogas nos anos de 2013-2015, com a posterior descrição e análise desses resultados, e posteriormente por meio de entrevistas semiestruturadas com os juízes e promotores envolvidos no enfrentamento do crime tipificado no art. 28 da lei de drogas.

No que tange à dimensão quantitativa, inicialmente foram levantadas informações gerais através da primeira visita às secretarias dos juzizados, na qual se coletou a quantidade geral dos processos existentes em cada uma das varas dos juzizados, partindo-se para a produção de amostras. Após, foram elaboradas variáveis sobre o que seria importante ser observado nos processos, sendo estas organizadas em categorias que englobam: pareceres de transação penal, informações do termo circunstanciado, laudo pericial de constatação da droga, audiências e desfecho do processo. Tais informações foram colocadas numa tabela geral<sup>3</sup> que norteou a tabulação das informações. Com a formulação dos dados representados em tabelas, quantitativamente, passou-se a descrevê-los de acordo com os pontos mais relevantes para os objetivos da pesquisa.

Os dados preliminarmente alcançados na fase apontada serviram de embasamento para a formulação das perguntas para as entrevistas.

Em continuidade, partimos para a metodologia qualitativa por meio das entrevistas. A escolha desse método como instrumento de investigação empírica se deu pela possibilidade de este instrumento oferecer informações que são trazidas e/ou esclarecidas pelo próprio ator social. É, como nos dizeres de Charles Connel e Robert Kahn (1974, p. 323) os “dados sobre experiências passadas e comportamentos futuros não podem ser obtidos por outros meios”. Assim, por meio das entrevistas, há a possibilidade de se obter um dado mais próximo da realidade ou do pensamento do interlocutor.

É importante dizer que no decorrer desse processo de entrevista deve-se ter cuidado com o sentido que o próprio ator social dá a sua ação. Danielle Ruquoy chama atenção ao conceito de “ilusão da transparência” que consiste na crença de que o indivíduo conhece por completo os aspectos relativos à sua

<sup>3</sup>A tabela geral pode ser visualizada no anexo 1 do Relatório Final de Atividades da pesquisadora apresentado à Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: [https://www.academia.edu/35361129/H%C3%A1\\_inova%C3%A7%C3%A3o\\_na\\_aplica%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_penas\\_aos\\_usu%C3%A1rios\\_de\\_drogas\\_An%C3%A1lise\\_dos\\_Termos\\_de\\_audi%C3%A2ncia\\_e\\_Concep%C3%A7%C3%B5es\\_dos\\_Ju%C3%ADzes\\_e\\_Promotores\\_de\\_Feira\\_de\\_Santana\\_Ba](https://www.academia.edu/35361129/H%C3%A1_inova%C3%A7%C3%A3o_na_aplica%C3%A7%C3%A3o_das_penas_aos_usu%C3%A1rios_de_drogas_An%C3%A1lise_dos_Termos_de_audi%C3%A2ncia_e_Concep%C3%A7%C3%B5es_dos_Ju%C3%ADzes_e_Promotores_de_Feira_de_Santana_Ba)

ação. Nas palavras da autora, “se o objetivo é compreender práticas, importa delimitar o modo como os atores as organizam subjetivamente e as valorizam, mas importa igualmente considerar relações sociais que tenham efeitos independentes da consciência dos atores” (RUQUOY, 2005, p. 88).

Dessa forma, buscamos compreender os modos de pensar desses atores sociais, não apenas a partir das próprias percepções deles, mas também e principalmente, a partir das ideias deles e como estas são representadas mediante as suas atuações no campo empírico.

O tipo de entrevista escolhida foi a semidiretiva ou semiestruturada. Nesse tipo de entrevista o entrevistador possui um objetivo de pesquisa específico, mas não necessariamente interfere nas respostas do interlocutor. Em outras palavras, é permitido e estimulado que o próprio entrevistado estruture o seu pensamento em torno do objeto, cabendo ao investigador zelar pela pertinência das afirmações relativamente ao objetivo da pesquisa, aprofundando os pontos não mencionados pelo entrevistado, se necessário (RUQUOY, 2005). Assim, foi criado um roteiro de perguntas para nortear as entrevistas, sendo utilizado quando necessário.

Para a extração dos dados e a análise das informações obtidas com as entrevistas foi utilizada, com importantes ressalvas, a “Teoria Fundamentada nos Dados” de Glaser & Straus (1967). Essa formulação teórica foi pensada por seus autores como uma metodologia que permite a elaboração de conhecimento através da observação de dados qualitativos empíricos, e que posteriormente podem se tornar objeto de verificação e de discussão à luz de outras formulações já existentes. Trata-se de um método prevalentemente indutivo, mas, como elucida Riccardo Cappi (2014, p. 13) “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 pré-leitura ‘teórica’ da realidade por parte do observador-pesquisador”.

Assim, neste trabalho, a referida teoria não foi utilizada em seu sentido forte, ou seja, eminentemente indutiva, pois o roteiro de entrevista foi em parte elaborado a partir da observação da fase quantitativa.

No entanto, a proposta da realização das entrevistas não se limitava a verificação das hipóteses preliminarmente construídas, mas também objetivou a descoberta de novas hipóteses e conclusões acerca das concepções dos atores jurídicos. Assim, a TFD se fez bastante viável como método voltado à descoberta de novos dados e formulações de novas hipóteses, que seriam dificilmente obtidas de maneira diversa.

Para realizar a análise a partir da observação, pela TFD, é necessário um processo de codificação sistemática<sup>4</sup>, que parte de três etapas fundamentais: a codificação aberta, a codificação axial e a codificação seletiva.

Dessa forma, foram constituídos e analisados os dados empíricos que emergiram no estudo, para posterior verificação à luz de uma teoria ou construção de nova formulação teórica.

## **2 A nova Lei de Drogas e a (possível) quebra de paradigma**

A política legislativa sobre drogas no Brasil, até o ano de 2006, estabelecia como medida central para a repressão do uso, penas eminentemente privativas de liberdade como sanção ao indivíduo que fosse pego portando, para consumo próprio, alguma substância considerada ilícita.

Em 2006, a Lei nº 11.343/06, conhecida como Nova Lei de Drogas, revogou as leis nº 10.409/2002 e nº 6.368/76. Prescreveu, em contrapartida às anteriores, aos usuários de drogas ou qualquer indivíduo que cometesse alguma das figuras típicas previstas no *caput* do art. 28 (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo para consumo pessoal drogas consideradas ilícitas) as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas de comparecimento a cursos e programas educativos. Em outras palavras, as penas que o art. 28 estabeleceu “fogem” do caráter aflitivo que até então a legislação sobre drogas estabelecia para os usuários, pois em nenhuma hipótese estes podem ser privados de liberdade. Há, portanto, a total exclusão da prisão e a previsão de penas alternativas, na contramão do pensamento penal dominante da racionalidade penal moderna.

<sup>4</sup> Para maiores informações vide CAPPI, 2014, p. 12-15.

A racionalidade penal moderna<sup>5</sup> é um sistema de pensamento penal que se desenvolveu no mundo ocidental a partir da metade do séc. XVIII, relativo à justiça criminal, que foi identificado por Álvaro Pires (1998, pp. 3-52; 2004, pp.40-47). Essa teoria possui como um de seus efeitos naturalizar a estrutura normativa eleita pelo sistema penal. Assim, para todo preceito primário (norma de comportamento - definição do crime), deve estar estabelecido um preceito secundário (norma de sanção) devendo este causar necessariamente algum tipo de sofrimento ao indivíduo (pena de morte, prisão, multa), é o que o autor denomina de estrutura telescópica da norma. Tem-se como problemas dessa estrutura, a definição do crime (todo) pela pena (parte), a ilusão de simplicidade quanto ao trabalho do legislador e do juiz (numa simples relação de causa e efeito), e o pensamento de que a combinação crime/pena deveriam estar necessariamente associadas.

Considerando esse sistema de pensamento, com a edição da Lei nº 11.343/06, Álvaro Pires e Jean-François Cauchie (2011, p. 299-330) aduzem que houve uma novidade, que eles chamam de inovação “acidental” em matéria de penas. Isto porque a nova lei surge em contramão ao paradigma dominante da racionalidade penal moderna, acostumado com penas que impunham alguma forma de dor. Nas palavras dos autores, “uma ‘ação inovadora’ (ou um acontecimento inovador) é aquela que modifica uma estrutura, que produz uma reprodução inovadora da estrutura de referência” (Ibidem, p. 305). Pensa-se, portanto, uma nova forma de lidar com o indivíduo considerado infrator.

Tais penas foram/são objeto de grande discussão e divergência na doutrina e jurisprudência. Logo após o sancionamento da lei houve o questionamento sobre a despenalização ou não na conduta de posse de drogas para consumo pessoal. O STF<sup>6</sup>, na época, ratificou

o posicionamento de que houve uma verdadeira despenalização da conduta do art. 28, entendida como exclusão, para o tipo das penas privativas de liberdade.

Outros doutrinadores, ainda, questionaram ter havido descriminalização das condutas tipificadas pelo art. 28. Essas medidas foram classificadas por aqueles como condutas *sui generis* (GOMES, et al, 2006, p. 5) pois não seriam nem crime nem contravenção, baseados no art. 1º da LICPB que considera crime infração penal que comine pena de reclusão ou detenção.

Essas visões e posicionamentos de diversos autores são fruto do pensamento penal dominante que não considera as penas do artigo 28 como verdadeiras penas, tendo em vista que não prevê o encaminhamento às prisões, manicômios judiciais ou a imposição da multa, questionando, portanto, a validade das penas alternativas ou que não produzam aflição.

Dessa forma, embora esteja previsto em lei, a aplicação do dispositivo depende da aceitação a estabilização no sistema de direito, que é quem vai propor (MP) e aplicar (juiz) a pena, são as chamadas estruturas cognitivas ou de reflexão (PIRES, 2011, p. 309). Pires e Cauchie (2011, p. 307) aduzem que quando a mudança ocorre no plano cognitivo há o questionamento das estruturas dominantes. Doutrina e teorias do direito reveem de forma autocrítica as posições precedentes e encontram respostas aos argumentos que embasam(vam) a reprodução até então vigente. Há, nesses casos, a modificação central do conceito da pena. Em outras palavras, mesmo que seja mais visível, e até mesmo mais durável, a mudança puramente legislativa - como ocorreu na edição da Lei nº 11.343/2006 para a figura do usuário - possui uma densidade cognitiva frágil e com pouca capacidade de resistência. Tais autores aduzem ainda que “essa mudança só vai adquirir uma capacidade de resistência se conseguir suscitar uma reflexão teórica interna

5 Para maiores informações vide PIREs, 2004, p. 40-47.

6 (STF - RE: 430105 RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: Dje-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB V. 19, N. 523, 2007, P. 17-21 RT V. 96, N. 863, 2007, p. 516-523. O presente Recurso foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sob o argumento da extinção da punibilidade do fato baseado no art.

107, III do CP - que pugna pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso, ensejando ter havida a descriminalização da conduta do art. 28 da Lei de Drogas. Buscando julgar o caso e sanar divergência doutrinária existente no tocante à abolição criminal da conduta do usuário de drogas, o STF se posicionou afirmando que não havia o que se falar em *abolitio criminis* da conduta descrita no art. 28 da Lei 11.3143/06, mas sim da despenalização da conduta do usuário.



ao sistema que, por sua vez, seja também inovadora”.

Nesse contexto, a pesquisa a qual remete este artigo se desenvolveu para observar qual a estrutura cognitiva que perpassa as instituições jurídicas feirenses. Buscamos saber quais as concepções dos Juízes e Promotores ligados às Varas dos Sistemas dos Juizados em Feira de Santana sobre o instituto da Nova Lei de Drogas, o que eles entendem sobre a função das medidas e penas alternativas e como eles atuam e aplicam esses dispositivos legais na cidade.

No entanto, a aplicação da lei aqui não deve ser entendida no sentido mecânico, numa leitura de causa e consequência, mas como uma utilização da legislação pelos juízes e promotores, pois o que interessa a este trabalho é identificar a maneira de o “aplicador” produzir decisões que não funcionam como mera aplicação da lei (PIRES, CAUCHIE, 2011, p. 312-313).

### 3 As decisões de juízes e promotores: aspectos quantitativos

Serão tratados aqui o modo como foi constituída a amostra estudada na pesquisa e os resultados quantitativos que puderam ser extraídos dela. Assim, puderam ser elaboradas as primeiras constatações da pesquisa.

#### 3.1 A constituição da amostra

Pela Lei nº 11.343/06 o procedimento seguido nos crimes referentes ao “usuário de drogas” é o do Juizado Especial Criminal – Jecrim, de acordo com a Lei 9.099/95<sup>7</sup>. Para a análise desses processos, foram definidas as seguintes variáveis:

| TERMO CIRCUNSTANCIADO                                 | LAUDO PERICIAL DA DROGA        | PARECERES DO MP  | DECISÕES DOS JUÍZES  | TERMOS DE AUDIÊNCIA                   | DESFECHO DO PROCESSO            |
|---|--------------------------------|--|--|---------------------------------------|---------------------------------|
| características físicas e sociais dos autores do fato | natureza e quantidade da droga | para a transação penal (TP) e oferecimento de denúncia | sentença de homologação de TP, de prescrição e de deslocamento | ocorrência ou não, oferecimento de TP | modo de finalização do processo |

Foi necessário estabelecer uma amostra para a coleta de dados dos processos. Em consulta processual rea-

7 Na Comarca de Feira de Santana houve uma mudança de nomenclatura em razão da unificação e redistribuição dos Juizados, transformando-se em 1ª, 2ª e 3ª Vara do Sistema dos Juizados conforme a Resolução nº 19 TJ/BA.

lizada em 28 de outubro de 2015, a 1ª Vara do Sistema dos Juizados tinha 718 processos digitais, a 2ª Vara tinha 531 processos e a 3ª Vara tinha 619 processos. Do total de 1.868 processos foi elaborada uma amostra sob os seguintes critérios:

1. Período - de fevereiro a abril dos anos de 2013 a 2015. A escolha dos meses foi feita de acordo com o período de maior incidência de Termos Circunstanciados (TCO) – os quais são lavrados no momento em que o indivíduo é encaminhado para a delegacia e compromete-se a comparecer ao Jecrim – tendo em vista as festas do carnaval, geralmente em fevereiro ou março, e da micareta – festa popular da cidade - em abril. O lapso temporal dos anos foi baseado do ano de unificação das varas (2013) para frente (até 2015), em que seria possível identificar a postura de cada um dos juízes nas decisões.
2. Número de processos - A amostra passou a ter 155 processos na 1ª Vara do Sistema dos Juizados, 86 processos na 2ª e 78 processo na 3ª Vara. Como nem todos os 319 processos tinham tido desfecho, a pesquisadora passou a considerar apenas os processos com algum desfecho, fosse esse:
  - // a proposta de transação penal, mesmo que ainda não tivesse homologada;
  - // sentença de homologação;
  - // sentença de prescrição;
  - // decisão que remetesse o processo ao juízo comum; ou
  - // a denúncia.

Restaram assim 123 processos para a 1ª Vara, 34 processos da 2ª Vara e 50 processos da 3ª Vara, num total de 207 processos. Todavia, considerando o princípio constitucional da individualização da pena, foram levados em conta as características individuais de cada autor, e não apenas o processo em si. Como alguns processos possuíam mais de um autor a amostra se

ampliou, passando a ser de 242 (duzentos e quarenta e dois) autores para 207 (duzentos e sete) processos<sup>8</sup>.

A partir dos processos colhidos foi elaborada uma tabela-geral<sup>9</sup> e definidas algumas variáveis com o escopo de orientar a pesquisa em suas análises posteriores.

3.2 As concepções através dos processos: a análise dos processos do crime do art. 28 da Lei de Drogas e a atuação dos juízes e promotores feirenses

A partir da amostra elaborada, tivemos que, de maneira geral, a maioria dos autores é do sexo masculino (96%), de cor parda (59%) e possui pelo menos ensino fundamental (60%). Como mostram as tabelas 1, 2 e 3:

Tabela 1. Gênero do Autor do Fato.

| GÊNERO    |     |      |
|-----------|-----|------|
| Masculino | 233 | 96%  |
| Feminino  | 9   | 4%   |
| Total     | 242 | 100% |

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Tabela 2. Cor do Autor do Fato.

| COR        |     |      |
|------------|-----|------|
| Branca     | 9   | 4%   |
| Parda      | 142 | 59%  |
| Negra      | 48  | 20%  |
| Não consta | 43  | 18%  |
| Total      | 242 | 100% |

Fonte: coleta de dados da pesquisa.

Tabela 3. Grau de Escolaridade do Autor do Fato.

| GRAU DE ESCOLARIDADE   |    |     |
|------------------------|----|-----|
| Alfabetizado           | 14 | 6%  |
| Fundamental Incompleto | 58 | 24% |
| Fundamental Completo   | 72 | 30% |
| Médio Incompleto       | 17 | 7%  |
| Médio Completo         | 33 | 14% |
| Analfabeto             | 3  | 1%  |

8 Para ter acesso aos processos, a autora encaminhou uma carta-formal de apresentação, na qual descrevia o conteúdo e a finalidade da pesquisa, comprometendo-se a manter o sigilo das identidades dos autores do processo. o acesso aos dados se deu através de acesso autorizado ao sistema Projudi.

9 Vide nota 1.

|                     |     |      |
|---------------------|-----|------|
| Superior Incompleto | 1   | 0%   |
| Não consta          | 44  | 18%  |
| Total               | 242 | 100% |

Fonte: coleta de dados da pesquisa

No que tange ao tipo de droga, foi feito o referencial a partir das drogas constantes nos laudos periciais, momento em que é comprovada ou não a constatação da droga. Somente em 2% (n=5) dos casos (n=242) não havia laudo pericial para a constatação da droga.

| TIPO DE DROGA LAUDO                         |     |      |
|---|-----|------|
| Inalantes voláteis                          | 16  | 7%   |
| Cocaína                                     | 84  | 35%  |
| Cannabis Sativa                             | 92  | 38%  |
| Crack                                       | 22  | 9%   |
| Cannabis Sativa e Cocaína                   | 6   | 2%   |
| Cannabis Sativa e Crack                     | 9   | 4%   |
| Crack e cocaína                             | 6   | 2%   |
| Cannabis e Lança                            | 1   | 0%   |
| Inalantes voláteis, crack, cocaína, maconha | 1   | 0%   |
| Não consta laudo                            | 5   | 2%   |
| Total                                       | 242 | 100% |

Tabela 4. Tipo de Droga analisada no laudo pericial.

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Pela Tabela 4 pode-se notar que a droga mais incidente é a *Cannabis sativa* (38%), seguida da cocaína (35%) e do crack (09%). Os inalantes voláteis (conhecido vulgarmente como lança perfume) e a associação com outros tipos de drogas possuem menor incidência.

Ao se observar o tipo de Transação Penal oferecida pelo Ministério Público, verifica-se que cada promotor possui, em regra, uma proposta pré-definida ou pelo menos privilegiada. Mesmo com a diversidade penal que os incisos do art. 28 da Lei nº 11.343/06 podem oferecer – isolados ou cumulativamente (art. 28, I; art. 28, II; art. 28, III; art. 28, I e II; art. 28, I e III; art. 28, II e III; art. 28, I, II e III) -, de maneira geral, os membros do *parquet* oferecem as seguintes medidas:

*Tabela 5. Tipo de Transação Penal oferecida pelo Ministério Público.*

| TIPO DE TP OFERECIDA PELO MP   |     |      |
|--------------------------------|-----|------|
| Art. 28, II ou pena pecuniária | 100 | 41%  |
| Art. 28, III                   | 101 | 42%  |
| Art. 28, I, II e III           | 14  | 6%   |
| Art. 28, II e III              | 25  | 10%  |
| Nenhuma                        | 2   | 1%   |
| Total                          | 242 | 100% |

*Fonte: coleta de dados da pesquisa*

Pelos dados da tabela 5 percebe-se que a pena mais oferecida é a do art. 28, III (42%); seguida da pena do art. 28, II ou pena pecuniária (41%) e da aplicação cumulada dos incisos II e III (10%). Por uma rápida análise dos dados dessa tabela poder-se-ia inferir que o Ministério Público tem uma maior tendência a oferecer como transação penal a medida de comparecimento a cursos e programas educativos, seguida da prestação de serviços à comunidade. No entanto, por uma análise mais detida dos dados (vide tabela 6), percebemos que é possível que cada promotor tenha um “perfil” de pena, tendendo a propô-la como transação penal<sup>10</sup>. Assim, por exemplo, as penas do art. 28, III e do art. 28, II ou Pena Pecuniária são as penas dos perfis dos promotores A e D, que foram os que mais atuaram nos processos:

*Tabela 6. Tipo de Transação Penal oferecida por Promotor.*

| TP POR PROMOTOR  |  |     |
|--|--|-----|
| A  | 101 autores - art. 28, iii*  | 103 |
|  | 2 autores - art. 28, ii + multa**                                  |     |
| B  | 14 autores - art. 28, i, ii, iii cumulativamente - invariavelmente | 14  |
| C  | 25 autores - art. 28 ii*** ou iii****                              | 25  |
| D  | 98 autores - art. 28, ii***** ou pena pecuniária*****              | 98  |
| não consta TP  |  | 2   |
| * palestra no CAPS-AD;   |  |     |
| ** prestação de serviços por 6 meses, 8h/semana + 01 salário min |  |     |

10 A Transação Penal é medida alternativa que impede a imposição de pena privativa de liberdade através de sentença condenatória, no entanto constitui sanção penal, sendo uma aplicação imediata da pena, uma antecipação de punição (SALIBA, 2007).

|                                       |
|---------------------------------------|
| *** prestação de serviços por 2 meses |
| **** palestra no CAPS-AD              |
| ***** 2 meses, 2h/semana              |
| ***** 1 salário min                   |

*Fonte: coleta de dados da pesquisa*

No tocante ao rito seguido pela lei de drogas e ao comparecimento das partes na audiência, a Lei nº 11.343/06 determina, para o usuário, o tratamento conferido pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/99). De acordo com o procedimento desta lei (art. 72), é designada a audiência preliminar na qual, presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, é esclarecida pelo juiz a possibilidade de aceitação da proposta de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade (transação penal) - neste caso as penas do art. 28, I, II, III -, expedindo-se o termo de audiência.

Apesar da previsão legal acima descrita, foi observado que 43% das TP foram oferecidas em parecer, e os 57% restantes não foram oferecidas devido a não ocorrência de audiência (56%) ou porque a TP não chegou a ser oferecida (1%) (vide tabela 7). Foi detectado que o Ministério Público não compareceu a nenhuma audiência preliminar a qual o autor também tivesse comparecido<sup>11</sup>, vindo a estar presente em apenas 14 (das 242) audiências, nas quais o autor do fato não compareceu (vide tabela 8). Observamos ainda que as propostas chegam às varas juntamente com os termos circunstanciados, em forma de parecer.

*Tabela 7. Momento de Oferecimento da Transação Penal.*

| TP: OFERECIMENTO EM AUDIÊNCIA |     |      |
|-------------------------------|-----|------|
| TP oferecida em parecer       | 103 | 43%  |
| TP oferecida em audiência     | 0   | 0%   |
| TP não oferecida              | 3   | 1%   |
| Não Houve audiência           | 136 | 56%  |
| TOTAL                         | 242 | 100% |

*Fonte: coleta de dados da pesquisa*

11 Para melhor compreensão, foi considerado pela pesquisadora, como critério para ocorrência ou não de audiência, apenas o comparecimento do autor, tendo em vista que o parecer ministerial da proposta de TP já constaria nos processos.

Tabela 8. Presença do Ministério Público em Audiência.

| PRESENÇA DO MP NAS AUDIÊNCIAS(por autor) <sup>12</sup> : |     |      |
|--|-----|------|
| MP e autor compareceram                                  | 0   | 0%   |
| MP e autor não compareceram                              | 103 | 43%  |
| MP compareceu; autor não compareceu                      | 14  | 6%   |
| MP não compareceu; autor compareceu                      | 105 | 43%  |
| S/ marcação de audiência*                                | 20  | 8%   |
| Total  | 2   | 100% |

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Parece-nos, com isso, que tal procedimento é utilizado para dar maior celeridade ao processo, por não necessitar da presença do *parquet*. No entanto, se assim o for, fere a intenção da negociação justa<sup>13</sup> da Transação Penal, tornando-a uma verdadeira imposição, na qual o autor se vê obrigado ou a aceitar a pena “oferecida”, ou a seguir com a instrução processual e ser denunciado.

Foram consideradas também as formas de desfecho do processo. Observamos que, de maneira geral, a forma de finalização processual mais recorrente é pela prescrição (31%), seguida da homologação da Transação Penal<sup>14</sup> (29%) e da denúncia<sup>15</sup> (16%) . No entanto, grande parte dos processos estariam sem informação<sup>16</sup> (11%) por não terem ainda chegado

12 Como a pesquisadora inicialmente optou por considerar os processos a partir dos autores do fato, considera-se aqui o número de audiências por autor do fato. No entanto é cediço que em um mesmo processo pode haver mais de um réu e em consequência a audiência seria a mesma, então o Ministério Público compareceu a 12 audiências às quais os autores dos fatos não compareceram.

13 Damásio de Jesus elucida que a transação penal é um negócio entre o Ministério Público e a Defesa, possibilitando-se ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autor do fato, justa para a acusação e para a defesa. (Jesus, D. E. (1995). In: V. Brega Filho, et al. orgs, (2007).

14 Considerou-se a homologação da transação penal como desfecho do processo por uma questão de tempo de pesquisa, isto porque grande parte dos processos, por serem mais recentes, não estavam tão avançados a ponto de possuir sentença extintiva de punibilidade pelo cumprimento de transação penal. No entanto, ressalva-se aqui que o processo só se finaliza com sentença extintiva de punibilidade por prescrição ou por cumprimento da TP, ou por sentença condenatória. Tanto que alguns processos da amostra da pesquisa possuem transação penal homologada e sentença de prescrição ao mesmo tempo.

15 Mesma justificativa da nota 10, com fundamentação referente à denúncia.

16 Os casos S/I dizem respeito aos processos em que houve audiência (precedida por conciliador ou juiz leigo) com o oferecimento da proposta da TP, mas que ainda não foram homologadas pelo Juiz.

nessa fase processual. Há também aqueles que, embora com a Transação Penal homologada, vieram a prescrever (5%).

Tabela 9. Formas de Desfecho para o Processo

| DESFECHO DO PROCESSO                 |     |      |
|--------------------------------------|-----|------|
| Prescrição                           | 76  | 31%  |
| TP Homologada                        | 70  | 29%  |
| Denúncia                             | 40  | 17%  |
| Deslocamento                         | 3   | 1%   |
| Decisão homologação + Prescrição     | 11  | 5%   |
| Denúncia + Prescrição                | 7   | 3%   |
| Deslocamento + Prescrição            | 4   | 2%   |
| Deslocamento + Denúncia              | 4   | 2%   |
| Prescrição + Denúncia + Deslocamento | 1   | 0%   |
| S/I (sem informação)                 | 26  | 11%  |
| Total                                | 242 | 100% |

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Cada variável acima descrita foi observada de maneira particularizada para cada uma das três varas estudadas. Suprimiu-se, no entanto, as implicações das características físicas e sociais dos autores do fato e das drogas em cada Vara, tendo em vista que, como exposto acima, parecem não influenciar na escolha da transação penal e na homologação pelo juiz - motivo pelo qual foi posta a verificação nas entrevistas. Da mesma forma, dispensou-se a observação pormenorizada do momento do oferecimento da Transação Penal (se em parecer ou em audiência); e a presença do Ministério Público na audiência e do tipo de transação penal oferecida pelo MP.

Importante destacar que, pelo princípio da unicidade e indivisibilidade que regem o Ministério Público, todos os quatro promotores atuaram em processos tanto da 1ª, da 2ª e da 3ª vara.

Quando observada a quantidade de ocorrência das audiências, percebe-se que, na 1ª Vara, o número de audiências que não ocorreram (68%) é superior ao número que ocorreram (32%). No entanto, tanto na 2ª, quanto na 3ª Vara, percebe-se que um maior número de audiências ocorreram (66%) e (61%), respectivamente, é de se notar, ainda, que a diferença é expressiva:

Tabela 10. Realização de Audiências na 3ª Vara.

| AUDIÊNCIA PRELIMINAR     |            |          |           |
|--------------------------|------------|----------|-----------|
|                          | 1ª Vara    | 2ª Vara  | 3ª Vara   |
| Audiências não ocorreram | 101 (68%)  | 13 (34%) | 22 (39%)  |
| Audiências que ocorreram | 47 (32%)   | 25 (66%) | 34 (61%)  |
| Total (n=242)            | 148 (100%) | 38(100%) | 56 (100%) |

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Nota-se que houve um número maior de audiências realizadas na 2ª e 3ª Varas do que na 1ª Vara. Percebemos que há uma maneira diferente de condução do processo em cada uma das varas. Os motivos para isso, no entanto, não foram analisados na pesquisa.

No que se refere ao desfecho do processo, tivemos que:

Tabela 11. Formas de Desfecho para o Processo na 1ª Vara.

| DESFECHO DO PROCESSO                 |            |           |          |
|--------------------------------------|------------|-----------|----------|
|                                      | 1ª vara    | 2ª vara   | 3ª vara  |
| Prescrição                           | 70(47%)    | 0         | 6 (11%)  |
| TP Homologada                        | 34(23%)    | 14 (37%)  | 22 (39%) |
| Denúncia                             | 15 (10%)   | 11(29%)   | 14 (25%) |
| Deslocamento                         | 2 (1%)     | 1(3%)     | 0        |
| Decisão homologação + Prescrição     | 11(7%)     | 0         | 0        |
| Denúncia + Prescrição                | 7 (5%)     | 0         | 0        |
| Deslocamento + Prescrição            | 4 (3%)     | 0         | 0        |
| Deslocamento + Denúncia              | 4(3%)      | 0         | 0        |
| Prescrição + Denúncia + Deslocamento | 1 (1%)     | 0         | 0        |
| S/l                                  | 0          | 12(32%)   | 14 (25%) |
| Total                                | 148 (100%) | 38 (100%) | 56 (10%) |

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Na 1ª Vara a maioria dos processos prescreveu (47%), levando-se ainda em consideração que 7% dos processos, embora com a transação penal homologada, também prescreveram. Já na 2ª Vara do Sistema dos Juizados, percebe-se que nenhum dos processos prescreveu, no entanto 32% deles está sem informação. O número de transações penais homologadas é de (37%) e em 29% dos processos o MP denunciou.

Percebe-se que, na 3ª Vara do Sistema dos Juizados, o número de prescrição de processos é menor do que os da 1ª Vara, e maiores do que os da 2ª, totalizando 11%. O número de transações penais homologadas também é o mais expressivo (39%):

A partir desses dados foi constatado que:

- Critérios como tipo/quantidade de droga e circunstâncias sociais/raciais/de gênero parecem não influenciar na pena a ser oferecida pelo ministério público.
- Cada promotor oferece um tipo de pena e a frequência dessas na amostra estudada está claramente relacionada à quem atuou no processo.
- Na maioria dos processos não há participação do ministério público na audiência e as propostas de transação penal são feitas, em maioria, por parecer (manifestação escrita).
- Em cada uma das varas os processos “caminham” de diferentes maneiras, o que ocasiona desfechos diferentes.

#### 4 As concepções através das entrevistas: os modos de pensar dos juizes e promotores feirenses em matéria do crime de uso de drogas

Até o presente momento foi apresentado um caráter metodológico mais quantitativo e descritivo. Nos ativemos inicialmente aos dados observáveis nos processos de porte de drogas para consumo pessoal, descrevendo os dados relevantes os quais nos permitiram algumas percepções e constatações. A partir de agora, será apresentada a parte mais qualitativa da pesquisa. Serão demonstrados o modo como foram realizadas as entrevistas, a maneira como foram extraídas as informações dessas e as ideias que puderam ser abstraídas dos entrevistados.

##### 4.1 A construção das categorias

O instrumento de investigação empírica escolhido foi a entrevista semiestruturada. O roteiro das entrevistas foi constituído primeiramente com base nos dados obtidos pela observação dos processos pesquisados e, posteriormente, por perguntas abertas que permitissem conhecer os modos de pensar dos entrevistados em relação ao crime e principalmente às penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Foram entrevistados 05 (cinco) dos 07 (sete) atores jurídicos que atuaram nos processos estudados na primeira etapa da pesquisa.

Como os atores envolvidos na pesquisa possuem algumas particularidades - juízes e promotores - foram criadas perguntas gerais (que valessem tanto para juízes quanto para promotores) e perguntas específicas (perguntas direcionadas aos juízes e perguntas direcionadas aos promotores). A necessidade de se fazer essa distinção se deu justamente pelas diferentes formas de atuação desses atores jurídicos: enquanto os primeiros oferecem as propostas de transação penal, os segundos homologam ou não essa proposta, sendo necessário saber, para os fins da presente pesquisa, de que forma eram feitos esses procedimentos:

#### ROTEIRO ENTREVISTA PROMOTOR

- I. Qual (is) os critérios que V. Ex<sup>a</sup> utiliza para a definição da proposta de Transação Penal a ser oferecida?
- II. Como é oferecida a Transação Penal, em parecer ou em audiência? Por que? Quais os benefícios e as dificuldades de se utilizar de uma maneira ou de outra?
- III. Além das penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06, V. Ex<sup>a</sup> utiliza outros tipos de penas alternativas? Qual(is)? Por que?
- IV. Caso o autor não compareça para audiência preliminar, qual o procedimento adotado por V. Ex<sup>a</sup>?
- V. Como V. Ex<sup>a</sup> encara a importância da negociação da Transação Penal no Processo?
- VI. Como V. Ex<sup>a</sup> caracteriza as penas do art. 28 da Lei de Drogas?
- VII. Para V. Ex<sup>a</sup>, quais as repercussões das penas alternativas do art.28 da Lei de Drogas para o mundo jurídico?
- VIII. Para V. Ex<sup>a</sup>, quais as repercussões da aplicação das penas alternativas do art. 28 para sociedade e para o usuário-infrator?

#### ROTEIRO ENTREVISTA JUIZ

- I. V. Ex<sup>a</sup> costuma participar das audiências preliminares? Como V. Ex<sup>a</sup> considera a participação do juiz de direito na audiência preliminar?
- II. Como é feito o processo de homologação das Transações Penais?

- III. Caso o autor do fato não compareça para a audiência preliminar, qual o procedimento adotado por V. Ex<sup>a</sup>?
- IV. Como V. Ex<sup>a</sup> encara a importância da negociação da Transação Penal no Processo?
- V. Como V. Ex<sup>a</sup> caracteriza as penas do art. 28 da Lei de Drogas?
- VI. Para V. Ex<sup>a</sup>, quais as repercussões das penas alternativas do art.28 da Lei de Drogas para o mundo jurídico?
- VII. Para V. Ex<sup>a</sup>, quais as repercussões da aplicação das penas do art. 28 para sociedade e para o usuário-infrator?

As primeiras perguntas, tanto do roteiro de entrevista do promotor quanto do roteiro de entrevista do juiz, possuem a intenção de saber e entender como esses atores jurídicos atuam nos processos. Embora já se tivesse uma noção da maneira dessa atuação a partir dos dados colhidos na primeira fase da pesquisa, esse momento foi necessário para se ter conhecimento da importância que esses atores sociais atribuem a cada etapa da atuação deles no processo.

A gradação das perguntas foi uma etapa necessária para se chegar às perguntas mais diretas, sobre as penas do art. 28 da Lei de drogas. Buscou-se, portanto, saber quais são as concepções dos atores jurídicos a partir da compreensão – da maneira mais ampla possível – sobre a forma de pensar deles quanto ao crime e às penas do art. 28 e a possibilidade destas representarem mudanças para o mundo jurídico.

Após as entrevistas foi o momento de transcrição e análise do material obtido que, conforme já explicitado na metodologia, foi realizada seguindo o método da Teoria Fundamentada nos Dados (TFD).

Cabe ressaltar que pelo método da TFD o processo de leitura do material empírico deve ser constante e repetida nas diversas fases da análise. Assim, a cada releitura do material é possível a descoberta de uma nova categoria até esta atingir a estabilização por meio da saturação, quando as observações apenas suscitarem exemplos que componham as categorias já existentes.

Dessa forma, algumas categorias foram extraídas diretamente das perguntas feitas aos atores e outras foram



criadas a partir das respostas espontâneas dos mesmos:

1. Critérios utilizados pelos promotores para oferecimento da Transação Penal;
2. Envolvimento do ator no processo, com as subcategorias:  
// Modo de oferecimento da TP,  
// Motivos utilizados pelos promotores para oferecimento em parecer;  
// Participação do juiz na audiência preliminar,  
// Importância da participação do juiz de direito na audiência preliminar; Processo de homologação das transações penais;  
// Negociação da transação penal;
3. Percepção da Transação Penal No Processo;
4. Natureza e caráter das penas do art. 28 da Lei de drogas com as subcategorias: Natureza Das Penas Do Art. 28 Da Lei De Drogas;
5. Efetividade e Eficácia das Penas do art. 28;
6. Repercussões das penas do art. 28 para o mundo jurídico;
7. Repercussões das penas do art. 28 para a sociedade e para o infrator;
8. Rigor penal das penas do art. 28 da Lei;
9. As repercussões das penas alternativas para o mundo jurídico;
10. Figura do legislador na tipificação do crime.

#### 4.2 Análise dos discursos à luz das categorias

Passamos agora para a análise das entrevistas, relacionando as categorias criadas com as falas dos atores. Aqui, serão apresentadas as ideias que puderam ser abstraídas das falas dos atores entrevistados, sem atribuição direta de quem fala. No entanto, será possível notar os contrastes que ora aparecem em virtude das semelhanças e diferenças das ideias de cada entrevistado.

##### 1. Critérios utilizados pelos promotores para oferecimento de TP

Através das respostas dos atores foi possível perceber que de maneira geral os promotores trabalham com a ideia de eficácia de pena como critério de oferecimento da proposta de transação penal:

*“A medida do inciso III é mais esclarecedora, não há aspecto punitivo no juizado, sendo a mais con-*

*sentânea das três penas.(...) Não há a interferência de outros critérios como quantidade de drogas. (...) É um critério de eficácia da pena, tendo em vista que a advertência tem eficácia nula, a prestação de serviços à comunidade é mais punitiva e a medida de comparecimento a cursos e programas educativos é mais eficaz”.*

Nota-se que, como sugerido anteriormente, não aparece no material coletado a interferência de critérios como tipo e quantidade de droga, nem gênero, cor, condição social do autor do fato para o estabelecimento da proposta, confirmando o que preliminarmente foi observado na fase quantitativa da pesquisa.

##### 2. Envolvimento do ator com o processo

Essa categoria foi elaborada com o intuito de saber a forma como esses atores jurídicos oferecem a transação penal no processo e a importância que eles atribuem a sua participação efetiva nas audiências.

Os promotores entrevistados oferecem as transações penais por meio de manifestação escrita. Os motivos para tanto, para alguns, perpassam pela otimização do tempo do promotor de justiça, celeridade e racionalização de recursos. Apenas na fala um dos entrevistados apareceu a justificativa de o autor do fato ter o direito de ter conhecimento prévio sobre o oferecimento da transação penal:

*“é encaminhada uma manifestação pedindo pra certificar sobre os antecedentes e, no caso de não ter, já é proposta a transação penal. (...) na prática o ministério público recebe o termo circunstanciado e já manda o termo circunstanciado para o juizado com a proposta”.*

*“é escolhida essa medida porque ganha-se tempo, é mais célere, para já chegar na audiência e ter a transação penal. Tem como benefício a celeridade, a racionalização de recursos”.*

*“Porque no momento o noticiado (...) é intimado para comparecer em audiência, ele tem ciência de que já tem uma proposta oferecida, então ele já tem uma proposta, já vai sabendo que tem aquela proposta ou se insurgir, dizendo que não quer aquela proposta”.*

Quanto à participação na audiência preliminar, para a maioria dos entrevistados, há a ideia de que não é necessária a presença do promotor de justiça e do juiz de direito. Para estes, a proposta de TP, já oferecida no processo, seria apresentada ao autor do fato por meio do conciliador e a negociação da transação penal seria inexistente ou limitada.

*“Não, na audiência preliminar é só entre autor do fato e conciliador. A princípio não há necessidade de o juiz de direito participar dessas audiências porque ela já tem um fim, que é o propósito da conciliação, mediação”.*

*“não existe negociação numa audiência criminal, é uma aceitação ou não, ‘ou você aceita ou responde ao processo’. É uma proposta fechada que o ministério público faz, na qual a parte deve aceitar ou não, se não aceitar é denunciado”.*

*“As possibilidades de negociação são muito poucas, assim o autor do fato não teria muitas opções para a escolha, no caso a negociação restaria mitigada”.*

Um dos entrevistados demonstrou o entendimento quanto a necessidade de participação na audiência preliminar e de que este é o momento de se negociar a transação penal, como uma maneira de humanização do processo penal:

*“e nessa audiência é feita a proposta, a gente explica quais são as consequências da aceitação, da não aceitação, qual o período, se fosse um caso, por exemplo, de prestação de serviços à comunidade, durante tanto tempo, por tal período, toda a explicação de como é, é feito ali, é necessário que tenha um advogado, óbvio, pelo direito de defesa dele, então o advogado concorda ou não juntamente com ele, com a questão dos termos da proposta. Pessoalmente a gente sempre teve a oportunidade de ouvir o outro lado”.*

### 3. Percepção da Transação Penal no Processo

Esta terceira categoria foi criada a partir das falas dos atores ao longo das entrevistas que, de forma espontânea, pontuaram qual a visão deles sobre a transação penal no processo. Para um deles, a transação penal foi questionada como uma forma de flexibiliza-

ção de garantias, já que ainda não há processo para o autor do fato se defender. No entanto, para a maioria dos entrevistados, a transação penal é encarada como um benefício e uma oportunidade para o autor do fato, assim como a otimização do judiciário:

*“é interessante porque ela (a lei 9.099/95) lida com um processo, sem você ter um processo penal, daí porque questionável se você de alguma forma não flexibiliza garantias, porque você se defende de um processo, de uma ação, de uma ação que inicia-se com uma denúncia, na transação penal, no Jecrim, você não tem uma denúncia, você tem um termo circunstanciado”.*

*“(...) homologado, a gente tem o cuidado de verificar se o autor do fato tem antecedentes criminais, se ele já fez jus a homologação, porque se ele já respondeu a um processo, um termo circunstanciado em que ele teve o benefício da transação penal, ele fica durante um período sem poder renovar esse benefício. Então tem um prazo de 05 cinco anos em que ele não pode ter um novo benefício da transação penal”.*

Pudemos perceber que em algumas entrevistas parecia haver uma inclinação para o convencimento do autor do fato quanto à aceitação da transação penal e que, embora alguns entrevistados tracem como um benefício para o usuário infrator, outros apresentam como um benefício também para o judiciário, já que não teria o elevado custo de se prosseguir com o processo.

### 4. Natureza e caráter das penas do art. 28 da Lei de Drogas

A partir dessa categoria passamos a observar mais direcionadamente a visão que os entrevistados possuem sobre as penas do art. 28 da lei de drogas.

As respostas divergem entre os entrevistados, passando: i) pela consideração das penas do art. 28 como medidas administrativas que são tratadas, porém, no âmbito do direito penal; ii) como penas que possuem resposta penal insignificante e não possuem efetividade no plano concreto, já que em caso de descumprimento não há a previsão de “penas verdadeiras”; iii) e como penas não encarceradoras, benéficas para o mundo jurídico por prever sanções diversas à pri-

são e com a função corretiva, de recuperar o usuário-infrator e trazê-lo para a “realidade”:

*“Como não há disposição sobre detenção, reclusão, seria um ilícito penal que encontra sanção no âmbito do Direito Administrativo”.*

*“acredito que as penas do art. 28 não tenham efetividade alguma no plano concreto, porque em caso de descumprimento não há nenhuma consequência prática para o autor, porque não há a possibilidade de aplicar uma pena privativa de liberdade em momento algum, não há coercibilidade da medida. As penas, na verdade, acabam se configurando como conselhos aos quais o autor do fato deveria seguir, sendo melhor descriminalizar ou criminalizar com penas verdadeiras”.*

*“para o modelo que nós temos de legislação, não deixa de ser uma evolução, então é muito mais alentador imaginar que o legislador em 2006 conseguiu ao menos imaginar que essas pessoas não precisam ter o cárcere como resposta”.*

A questão que primeiramente se traz é que, caso o autor do fato descumpra a sanção a ele imposta, não é previsto pela legislação uma “ação coercitiva” do Estado para obrigá-lo a cumprir, como no caso de uma previsão de pena privativa de liberdade, mesmo que em último momento. A intenção é, portanto, a certeza quanto à punição.

Foi muito marcante, nas entrevistas, a noção dos entrevistados quanto à descriminalização ou não, por um lado, e da despenalização ou não do crime e das penas do art. 28, por outro. Notamos que, segundo o entendimento dos entrevistados, o fato de o art. 28 da lei de drogas não prever em nenhum momento a privação da liberdade como sanção para o crime de uso de drogas, desqualificaria a conduta como crime e desqualificaria os três incisos do art. 28 como pena:

*“é claro que houve uma descriminalização, porque não houve previsão de detenção, reclusão, prisão, internação compulsória, e em sede de condenação, seja em sede de transação penal”.*

*“como lidar com essa nova possibilidade dos*

*usuários de drogas que a gente não tem a perspectiva de uma pena”.*

Com isso, temos que a questão da descriminalização e da despenalização da conduta tipificada no art. 28 da lei de drogas é muito marcante entre os atores jurídicos entrevistados. Mesmo passados mais de 10 anos da edição da lei, quando houve acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, é visível que este ponto ainda não se encontra estabilizado entre os atores jurídicos entrevistados envolvidos na aplicação do art. 28 da lei de drogas em Feira de Santana.

É possível identificar ainda que esta “confusão” quanto à definição de crime e de pena é sempre condicionada à previsão ou não da privação de liberdade como sanção para o crime. Mesmo para aqueles atores que consideram as penas do art. 28 como “penas verdadeiras” e com resposta penal relevante, há uma dificuldade de se conceituar tais medidas, ao menos de forma imediata, como pena. Em outras palavras, o modo como compreendem e o sentido que atribuem às penas gira em torno da privação de liberdade, que, por sua vez, condiciona a existência ou não do crime.

Vale dizer, aqui, que nessa leitura, os próprios atores jurídicos encontram-se aprisionados pelo conceito de pena que a atrela à prisão.

##### 5. *Eficácia e Efetividade das Penas do art. 28*

Essa categoria surgiu a partir das falas dos atores no decorrer das entrevistas, de forma espontânea, ou seja, sem nenhuma pergunta direta.

Nos pareceu que para os entrevistados a efetividade e a eficácia das penas do art. 28 está diretamente ligada a existência de uma coerção - para uns -, e fiscalização - para outros -, dos instrumentos que garantam a certeza do cumprimento da medida:

*“acredito que as penas do art. 28 não tenham efetividade alguma no plano concreto, porque em caso de descumprimento não há nenhuma consequência prática para o autor”.*

*“eu acho que uma das coisas que mais reforça o não acreditar na eficácia dessas penas é a falta de estrutura e fiscalização também, porque se a gente*

*for pensar, ‘restrição de final de semana’, ok, você diz que você não vai poder, quem vai fiscalizar isso? O cumprimento a entidades tal, quem vai fiscalizar que ele está indo”.*

#### 6. *Repercussões das penas do art. 28 para o mundo jurídico*

Buscou-se saber como esses atores veem os efeitos da previsão legal de uma pena não privativa de liberdade na cominação principal para um crime.

Percebemos uma divergência nas respostas dos atores quanto a esse ponto. Enquanto em algumas entrevistas observamos a noção de que não houve um avanço em matéria de penas pelo fato de que a resposta penal prevista seria insignificante, em outras apareceu a ideia de que o estabelecimento das penas do art. 28 da lei de drogas repercutem no mundo jurídico de modo que é uma forma de o direito penal dar uma resposta ao crime, mas sem o elevado custo do cárcere:

*“No caso específico da lei de drogas a lei não dá a resposta, em alguns casos, quando não há a TP há a denúncia, o efeito prático é somente potencial de gerar (...) a resposta penal é insignificante, qual a opção do legislador: fingir que está punindo ou descriminalizar”.*

*“Bom para o mundo jurídico foi uma alternativa que se teve para que despenalizando para aqueles menores, aqueles crimes de menor potencial possa ser dada uma resposta do judiciário, mas sem o custo tão grande como é o de manter o preso em cárcere privado. Então a pena alternativa tem esse benefício em não trazer esse custo tão grande como é o de manutenção do preso”.*

Notamos que na visão desses primeiros entrevistados é melhor tirar a conduta de porte de drogas para consumo pessoal do rol dos crimes a punir com as penas que estão estabelecidas, tendo em vista que estas tornam o direito penal sem efetividade. A preocupação com o direito penal em detrimento do crime é clara, é como se atribuir ao Direito Penal uma pena que não seja “verdadeira” fosse um malefício para a sua efetividade, devendo-se, portanto, descriminalizar logo para “cortar o mal pela raiz”.

#### 7. *Repercussões das penas do art. 28 para a sociedade e para o infrator*

Essa categoria objetivou descobrir como os entrevistados enxergam a efetividade das penas para o usuário-infrator e para a sociedade.

Nesse ponto específico, pudemos perceber que entre a totalidade dos entrevistados, apareceu a ideia de que as penas do art. 28 são positivas se influenciar positivamente na vida do usuário e repercutem a depender da pena aplicada. No entanto, notamos a preocupação bem marcante que a previsão de tais penas poderia ensejar para a sociedade uma visão de injustiça e impunidade:

*“se ele cumprir uma das medidas previstas em lei e, inclusive, deixar a droga, participando de programas educativos e até dando palestra contra o uso das drogas e os efeitos nocivos, é claro que há um efeito positivo da pena sobre a sociedade. Mas insisto que se ele não cumprir nenhuma das medidas do art. 28 e voluntariamente não há nenhuma consequência penal e moral, pode passar a impressão para a sociedade de impunidade e ineficácia das medidas”.*

Identificamos, com isso, que o discurso de ‘dar uma resposta à sociedade’ por um mal cometido pelo infrator é bem presente e se configura como um dos limitadores a credibilizar as penas alternativas à prisão como penas principais ao crime.

#### 8. *Rigor penal das penas do art. 28 da Lei de Drogas*

O rigor de cada uma das penas constantes nos três incisos do art. 28 da lei de drogas também foi bem pontuado entre todos os promotores entrevistados. Percebemos a necessidade de se propor penas coerentes com o crime e com a realidade do autor do fato. Para estes, a pena de advertência, totalmente dispensável e sem sentido, não deveria ser atribuição do juiz e promotor de justiça. Já a prestação de serviços à comunidade não seria uma resposta adequada ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, pois não tem relação lógica com o crime e por isso, seria mera pena retributiva. A pena do inciso III, por sua vez, seria a mais eficaz, por ter relação com o crime e uma repercussão mais positiva para o usuário:

*“advertência nunca é proposta, porque informação está disponível para todos e eu não vejo eficácia numa medida de advertência. A medida prioritariamente formulada é a do inciso III, a prestação de serviços à comunidade é como se fosse subsidiária, caso o autor do fato não aceite a medida de comparecimento a cursos e programas educativos. A medida do inciso III é mais esclarecedora, não há aspecto punitivo no juizado, sendo a mais consentânea das três penas (...). A prestação de serviços à comunidade é mais punitiva”.*

#### 9. *As repercussões das penas alternativas para o mundo jurídico*

Embora não tenha sido objeto diretamente de pergunta, em todas as falas foi possível identificar a opinião dos entrevistados quanto às penas alternativas de um modo geral. As penas alternativas para alguns foram consideradas importantes, mais efetivas para a ressocialização; para outros, porém, devem ser utilizadas a depender do crime ao qual se aplica e quando há uma garantia de cumprimento (por meio da coerção).

*“Existe na sociedade brasileira muito direito penal – direito penal simbólico, acionado para tudo, perdendo a força de contenção, a ultima ratio do direito penal fica mitigada. As penas alternativas são maravilhosas, no entanto são aplicadas para crimes que nem deveriam ser crimes, como os de menor potencial ofensivo (ameaça, lesão leve, vias de fato, injúria, difamação...). Crimes de ação privada, crimes contra o patrimônio e que não envolvam violência ou grave ameaça, crimes com possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade para as restritivas de direito não deveriam ser tratadas pela justiça comum criminal e sim pelos juizados”.*

*“Uma pena alternativa de prestações serviços à comunidade num crime de lesões corporais, por exemplo, se o autor do fato não cumprir, o processo volta para ele cumprir outra pena coercitivamente. O mesmo não acontece com as penas do art. 28 da lei de drogas”.*

#### 10. *Figura do legislador na tipificação do crime*

Essa categoria foi criada por termos identificado na fala dos atores a menção quanto à figura do legislador de 2006 no momento da tipificação do crime do

art. 28. Foi possível perceber, nas entrevistas, uma certa insatisfação com essa figura legislativa: i) ou por este ter tipificado a conduta de porte de drogas para consumo pessoal como crime; ii) ou por este ter estabelecido penas “sem coercibilidade” como respostas penais para um crime; iii) ou por este ter estabelecido a conduta de porte de drogas para consumo pessoal como crime e cominado penas diversas à prisão.

Todos os entrevistados trataram como se, na verdade, tivesse havido uma “confusão do legislador” na tipificação do crime do art. 28 ou uma falta de coragem desta figura para descriminalizar a conduta de uso das drogas, optando-se, por isso, pela imposição de penas diversas à prisão, como uma forma de compensação à sua omissão:

*“A gente sempre comenta que o legislador não teve talvez a coragem necessária de enfrentar a questão de descriminalizar o uso da droga, então ele manteve um crime, o art. 28 da lei 11.343/06, mas ao mesmo tempo ele não previu uma pena como a gente tem, nos moldes, no padrão da pena restritiva de liberdade da legislação anterior, por exemplo”.*

Foi possível observar a estranheza com a qual os entrevistados enxergam as penas do art. 28 da Lei de Drogas. Todos acreditam que, na verdade, ou o legislador caiu em equívoco (confusão) ou foi uma ‘medida estratégica’ (uma saída para não descriminalizar a conduta), ao instituir como penas a advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas de comparecimento a cursos e programas educativos.

No entanto, ao mesmo tempo que dizem não concordar com o posicionamento “do legislador” na tipificação do crime do art. 28, percebemos que os mesmos agem de acordo com a “vontade do legislador” em relação ao crime e às penas do art. 28:

*“(...) essa sensibilidade no sentido da gente ter que buscar alguma coisa que tivesse mais, que pudesse respeitar aquela opção daquele indivíduo no uso da droga, mas que também contemplasse o que a legislação disse, a legislação disse “olha, não disse que não é mais crime, continua sendo crime, agora eu disse que a resposta a isso vai ser diferenciada”.*



Sobre essa “confusão” dos próprios atores jurídicos entre aplicar de acordo com as suas concepções e aplicar de acordo com a “vontade do legislador” é importante nos remeter ao argumento para o qual Álvaro Pires (2011) nos chama atenção:

*o próprio sistema de direito enxerga a legislação como ‘exprimindo a vontade do legislador’ e como uma ‘fonte do direito’, ou seja, como uma fonte para fazer emergir um direito pelo direito (...). Mas, ao mesmo tempo, a teoria dos sistemas lembra que é o sistema de direito que determina, no contexto de suas comunicações e decisões, qual é, efetivamente, em cada caso concreto, essa vontade do legislador.(p. 312)*

De acordo com a teoria dos sistemas, as estruturas podem mudar em razão de sua relação com o tempo. Segundo Álvaro Pires as estruturas mais exigentes são as estruturas de pensamento centrais dos sistemas sociais, que são as estruturas do sistema cognitivo ou de reflexão do próprio sistema de direito (2011, p. 309-310). Essa estrutura teria maior condensação de sentido (dimensão histórico-cultural), duraria mais no tempo e teria maior capacidade e resistência à perturbação. É quando os ‘aplicadores do direito’ atuam de forma diversa ao estabelecido legislativamente, o que ocasiona uma inovação no plano concreto.

Em outras palavras, a teoria dos sistemas nos mostra que, na verdade, o sistema de direito utiliza – de forma voluntária ou involuntária, “a vontade do legislador” para justificar as suas próprias ações dentro do processo. Portanto, embora os atores jurídicos entrevistados nessa pesquisa digam pensar de forma diversa à lei, justificam o seu modo de aplicação na própria lei de drogas, cada um de acordo com a maneira que pensa ser mais coerente.

#### 4.3 Análise geral das categorias

Como já explicitado, o método da TFD permite que a partir dos dados sejam formuladas hipóteses, as quais podem dialogar com as teorias já existentes.

De início, pudemos perceber que há entre os atores uma preocupação muito grande com a otimização e racionalização do processo, do tempo do promotor de justiça e do judiciário. A preocupação com o autor

do fato e com as possibilidades de ele cumprir a transação penal só apareceu na fala de um dos entrevistados. A negociação da transação penal, por sua vez, que deveria ser um momento importante no processo - quando o autor do fato e o titular da ação penal, com supervisão do juiz, negociariam a proposta oferecida pelo ministério público, buscando as possibilidades de o autor do fato cumprir a medida -, não é efetivada. Apenas um ator considerou participar das audiências preliminares, reforçando a importância desse momento para o autor do fato e para o judiciário. Assim, a negociação da transação penal no processo acaba sendo inexistente, um meio apenas de dizer ao autor do fato: “aceite ou será denunciado”.

Em contrapartida a essa postura, a maioria dos entrevistados não consideram as penas do art. 28 da lei de drogas como “penas verdadeiras”. Isto porque essas penas seriam “desprovidas de coercibilidade”, possuiriam “resposta penal insignificante”, e não seriam, portanto, penas pelo fato de não se incidir a detenção ou reclusão.

É possível notar que, em um primeiro momento, a maioria dos atores demonstra não se importar com o cumprimento da pena proposta pelo autor do fato (não participação na audiência preliminar). No entanto, em um segundo momento, para esses, o cumprimento das penas do art. 28 passa a ser critério imprescindível para a eficácia da medida. A questão de que não há uma sanção efetiva (punida com prisão) em caso de descumprimento é a grande justificativa para não se considerar as penas do art. 28 como penas de fato. Temos, portanto, que a problemática não diz respeito ao cumprimento ou não da pena aplicada, mas sim a certeza da punição estar lastreada numa pena aflictiva, que cause algum tipo de sofrimento para o infrator.

A discussão sobre a despenalização ou não e a descriminalização ou não do crime de porte de drogas para consumo pessoal esteve bem presente na fala dos entrevistados e demonstra que a questão ainda não se encontra estabilizada entre os mesmos. Percebemos, também, que o conceito de pena para os atores está intrinsecamente ligado à previsão de privação da liberdade e o conceito de crime está inter-relacionado com a pena ao qual se aplica. Os atores jurídicos, ao menos em um primeiro momento, afirmaram ter ha-



vido uma despenalização para a conduta do uso de drogas, mesmo que depois fosse reconhecido que as penas do art. 28 possuem um caráter penalizador. Em outras palavras, a ideia que perpassa os entrevistados é a de que não há crime sem pena que inflija dor e sofrimento ao corpo do infrator.

A fiscalização e a existência de instrumentos que garantem o cumprimento da medida pareceu um critério necessário para a eficácia e efetividade das penas alternativas.

Para a maioria, não foi vislumbrado que as penas do art. 28 da Lei de Drogas foi um avanço para o direito penal. Pelo contrário. Para alguns, as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas de comparecimento a cursos e programas educativos, na verdade, teriam efeitos negativos no âmbito do direito penal porque traz a este um aspecto de inefetividade, de resposta insignificante. Ou seja, a imposição de penas como as do art. 28 da Lei de Drogas descredibilizaria o Direito Penal. Apenas dois dos cinco entrevistados pontuaram que estas penas seriam um avanço para o direito penal em matéria de definição de penas por não prever o cárcere em nenhum momento.

Foi possível notar, ainda, que todos os entrevistados consideram as penas do art. 28 benéficas para o autor do fato se houver realmente uma mudança positiva de comportamento deste, ou seja, há entre os atores uma visão de correção do indivíduo. No entanto, embora pontuem esse potencial benefício das penas do art. 28, a maioria chama atenção que a sociedade e mesmo as instituições jurídicas não estão preparadas para oferecer como resposta a um crime penas alternativas à prisão, demonstrando que estas podem causar na sociedade uma sensação de injustiça e impunidade.

Percebemos que a maioria dos entrevistados legitimam ou não as penas do art. 28 através do ‘rigor’ que são atribuídos a elas. Ou seja, as penas só passam a ser oferecidas caso entendam que possuem o rigor necessário para a reprimenda, no entanto, esta “avaliação” não é feita para cada caso concreto e sim de forma generalizada de acordo com o que acreditam ser, de modo geral, “mais eficaz”.

Portanto, em síntese, observamos que a imposição

de penas alternativas para crimes seria: i) uma opção mais benéfica para a ressocialização do infrator, no entanto somente ii) a depender do crime (em regra para crimes mais brandos), iii) válida quando houvesse uma sanção em caso de descumprimento (punição pela privação da liberdade), sendo que há a necessidade de se iv) trabalhar com a sociedade a aceitação a esses tipos de penas e também os próprios atores jurídicos aceitar as alternativas ao cárcere como penas, v) devendo o rigor penal ser validado por aquele que a aplica.

Por fim, observamos uma tendência por parte dos entrevistados de problematizar a previsão de uma conduta a qual se prevê penas alternativas como um crime. No entanto, mesmo sendo contrários e estranhos a essa opção legislativa atuam em conformidade com ela.

Nessa perspectiva, parece que a grande questão que envolve as discussões sobre o art. 28 não é o uso ser criminalizado ou não, mas sim as penas que são atribuídas a este crime.

Todos os atores jurídicos entrevistados demonstraram considerar que o uso de drogas não deveria ser crime, que é uma “questão de saúde pública”, que está relacionado à intimidade do indivíduo. No entanto, quando o legislador estabeleceu como penas principais e únicas para o crime de uso de drogas a advertência, a prestação de serviços à comunidade, e as medidas de comparecimento a cursos e programas educativos, incidiu em “confusão legislativa”, em “falta de coragem para descriminalizar, optando-se por despenalizar”. É como se as penas tivessem sido imputadas a este crime por erro, afinal, como o DIREITO PENAL poderia prever penas alternativas como respostas principais para crimes?

Diante de todo o exposto, é possível dizer que as concepções dos atores jurídicos feirenses envolvidos no enfrentamento do crime de uso de drogas ainda revestem-se do manto da racionalidade penal moderna (RPM). A estrutura sinédoque apontada por Pires (2004) se encontra bem presente na concepção dos entrevistados. A definição do crime (todo) pela pena afliativa (parte), os faz pensar que um esteja obrigatoriamente atrelado ao outro, razão pela qual considerar as penas do art. 28 da lei de drogas como verdadeiras penas é difícil, para uns e mesmo impossível para outros.

Percebemos que embora as penas do art. 28 sejam utilizadas pelos atores jurídicos conforme estabelece a legislação, o sistema de pensamento que parece dominar o sistema de direito entre os entrevistados ainda é o da racionalidade penal moderna, não sendo o novo dispositivo capaz de mobilizar suficientemente uma mudança de estrutura do pensamento penal no sítio pesquisado.

No entanto, não podemos aqui ignorar algumas posturas positivas que se apresentaram no decorrer da pesquisa. Diante de uma maioria de atores que não se faz presente nas audiências preliminares e, ainda, consideram esta participação desnecessária, tivemos a efetiva participação de um dos atores na audiência preliminar e na negociação da transação penal, considerando estas como formas importantes de se humanizar o processo penal. Observamos, da parte de alguns atores, que as penas alternativas podem ser pensadas como respostas que diminuam o elevado custo do cárcere para o judiciário e os efeitos negativos deste para o infrator. E ainda identificamos perspectivas de que as penas alternativas podem ser um benefício para o infrator caso haja mudanças positivas na vida deste, o que, embora se apresente como uma visão corretiva, não deixa de ser uma justificativa para reduzir os efeitos negativos da pena de prisão.

Constatamos, assim, que embora a estrutura de resposta penal pelas penas aflictivas ainda domine, observamos que alguns elementos indicam a apresentação de novos horizontes na concepção tradicional da pena. A legislação de drogas oferece uma abertura suficiente para se pensar penas de forma diversa ao cárcere e humanização do processo penal. Para isso, necessário, portanto, efetivar essas medidas e multiplicar as ações 'inovadoras' já existentes.

## 5 Considerações finais

A novidade penal trazida pela Lei nº 11.343/06 suscitou grandes debates e reflexões por instituir como sanção para os usuários de drogas penas alternativas ao cárcere e à multa. Além desse polêmico dispositivo, a lei conferiu especial atenção ao usuário que passou a ser julgado no âmbito dos juizados especiais criminais.

Com o objetivo de compreender como pensam os atores jurídicos envolvidos no enfrentamento do crime de uso de drogas, observamos o desenvolvimento desses processos na Comarca de Feira de Santana e buscamos estudar como lidam esses atores com as penas estabelecidas. Através da maneira como atuam no processo, da importância que atribuem às suas atuações, das penas que aplicam e de como consideram as penas do art. 28 da Lei de Drogas, observamos que a Racionalidade Penal Moderna ainda reveste o sistema de pensamento dos juízes e promotores feirenses envolvidos no enfrentamento ao crime de uso de drogas. O conceito do crime definido pela pena junto ao de pena definida pela privação da liberdade é tão enraizado no pensamento penal que constitui o grande obstáculo à alteração do sistema de pensamento, por um lado, e à proposta de se estabelecer respostas penais diversas ao cárcere, por outro.

Assim, a pesquisa indica que a semente plantada pela alteração legislativa em 2006 ainda não germinou, necessitando, para tanto, ser regada de debates e discussões que proporcionem questionamentos para o sistema de pensamento atual e o estímulo à previsão de penas alternativas à pena de prisão, entendidas como principais respostas para os crimes.

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

## 6 Referências

- Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006 (2006). Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 08 de out. de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 25 jan. 2016.
- Campos, M. S. (2015, janeiro). Entre doentes e bandidos: a tramitação da lei de drogas (nº 11.343/2006) no Congresso Nacional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 2, pp. 156-173.
- Capez, F. (2006). A Nova Lei de Tóxicos: Modificações Legais Relativas à Figura do Usuário. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, nº 14, p. 67.
- Cappi, R. (2014, janeiro). Pensando As Respostas Es-tatais Às Condutas Criminalizadas: um estudo em-pírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 – 2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, Vol. 1, nº 1, pp. 10-27.
- Departamento Penitenciário Nacional (2014). *Levan-tamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen*. Recuperado em 29 de setembro de 2016, de <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divul-gara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>.
- Deus, C. C. (2013). *A aplicação das alternativas penais aos usuários ou dependentes de drogas: repercus-sões quanto ao acesso à justiça*. Dissertação (Mes-trado) - Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Faculdade de Serviço Social, PUCRS. Porto Alegre - RS .
- Diretoria De Estudos E Políticas Do Estado, Das Ins-tituições E Da Democracia (2014). *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas: Relatório de Pes-quisa – Sumário Executivo*. Recuperado em 29 de setembro de 2016, de <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriospesqui-sa/150325\\_relatorio\\_aplicacao\\_penas.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriospesqui-sa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf)>.
- Dubé, R. Éléments de théorie sur les commissions de réforme du droit et l'innovation cognitive en matière de justice pénale: contributions concep-tuelles de Michel Foucault et de Niklas Luhmann (2007, Setembro 28). *Champ Pénal*. Recuperado em 16 de julho de 2015, de <http://champpenal.revues.org/694>.
- Fórum Brasileiro De Segurança Pública (2015). *Anu-ário Brasileiro de Segurança Pública*. Recuperado e, 14 de fevereiro de 2016, de <[http://www.foru-mseguranca.org.br/storage/download//anua-rio\\_2015.retificado\\_.pdf](http://www.foru-mseguranca.org.br/storage/download//anua-rio_2015.retificado_.pdf)>.
- Gomes, L. F. et. al. (2006). Nova lei de Drogas comen-tada. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, p. 100.
- Jesus, D. E. (1995). Lei dos Juizados Especiais Crimi-nais anotada. São Paulo, p. 62. In: BREGA FILHO, V., et al. orgs, A Nova Lei de tóxicos : Usuários e De-pendentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica (2007). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, nº 16, p.20.
- Karam, M. L. (2015). *Legalização das Drogas*. (1a ed.) São Paulo: Estúdio Editores. Com, – Coleção Para Entender Direito.
- Lins, E.(2009). A nova lei de drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na preven-ção, na redução de danos, assistência e na rein-serção social. In: A. Nery Filho, et al. orgs. *Toxico-manias: incidências clínicas e socioantropológicas*. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, pp. 243-267.
- Pinheiro, N. T. *Justiça Restaurativa E Justiça Juvenil Em Feira De Santana: Desvendando Os Modos De Pensar Dos Atores*. Trabalho de Conclusão de Cur-so (Graduação). Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, BA, BRA.
- Pires, A. P.; Cauchie, J. (2011, Janeiro-Junho). Um Caso De Inovação “Acidental” Em Matéria De Pe-nas: A Lei Brasileira De Drogas. *Revista Direito GV*, São Paulo, n.13,pp. 299-329.
- Pires, A. P. (2004). Racionalidade penal moderna, o Público e os Direitos Humanos. *Novos Estudos*, n. 68. São Paulo: CEBRAP, pp. 39-60.
- Rocha, O. O. (2008). *A Lei nº 11.343/2006 e suas ino-vações no âmbito penal ao usuário de drogas*. 51f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Fa-culdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACI-TEC, Taguatinga, DF, BRA.
- Ruquoy, D. (1997). Práticas e Métodos em Investiga-ções Sociais. Situação de entrevista e estratégia do entrevistador. In: L. Albarello et. al. *Práticas e Métodos de investigação em Ciências Sociais*. Lis-boia: Gradiva, pp. 84-116.
- Saliba, M. G. (2007, fevereiro-março). A Nova Lei de Tóxicos: Usuários e Dependentes – Descriminali-

zação, Transação Penal e Retroatividade Benéfica. *Revista Magister de Direito Penal*. Ano III, n. 16, pp. 10-25.

Trad, S. (2009) Controle do uso de drogas e prevenção no Brasil: revisitando sua trajetória para entender os desafios atuais. In: A. Nery Filho., et al. orgs. *Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas*. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, pp. 97-112.

Data de submissão/*Submission date*: 30.09.2016.

Data de aceitação para publicação/*Acceptance date*: 10.10.2017.

# **ANÁLISE DE DISCURSO CRÍTICA DA ANISTIA POLÍTICA DE MILITARES:** um estudo teórico, metodológico e prático // *David Barbosa Oliveira*<sup>1</sup>

## **Palavras-chave**

Análise de discurso / representação / anistia política

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

## **Sumário**

- 1 Introdução**
- 2 Análise de Discurso Crítica: realismo crítico, neutralidade e ideologia**
- 3 Análise de “dados”, dialogia e ADC**
- 4 A disputa social pelo sentido hegemônico de anistia**
- 5 Conclusão**
- 6 Referências**

## **Resumo**

Este artigo trata das disputas discursivas sobre a anistia política decorrente da ditadura civil-militar brasileira (1964-1985), apresentando o resultado da análise de discurso sobre um *corpus* composto por entrevistas realizadas com militares anistiados e com militares que representam o pensamento dominante dentro das Forças Armadas (estabelecidos). Para tanto, adotamos a abordagem metodológica da Análise de Discurso Crítica (ADC) de Fairclough (1992, 2003, 2010). Antes de analisar os dados expomos teórica e metodologicamente os pressupostos da ADC. Temos por objetivo analisar as representações sociais dos militares (anistiados e estabelecidos) sobre a anistia, buscando entender se há diferença nas construções de cada grupo a respeito da anistia política.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor colaborador do mestrado e doutorado em Sociologia da Universidade Estadual do Ceará (UECE).

# CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS OF MILITARY AMNESTY: a theoretical, methodological and practical study // *David Barbosa Oliveira*

## Keywords

Discourse analysis / representation / political amnesty

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

## Abstract

This article deals with the discursive disputes about political amnesty arising from the Brazilian civil-military dictatorship (1964-1985), presenting the result of the discourse analysis on a corpus composed of interviews with amnestied military personnel and military personnel representing the dominant thinking within the Armed Forces (established). For this, we adopted the methodological approach of Fairclough's Critical Discourse Analysis (ADC) (1992, 2003, 2010). Before analyzing the data, we explain theoretically and methodologically the assumptions of the ADC. We aim to analyze the social representations of the military (amicable and established) about amnesty, trying to understand if there is difference in the constructions of each group regarding political amnesty.



## 1 Introdução

Este texto descende de outras pesquisas que tratam da disputa pelo sentido da anistia política militar dentro e fora do Estado. Metodologicamente, a pesquisa se apoia na análise de discurso, pelo viés da Análise de Discurso Crítica (ADC) de Norman Fairclough (1992, 2003, 2010), possibilitando pôr em destaque o direcionamento ideológico dos textos, bem como a assimetria de poder entre discursos jurídicos.

A disputa discursiva sobre a anistia impede que esse problema possa ser analisado desprezando o enunciado contrário, sendo então necessário que todos os discursos que lutam pelo seu sentido e por sua hegemonia sejam postos no centro do debate. Assim, importa dizer que não trilhamos, nesse artigo, o tradicional caminho de, com amparo na “natureza” jurídica do instituto, explicar seu alcance e aplicação, que é uma estratégia monofônica do Direito, utilizada para fins dogmáticos. O escopo foi, dialogicamente, o caminho inverso, ou seja, observar os discursos sobre a anistia política, mostrando suas disputas e contradições na construção dos sentidos da anistia. Para tanto, trazemos discussões de aspectos teóricos e metodológicos da ADC a fim de facilitar a compreensão de como se faz análise de discurso crítica.

Assim, a partir desta discussão, destacamos a análise do *corpus* referente às entrevistas realizadas com os militares que foram anistiados, bem como com militares que reproduzem o pensamento dominante nas Forças Armadas, que chamamos de estabelecidos (ELIAS e SCOTSON, 2000). As entrevistas foram escolhidas em grupos que, direta ou indiretamente, influenciam as práticas de ampliação e restrição dos direitos dos anistiados. Tivemos acesso ao grupo dos militares anistiados por meio de contatos fornecidos pela Comissão de Anistia. Eles pertencem ou pertenceram à Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM), que promove a defesa dos militares punidos com fundamento nos atos institucionais e complementares ou diplomas legais outros emitidos durante o período 1964-1985. As entrevistas foram colhidas em suas residências – a despeito de duas, que ocorreram em um restaurante em Copacabana – e, após o ato da ADNAM a favor da anistia, em julho de 2014, no auditório da Associação Brasileira de Imprensa, centro do Rio de Janeiro. Foram entrevistados quatro militares com altas patentes da

Marinha e do Exército, além de um praça (posto de categoria inferior da hierarquia militar).

O grupo dos militares que se alinha ao discurso de restrição dos direitos dos militares anistiados foi realizado, em sua totalidade, em Fortaleza, em outubro de 2014. O contato com esse grupo se estabeleceu de modo peculiar, pois, em 31 de março daquele ano, esse grupo foi à praça do Ferreira – importante logradouro da capital cearense – festejar o aniversário do golpe civil-militar de 1964. Entre os participantes da comemoração, um dotado de grande prestígio social em Fortaleza e membro do Grupo Guararapes,<sup>2</sup> que organizou o ato, foi o caminho para encontrar o restante dos entrevistados. Todos os entrevistados desse grupo advieram do Exército, possuem patentes altas e são considerados da “linha dura” do período de 1964.

As entrevistas de campo tiveram sempre como pressuposto o fato de que os participantes da pesquisa não são objetos de estudo, mas sujeitos com voz e capacidade de formar conhecimento sobre sua realidade. Assim, procuramos realizar uma pesquisa em que se valoriza a forma como os entrevistados compreendem suas experiências, priorizando suas produções subjetivas. Cada grupo destacado possui um discurso que, em decorrência da posição de onde fala e de acordo com a identidade que se assume, representará os fatos de modo diverso, havendo, decorrente disso, disputas pela determinação do sentido da anistia e de suas representações. Objetivamos, então, reproduzir trechos que denotam as representações a respeito do sentido da anistia política, almejando perceber se existem representações sociais diferentes. Como resultado, encontramos significados díspares, em cada grupo, sobre a anistia e suas representações, tensões dialógicas e disputas de poder nessas representações.

## 2 Análise de Discurso Crítica: realismo crítico, neutralidade e ideologia

Antes de adentrar a explicação metodológica de

<sup>2</sup> Grupo formado no dia 5 de novembro de 1991 por oficiais da reserva e reformados da Marinha, Exército e Aeronáutica, inicialmente residentes no Ceará, mas, posteriormente, absorvendo oficiais domiciliados em todo o território nacional alinhados a ideias conservadoras, contrárias ao “revisonismo” histórico e à revelação de novas memórias pelas Comissões de justiça transicional.

como foi realizada a análise de dados, importa explicar os pressupostos teórico-metodológicos da Análise de Discurso Crítica (ADC). De início, exporemos sobre a influência do arcabouço teórico do Realismo Crítico sobre a ADC e as pesquisas sob esse viés, para depois avançar na discussão acerca de neutralidade e imparcialidade de pesquisas em ADC.

Inicialmente, então, urge dizer que, para a ADC e as demais pesquisas sociais orientadas pelo Realismo Crítico, não há verdades universais tácitas, mas apenas conexões causais entre os fenômenos. A busca por tais conexões deve ser feita pela identificação desses mecanismos causais e de como eles operam, bem como descobrindo se eles foram ativados e sob quais condições.

Essa postura nos remete a conhecida percepção de Foucault que, ao questionar a vontade de verdade dos discursos, procura restituir ao discurso seu caráter de acontecimento, tratando o discurso como práticas descontínuas, que se cruzam, ignoram-se e excluem-se. Por fim, a análise do discurso foucaultiana busca romper com a continuidade, mostrando que os discursos não se justificam por si mesmos, que são “o efeito de uma construção cujas regras devem ser conhecidas e cujas justificativas devem ser controladas; definir em que condições e em vista de que análises algumas são legítimas; indicar as que de qualquer forma não podem mais ser admitidas” (Foucault, 2010, p. 28).

Assim tanto no realismo crítico, quanto em Foucault, não se pesquisa verdades primeiras e fundadoras da realidade, mas se procura entender como o discurso, os textos e as práticas são tensionados por determinados controles que podem ser percebidos por intermédio das conexões causais. Não havendo pressupostos transcendentais que fixem a realidade em um sentido, esse será sempre aberto e contingente, admitindo sua transformação sempre que os eventos, as práticas e as estruturas o possibilitarem.

Na ADC, então, parte-se do princípio de que a sociedade e o discurso são sistemas abertos, as ações não são totalmente previsíveis, havendo um amplo campo de possibilidades que são restringidas e fomentadas pelas estruturas sociais. As estruturas de-

finem um potencial, possibilitam vários eventos, mas o evento não é uma consequência direta das estruturas. Nem tudo o que potencialmente pode acontecer, em função da realidade social, acontece de fato, pois existem contingências que podem bloquear ou estimular mecanismos. A não produtiva divisão entre estrutura e ação é alterada pelo desenvolvimento de uma epistemologia construtivista-estruturalista, sendo estruturalista quando orientada para sistemas relacionais que constituem permanências relativas nas práticas e construtivista a respeito da explicação como aqueles sistemas são produzidos e transformados na ação social.

Utilizam-se, na ADC, por conseguinte, tanto a estrutura quanto a ação para o implemento da análise, pois, para Fairclough, “a análise social baseada sobre práticas e posições sociais constitui uma teoria coerente e uma metodologia efetiva atenta à pesquisa social precisamente porque permite estrutura e ação serem conectadas” (2000, p. 171). No lado da estrutura, são estabelecidas predeterminadas posições para agir (ordens do discurso, por exemplo) e, no lado da ação, os sujeitos, embora definidos abstratamente pela estrutura, agem reproduzindo ou transformando o sistema. Assim, a realidade é constituída não apenas do curso de eventos realizados, mas também de estruturas (poderes, mecanismos, tendências de aspectos da realidade) que facilitam ou bloqueiam a realização dos eventos.

As estruturas emergem de ações e ações são constrangidas por estruturas, de modo que a prática social, a um só tempo, constrange a ação para a reprodução da estrutura e fornece recurso para a transformação da estrutura pela ação. Desse modo, a ADC instrumentaliza a relação entre estrutura e ação e, estribada em uma visão aberta e contingente da sociedade e da vida, possibilita que, além da reprodução das estruturas sociais seja possível analisar suas mudanças. Entretanto, toda dimensão na dialética ação-estrutura é uma luta pelo poder sobre se o mundo social será mantido ou mudado, pois a estabilização ou não das estruturas e práticas decorrem da estabilidade relativa do poder hegemônico.

Outro ponto relevante que deve ser posto previamente refere-se à neutralidade e imparcialidade científica das pesquisas em ADC. A dicotomia de fato e valor,

bem como as suas implicações sobre a neutralidade e a imparcialidade, repercutem diretamente sobre a ideia de ciência social. Dessa dicotomia, surge a opção de demarcar a Ciência Social como imitativa da Ciência Natural ou de percebê-la com horizonte próprio. Predomina, em regra, a atitude formalizante clássica, que vê a realidade social como subsunção dos métodos das Ciências Naturais, chegando-se ao extremo de considerar real apenas o que é empírico, reduzindo a realidade social a sua expressão empírica, sobretudo em razão do método. É certo que, por muito tempo, o método científico somente admitiu que se fizesse ciência se o juízo sobre os fatos dependesse de imposições vindas de fora, como, por exemplo, da política, da legislação e da religião. Mariconda (2006) afirma que para Hume, que introduziu a neutralidade cognitiva para aplicar o método da ciência, era necessário cancelar as perspectivas de valor (as crenças religiosas, políticas, econômicas, morais etc.), o que repercutiria de modo contundente na formação do conhecimento e na formação da verdade científica. A função do cientista, aqui, é pesquisar, teorizar e não intervir, tomar posição. Nesse sentido, Lacey assinala que “a ciência natural moderna adquiriu um tipo de autoridade tal que muitos a veem como uma prática cognitiva exemplar, o paradigma da racionalidade, legitimando assim seu avanço imperialista sobre outros domínios, inclusive o dos fenômenos humanos” (1997, p. 87).

Essa neutralidade cognitiva se mostrou compatível com um conjunto de critérios de imparcialidade. Entretanto, como ensina Lacey (2011), a investigação imparcial depende, não da exclusão dos valores das práticas da pesquisa, mas da inclusão, em seus lugares apropriados, de todas as perspectivas de valor viáveis em uma sociedade democrática, a fim de legitimar o conhecimento daquela sociedade. Neutralidade, assim como imparcialidade, não diz respeito à ausência de valores na ciência, mas à inclusão de todos os valores relevantes nos lugares apropriados. Para Lacey (2011), a investigação imparcial deve ser contrária à reivindicação da exclusividade dos valores cognitivos, pois nesta não há, em verdade, uma contribuição à neutralidade, mas a interesses ideológicos que se engajam em práticas econômicas, políticas, administrativas, jurídicas etc.. A exclusão dos valores sociais do conhecimento científico proporciona

uma “pesquisa conduzida dentro de uma abordagem descontextualizada” (2011, p. 499). Desse modo, Mariconda (2006), lança a crítica fundamental sobre a neutralidade científica ao acentuar que

*[...] não se sustenta a tese de que aquilo que é científico é ipso facto bom, independentemente dos interesses e valores que possam estar envolvidos, por exemplo, no financiamento que possibilitou a condução daquele tipo de pesquisa. Tampouco a tecnologia é neutra no sentido de beneficiar as comunidades humanas independentemente de suas perspectivas de valor ou de suas condições sociais. Ou, numa formulação de máxima generalidade, não é possível sustentar uma dicotomia entre fato e valor, uma separação estrita entre o domínio da determinação da verdade e o domínio dos negócios, da política e do direito, nos quais são constituídos os valores sociais. Os valores devem ser levados em conta para a constituição de práticas científicas ao mesmo tempo mais eficazes e mais justas, no âmbito das ações responsáveis (2006, p. 470).*

Todo conhecimento, portanto, é carregado de valores, de juízos prévios, de pontos de vista. Há inúmeros pontos de vista que lutam, entre si, para alcançar uma estabilidade ideológica dominante, de modo que não há apenas uma visão da realidade. Nesta pesquisa, como acentua Bakhtin (2010), não se conhece o sujeito fora do discurso que ele produz, pois sua apreensão só é possível como uma propriedade das vozes que ele enuncia, evidenciando a exotopia de qualquer enunciado. Em qualquer situação, inclusive na pesquisa, o outro que é contemplado permite que sobre ele seja dito algo que, de sua posição, ele não consegue ver. Consoante ensina Bakhtin, quando pesquisador e pesquisado se olham, seus distintos mundos se refletem um no outro; o excedente da minha visão, do meu conhecimento, da minha posse é condicionado pela singularidade e pela insubstituibilidade do meu lugar no mundo. Para o autor, “nesse momento e nesse lugar, em que sou o único a estar situado em dado conjunto de circunstâncias, todos os outros estão fora de mim” (2010, p. 21). Longe da imparcialidade e neutralidade, a vida e a ciência se fazem em meio a juízos de valor que retratam os caminhos percorridos, as lutas travadas, as expe-

riências vividas, as expectativas sociais, os posicionamentos ideológicos.

Por isso, para a Ciência Social ser possível, como explica o Realismo Crítico, o mundo deve ser concebido em variados domínios da realidade. A capacidade de observar efeitos e ações sociais não esgota o que pode existir e o que de fato existe, pois o que se observa não corresponde a nenhum dos dois.<sup>3</sup> No que observamos, há sempre pontos cegos, realidades que não podem ser analisadas em razão dos limites contingentes da observação, motivo pelo qual nem tudo o que é concretizado em eventos é captado por nossa experiência. Desse modo, para Bahskar (2008), embora a observação possa nos ensinar sobre o que é (o realizado) e o que pode ser (o potencial), essa observação é sempre contingente, determinada com suporte em um lugar específico. Desse modo, o lugar de onde se fala deve ficar explícito, afastando as vãs tentativas de imparcialidade e neutralidade descontextualizadas.

No caso específico das entrevistas qualitativas, essa não neutralidade é encontrada na intencionalidade tanto do investigador, quanto do entrevistado. O investigador, mesmo lidando com uma técnica de entrevista não diretiva e informal, tem uma série de interesses organizando a formulação de suas perguntas, além da intenção de criar uma relação de confiança e passar uma imagem de credibilidade para que o entrevistado seja receptivo e colaborativo. Por outro lado, o entrevistado, ao aceitar o papel de participante da pesquisa, também carrega consigo intenções, como, por exemplo, ser ouvido e acreditado, o que, por sua vez, direciona a constituição de sua narrativa, como explicam Yunes e Szymanski (2005).

Por conseguinte, na ADC, os resultados científicos não são neutros com relação aos interesses e valores, situando-se ideologicamente ante as relações de poder hegemônicas. A pesquisa não pode ser aceita sem qualificações e restrições, devendo ser considerada à

luz de precauções epistemológicas e éticas, havendo de ser claramente identificado o lugar ideológico de onde parte o discurso. A ADC, ou Estudo Crítico do Discurso (ECD), como propõe van Dijk (2012), está especificamente interessada no estudo crítico dos problemas sociais, da desigualdade social, da dominação e de fenômenos relacionados a estes, afastada de um discurso “verdadeiro”. Consequência disso é o fato de que, segundo van Dijk,

*[...] os estudiosos dos ECD não são “neutros”, mas se comprometem com um engajamento em favor dos grupos dominados da sociedade. Eles assumem uma posição e fazem isso de modo explícito. Enquanto muitas pesquisas sociais “neutras” podem ter uma posição social, política ou ideológica implícita (ou de fato, negar que tomam essa posição, o que obviamente é também uma tomada de posição), estudiosos dos ECD reconhecem e refletem sobre seus próprios compromissos com a pesquisa e sobre sua posição na sociedade (2012, pp. 15-16).*

Então, além de estar consciente de suas opções científicas, como, por exemplo, com qual teoria ou método serão construídos os dados, o estudioso em ADC deverá ser também consciente política e socialmente. Os pesquisadores de ADC buscam explicitamente contribuir para uma mudança social específica em favor de determinados grupos. O ponto de vista, de onde parte o olhar do pesquisador aqui, é, em regra, o dos dominados. É certo que, ante o paradigma científico pautado na neutralidade e imparcialidade, ao que se adita o fato de as Ciências Sociais serem, por alguns, entendida como uma cópia das Ciências Naturais e ao uso da técnica como busca de um conhecimento universal e verdadeiro, poderá surgir a indagação se de fato a ADC é científica. Uma perspectiva crítica e socialmente comprometida não implica menor rigor na pesquisa. Daí, van Dijk acentua, com clareza, que

*[...] os estudos discursivos de problemas sociais que podem efetivamente beneficiar grupos dominados e que podem contribuir para o abandono ou para a mudança de práticas discursivas ilegítimas das elites simbólicas normalmente requerem programas de pesquisa, teorias e métodos que são*

<sup>3</sup> Para Bahskar, estas distinções podem ser convenientemente expressas pela fórmula  $Dr \geq Da \geq De$ , onde no caso especial  $Dr = Da = De$ , supostamente satisfeito no realismo empírico, tem, de fato, de ser trabalhado na atividade social da ciência. A possibilidade de  $Dr \neq Da$  implica que nem todos os eventos, e que de  $Da \neq De$  que nem todas as experiências, são epistemologicamente iguais em significado (2008, p. 221).

*complexos e multidisciplinares. (...) Em outras palavras, os ECD tratam especificamente de problemas sócias complexos para os quais é necessário desenvolver ou aplicar teorias e métodos complexos de várias disciplinas e, ao mesmo tempo, deve-se satisfazer os critérios sociais mencionados acima – tal como ser relevante para os grupos dominados. Isso significa que, em geral, os critérios para a pesquisa em ECD são frequentemente mais exigentes do que os para outras formas de estudo discursivo (2012, pp. 16-17).*

Conforme já exposto alhures, entende-se que os valores cognitivos necessitam dos valores sociais para se legitimarem quanto prática social e que o próprio valor cognitivo é um valor estrategicamente estabelecido que atende a certos interesses ideológicos. Desse modo, uma abordagem metodológica pelo viés da ADC deve deixar claro qual o interesse e horizonte de valor, ou seja, de onde se fala ideologicamente, não implicando isso que a pesquisa será menos científica.

A não evidenciação dos interesses sociais de uma pesquisa é também uma escolha sócio-política e ideológica. Os interesses que permeiam uma tese não podem ser extirpados e, em verdade, a presente pesquisa buscará evidenciar as posições dos grupos participantes do processo de anistia no Brasil, procurando evidenciar a luta desses grupos pela ampliação ou restrição do sentido da anistia, almejando evidenciar as disputas e estratégias de direcionamento ideológico dos discursos envolvidos. Resta claro, então, que essa pesquisa não pretende ser neutra ou imparcial e que parte de um ponto de vista que questiona o discurso da anistia como esquecimento, como se está aplicando na prática judiciária, não admitindo que a anistia possa ser um manto para acobertar as ilegalidades, ilegitimidades, desigualdades e crimes contra a dignidade humana, nem que valide a restrição de direitos dos militares anistiados.

Dessa forma, não há como a presença do pesquisador ser de neutralidade, porquanto um dos principais instrumentos da pesquisa, o pesquisador, é um ser social e leva para a investigação tudo aquilo que o constitui. Assim, como argumenta Freitas (2002), suas interpretações sobre o outro e a respeito dos acontecimentos são formados do seu lugar sócio-his-

tórico, são orientadas pela perspectiva teórica da sua investigação e dependem das relações inter-subjetivas criadas com os demais construtores da pesquisa: os participantes.

### **3 Construção e análise de “dados”, dialogia e ADC**

Além dessa abordagem, soma-se a teoria dialógica bakhtiniaina, também um dos suportes da teoria de Fairclough. A pesquisa, desde uma perspectiva dialógica, é compreendida como um encontro entre sujeitos e mais, sujeitos com discursos distintos e que produzirão significados múltiplos e conflitantes, conforme aduz Bessa (2010). O grande compromisso do pesquisador, longe de ser o de homogeneizar ou apresentar um discurso monofônico, uma natureza jurídica, é assumir o caráter conflituoso e paradoxal, renunciando à ilusão de transparência, tanto do discurso do outro como do seu próprio. O ato de renunciar a essa transparência, no entanto, não pode ser confundido com a renúncia de objetivação e conceptualização. “A polifonia em Ciências Humanas não exige o pesquisador do trabalho de análise”, segundo Amorim (2003, p. 12). Para tanto, Bakhtin propõe uma postura exotópica, como explicado há pouco, na qual o pesquisador tenta captar algo do modo como o sujeito se vê e depois se posiciona plenamente no seu lugar exterior, a fim de contemplar o horizonte do pesquisado, completando-o com sua visão excedente e externa. O olhar do pesquisador não coincide com o olhar que a pessoa tem de si mesma, pois ele a enxerga de outra posição e com outros valores; assim, dá-lhe outros sentidos.

Compreender, nesse caminho, é orientar-se em direção ao dito e fazer corresponder cada palavra dessa enunciação junto a uma série de palavras suas, formando réplicas. Dessa forma, para Bakhtin, “a compreensão é uma forma de *diálogo* (...). Compreender é opor à palavra do locutor uma contrapalavra” (1997, p. 132). A adoção desse viés, portanto, leva o pesquisador a romper com a crença em formulações definitivas, acabadas e com o discurso monológico, que procura dizer a última palavra sobre os sujeitos que investiga e, no Direito, a natureza jurídica das coisas. A análise dos “dados” não se restringe à sua manifestação “objetiva”, pois, nesse dado que emergiu,



estão elementos do contexto e da história, cabendo-lhe, então, a tarefa de buscar, segundo Amorim e Rossetti-Ferreira (2008), os “múltiplos significados que o envolvem e que com ele estão em harmonia e embate, articulando-se, repetindo, transformando-se” (2008, p. 244).

Os dados desse texto foram construídos lastreados pelo referencial da pesquisa qualitativa, que, segundo Gaskell, fornece “uma compreensão detalhada das crenças, atitudes, valores e motivações, em relação aos comportamentos das pessoas em contextos específicos” (2008, p. 65). Não buscamos com as entrevistas obter respostas a perguntas fechadas, como se faz em questionários. Como explica Gaskell (2008), a entrevista é um processo social, uma interação ou um empreendimento cooperativo em que as palavras são o meio principal para trocas.

Seguindo um modelo semiestruturado, adotamos perguntas abertas, como, por exemplo, “para você, o que é anistia?” ou “comente sobre a Comissão de Anistia e suas decisões”, sendo as perguntas quase que um convite ao entrevistado para falar longamente, com as próprias palavras, sobre seu mundo e interpretações, revelando sua visão sobre os fenômenos que o cercam. As entrevistas eram norteadas por tópicos-guia, que cobriam os temas e os problemas principais da pesquisa.

Iniciamos as entrevistas informando que o gravador estava funcionando: depois explicávamos o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) e comentávamos sobre algumas questões importantes relacionadas à anistia e aos anistiados militares, buscando aquecer o entrevistado para a sessão de gravação. Após isso, ainda antes das perguntas abertas, agradecíamos ao entrevistado pela participação na pesquisa e só então começávamos a “troca de palavras”. Deixávamos o entrevistado falar livremente sobre cada tópico até que esse se esgotasse, buscando intervir o mínimo possível. Depois, caso houvesse algo que não tivesse sido falado ou entendido por nós, perguntávamos especificamente sobre a lacuna notada, deixando novamente que se falasse livremente. Por fim, perguntávamos se ainda havia algo que se gostaria de dizer e, só então, dávamos por encerrada a entrevista, desligando o gravador.

Esse tipo de entrevista possui papel privilegiado na elaboração de conhecimentos, segundo Souza, Branco e Lopes de Oliveira (2008). Diferentemente da entrevista fechada, que busca respostas pontuais e precisas, a que aplicamos encoraja a geração *livre e espontânea* de falas que revelam o ponto de vista do entrevistado, sendo marcada pela interação dialógica e intencional de seus participantes e sendo permeada pela formulação compartilhada de significados.

A fim de alcançar uma análise pactuada com essas bases metodológicas foi pensado um processo que incluiu os seguintes passos: transcrição manual das gravações; leitura flutuante; segunda leitura na qual já se inicie, mesmo que de maneira incipiente, a busca pelos significados da moldura teórica do dialogismo e da ADC; a análise, em si, mediante sistematização com canetas marca-texto coloridas (destacando no texto de amarelo os significados representacionais, de vermelho os identitários e de verde os demais dados que não se encaixam na divisão ora esboçada como, por exemplo, dialogismo fora da Comissão de Anistia, dados sobre o funcionamento da Comissão etc.).

As transcrições das gravações seguiram a codificação proposta por Magalhães (2000), com algumas adaptações. Senão, vejamos: a) cada entrevistado foi identificado com um codinome, tomado aleatoriamente, sem qualquer referência ao seu nome ou metáfora que representasse o grupo ou sua identidade. Os nomes foram aplicados sobre os dois grupos, sendo dado para o grupo dos anistiados os nomes: Alberto, Bruno, Carlos, Dimas e Evandro. Já para o grupo dos militares que comemoraram o golpe de Estado de 1964, atribuímos: Flávio, Gustavo, Hélio, Inácio, João; b) identificamos com nosso próprio nome David Oliveira (D.O.), o entrevistador; c) palavras pronunciadas de forma enfática, em tom forte, indicando ênfase, foram postas em caixa alta (maiúsculas): EXEMPLO; d) barras inclinadas representam interrupções no fluxo da fala; e) três pontos entre parênteses significam que parte foi omitida: (...); f) interpretação da intenção emocional ou sentido da fala que não se vê claramente na enunciação é realçada, indicando-a em parênteses: (tom irônico, raiva); g) quando a fala não era compreensível, escrevemos entre parênteses a palavra ininteligível: (ininteligível); h) colocamos em colchetes a fala simultânea: [ao todo], [É]. Importante ressaltar que as



patentes militares foram mantidas e correspondem à realidade. Quanto às análises, foram suprimidas duas entrevistas de cada grupo – a dos militares anistiados e a dos que comemoraram o golpe de 1964 – por entendermos que eram menos relevantes ou de não boa realização, possuindo defeitos no áudio ou opiniões já sustentadas pelas demais entrevistas.

Os discursos de ampliação ou restrição dos direitos dos anistiados não se limitam as falas dos entrevistados, mas são percebidos também em documentos produzidos por órgãos oficiais do Estado, apesar de não os utilizarmos no presente texto, como a Comissão de Anistia<sup>4</sup> e o Ministério da Defesa.<sup>5</sup> Todo esse referencial metodológico, então, possibilitou identificar nos documentos trazidos ante a questão da anistia política de militares como se dá a construção do sentido de anistia pelos grupos e instituições envolvidos nessa prática e, por conseguinte, como se realizam a disputa e o direcionamento ideológico em torno desses discursos e textos. Essa questão implica, conseqüentemente, pensar: quais são as identidades e representações dos grupos envolvidos na ampliação, ou não, dos direitos dos militares anistiados políticos; como os gêneros discursivos controlam textos e práticas da disputa do sentido de anistia; como os textos da Comissão de Anistia, do Ministério da Defesa *et reliqua*, se inserem em discursos e práticas de ampliação e restrição dos direitos dos anistiados; quais estratégias dialógicas são tomadas pelos grupos em disputa ante as práticas de ampliação e restrição dos direitos dos anistiados.

A ADC, segundo Fairclough (2005), é uma teoria transdisciplinar, e nela o discurso é uma prática social e não uma atividade meramente individual ou simples reflexo de variáveis (usos) situacionais. Assim a ADC afasta-se da Filosofia da linguagem ordinária, haja vista que para Fairclough (2008), “a constituição discursiva da sociedade não emana de um livre jogo de ideias nas cabeças das pessoas, mas de uma prática social que está firmemente enraizada em estruturas sociais materiais, concretas, orientando-se para elas”

4 Para saber mais sobre isso, verificar os processos de anistia do Ministério da Justiça, bem como as súmulas administrativas do órgão.

5 Como podemos perceber da interpretação no Ministério da Defesa da Lei 10.559/02 nos Pareceres nº AGU/jd-001/2002 e nº AGU/JB-3.

(2008, p. 93). O discurso interioriza, em algum sentido, tudo o que ocorre em outras dimensões das práticas sociais. Assim, o discurso é permeado, desde a origem, por questões de poder. Chouliaraki e Fairclough (1999) explicam que “relações de poder são relações de luta e o poder não é simplesmente exercido, mas também disputado no discurso” (1999, p. 62). Fairclough dialoga de muito perto com Foucault, neste trecho, pois para Foucault (1979) o poder não é algo que se detém como uma coisa, como uma propriedade que se possui ou não. Rigorosamente falando, para o autor, o poder não existe, existem sim práticas ou relações de poder, “o que significa dizer que o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona. E que funciona como uma maquinaria, uma máquina social que não está situada em um lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social” (1979, pp. XIV-XV).

A fim de instrumentalizar, na prática, as questões de poder, Chouliaraki e Fairclough (1999) sugerem passos para a pesquisa em Análise de Discurso Crítica, quais sejam: 1) problema (atividade, reflexividade); 2) obstáculos a serem superados: a) análise da conjuntura; b) análise da prática particular: b.1) práticas relevantes; b.2) relações do discurso com outros momentos da prática; - discurso como parte da atividade; - discurso e reflexividade; c) análise do discurso: c.1) análise estrutural (ordem do discurso), c.2) análise interacional: - análise interdiscursiva; - análise linguística e semiótica. 3) função do problema na prática. 4) possibilidade de ultrapassar os obstáculos. 5) reflexão sobre a análise (1999, p. 60).

Aqui, centramos foco na análise interacional que permite identificar três tipos de significado no discurso: o acional, o representacional e o identificacional. Assim, o discurso figura, como parte de práticas sociais, ante a relação entre texto e evento: como modo de agir, de representar e de ser. O significado acional focaliza o texto como uma (inter)ação em eventos sociais; já o significado representacional enfatiza a representação dos aspectos do mundo (físico, social e mental) em textos; e o significado identificacional focaliza a construção e a negociação de identidades no discurso.

Os gêneros, do significado acional, são o aspecto especificamente discursivo de maneiras de ação e in-

teração no decorrer de eventos sociais. Os gêneros específicos são definidos pelas práticas sociais a eles relacionadas e pelas maneiras como tais práticas são articuladas, de tal modo que mudanças articulatórias em práticas sociais incluem modificações nas formas de ação e interação (gêneros discursivos). O gênero é um tipo de linguagem utilizado em domínios particulares, que controla o que pode ser usado e em que ordem, incluindo configuração e ordenação de discursos, sendo a faceta regulatória do discurso. Como essa regulação pode ser questionada a mudança discursiva aparece como faceta especificamente discursiva de lutas hegemônicas. Outro meio de analisar o significado acional é a intertextualidade, a combinação da voz de quem pronuncia um enunciado com outras vozes que lhe são articuladas. A intertextualidade constitui uma abertura para a diferença, trazendo outras vozes ao texto.

O significado representacional refere-se ao discurso como modo de representação do mundo. Resende e Ramalho (2013), nesse sentido, acentuam que “diferentes discursos são diferentes perspectivas de mundo, associadas a diferentes relações que as pessoas estabelecem com o mundo e que dependem de suas posições no mundo e das relações que estabelecem com outras pessoas” (2013, p. 70). Os discursos não representam apenas o mundo concreto, mas também as possibilidades diferentes da realidade, indicando outros projetos de mudança do mundo de acordo com perspectivas particulares. A identificação de um discurso em um texto cumpre duas etapas: a identificação de que partes do mundo são representadas e a identificação da perspectiva particular pela qual são representadas. Outro modo de acessar o significado representacional é por meio da representação de agentes sociais, pois as maneiras como eles são representados em textos podem indicar posicionamentos ideológicos em relação a eles e às suas atividades.

Por fim, há o significado identificacional relacionado ao conceito de estilo que se acerca à identificação de agentes sociais em textos. A identificação é um processo dialético no qual os discursos são inculcados em identidades, uma vez que a identificação pressupõe a representação acerca do que se é. A criação das diferenças e a subversão destas entre os objetos, eventos e atores são aspectos do processo

contínuo de classificação. Essa taxonomia relaciona-se ao modo como a sociedade produz e utiliza classificações, pois o privilégio de classificar implica o poder de atribuir valores aos grupos. A despeito do significado acional e identificacional, restringimos, ainda mais, a análise ocupando-nos tão somente do significado representacional sobre a anistia política. Esclarecidos esses pontos de partida metodológicos passemos a análise.

#### **4 A disputa social pelo sentido hegemônico de anistia**

É certo que a representação não consegue dar conta da realidade “em si”, de toda a sua complexidade, sendo sempre uma tentativa de aproximação, de abarcar a totalidade, limitando-se a certos aspectos da experiência existencial, frequentemente contraditórios, nos quais os agentes sociais disputam espaço e poder na vida diária. As representações não são necessariamente conscientes e, mesmo depois de elaboradas por algum teórico, elas são a mistura das ideias das elites, das massas, da filosofia corrente e das contradições vividas no plano das relações sociais de produção, estando, por isso mesmo, nelas, tanto elementos de dominação quanto de resistência, segundo Minayo (2013).

É preciso deixar claro, contudo, que o termo representação aqui não se apoia em uma suposta essência, um conteúdo imutável; pelo contrário, as representações são percebidas aqui como algo instável, constringidas pelas lutas de representações, pelas suas contingências. As representações são disputadas socialmente e transformam-se historicamente e contextualmente, de modo que não há essências nas representações sociais. As representações são constituídas em meio a embates e disputas sobre a realidade, manifestando tensões, hierarquias, disputas sociais. Conforme aponta Rajagopalan, aqui a linguagem “é um palco de lutas sobre representação, isto é, sobre quem tem o direito de representar o mundo e de que forma” (2003, p. 32), confluindo para uma política de representação. Assim, a despeito de algumas críticas que o termo representação pode receber, sua aplicação deve ser entendida não como um número, mas como um fenômeno disputado dentro de uma política de representações.

Nesta pesquisa, há dois discursos disputando o significado hegemônico das anistias políticas. De um lado, há um discurso de ampliação dos direitos dos anistiados e, de outro, há o discurso de manutenção, restrição, ou até negação, dos direitos dos anistiados. Cada grupo destacado possui um discurso que, em decorrência da posição de onde fala e de acordo com a identidade que se assume, representará os fatos de modo diverso, havendo, decorrente disso, disputas pela determinação do sentido da anistia e de suas representações. A representação aqui analisada diz respeito ao sentido de anistia disputado por ambos os grupos.

Para o grupo dos estabelecidos, anistia é “perdão”, esquecimento, apaziguamento social.<sup>6</sup> Os estabelecidos, conforme demonstra a fala de General Inácio, entendem que a anistia é

*[...] uma decisão, normalmente, é do poder legislativo, mas pode ser também do poder executivo de perdoar todos os envolvidos em qualquer tipo de crime, qualquer tipo. Então quando você declara a anistia... A anistia – é bom lembrar que no Brasil, que teve tantas revoluções, essa de 79 foi a 48ª. Então, ao longo da história do Brasil, com todas aquelas revoluções, desde o primeiro império, segundo império, mais as revoluções de 20, 22, de 35, etc. Então, a maneira de você esquecer aquele fato que provocou luta fratricida é a anistia. Ou seja, a anistia você, a partir daquele ponto, você esquece que houve crime quer de um lado quer de outro. Então, os dois lados são perdoados. (...) Então, a grande vantagem da anistia que é uma lei que perdoa aquilo que foi julgado como perdoa o crime que havia. Era como se o crime não tivesse havido. Então, esse é o principal foco da anistia. Interessante ler o que disse Rui Barbosa quando ele fala na definição... O que é anistia? “A anistia é o olvido, a extinção, o cancelamento do passado criminal, não se retrata. Ela é concedida, ela é irretratável e é irrenunciável. Tanto quem a recebeu, como quem a liberalizou, não pode desistir dela”. E aí ele continua falando da anistia. Então, esse é o foco que eu tenho da anistia. É uma lei que perdoa não só aquele que foi julgado, como o que não foi julgado, porque o crime deixou de existir. Aquela crime daquele*

6 Falas de Coronel Gustavo e General Inácio.

*período deixou de existir. Então, isso é que é anistia.*

Percebemos, na enunciação dos estabelecidos, um cuidado ao falar sobre a anistia. Não raro se apoiam em textos, livros e dados para lastrear suas falas e isso é percebido no trecho destacado. É notada uma voz, na fala do General Inácio, que busca fundamentar uma verdade e não uma versão sobre o fato, assim o conceito destacado de Rui Barbosa é um argumento que busca um *status* de verdade, uma representação institucional, desejando estabelecer um consenso ou afastar visões opostas, dogmatizando a interação enunciativa. Assim, a voz de Rui Barbosa inserida em sua fala implica um argumento de autoridade, um pressuposto retórico do que se vai desenvolver. A anistia desenvolvida por Rui Barbosa (1896)<sup>7</sup> alinha-se à visão tradicional do instituto, preocupando-se mais com o esquecimento dos fatos do que com o caráter reparador, voltada mais para a continuidade do exercício de poder do que para as necessidades das vítimas, como atualmente se discute na justiça transicional.

A anistia posta pelos estabelecidos gravita ao redor das palavras “perdoar”, “esquecer”, não trazendo consigo uma preocupação com as vítimas do regime de exceção ou com a legitimidade das leis de anistia. Ao dispor, utilizando as palavras de Rui Barbosa, que a anistia “é irretratável e é irrenunciável”, direciona o sentido de anistia, delimitando sua extensão, determinando que, uma vez concedida, não cabe mais aos envolvidos questioná-la. A representação dos estabelecidos da anistia deve ser aplicada sem liberalidade aos envolvidos, cabendo, tão-somente, seu acatamento, sendo desarrazoado discutir sobre sua revogação hoje, uma vez que “tanto quem a recebeu, como quem a liberalizou, não pode desistir dela”. Há então uma estratégia de restringir o sentido de anistia em seu aspecto de “esquecimento” e negar aos que hoje a renegam a possibilidade de debater os termos desse unilateral acordo.

7 Esse conceito de anistia, de Rui Barbosa, encontra-se em sua tese *Anistia inversa*, inscrita em um texto de 1896, que decorreu de sua advocacia para militares afastados durante o período ditatorial comandado pelo Marechal Floriano Peixoto e anistiados pelo Decreto Legislativo n. 310/1895, sendo que essa anistia foi bastante restritiva na medida em que determinava que os oficiais então anistiados não poderiam voltar ao serviço ativo antes de decorridos dois anos, contados da data em que se apresentassem às autoridades competentes, e ainda se a tanto anuísse o Poder Executivo (BARBOSA, 1896).

Outro elemento que percebemos é a estratégia de tentar estabelecer um parâmetro entre as ações do Estado (agentes do Estado) e dos que resistiam a esse (teoria dos dois demônios). Busca-se, segundo Quinalha (2013), defender a existência de “dois lados” em confronto na época, ambos com certa legitimidade histórica para suas ações, mas com excessos que seriam condenáveis. Daí o entrevistado afirmar que, com a anistia, “você esquece que houve crime quer de um lado, quer de outro. Então, os dois lados são perdoados”. Defende-se, segundo essa visão, o fato de ambos terem extrapolado os limites legais, o que inviabilizaria qualquer punição dos agentes do Estado, sob pena de se estar agindo de modo parcial e injusto. Em outras palavras, estaria se investigando ou punindo por puro revanchismo.

Já o Coronel Gustavo, que também é um estabelecido, traz, em uma outra representação, o argumento de que, para realizar a anistia, na época, as partes acordaram em deixar a guerra de lado e buscar a paz social. Segundo ele,

*[...] hoje nós estamos... A anistia tá querendo ser unilateral. A pregação da anistia hoje, o discurso dos que bradam pela revogação da anistia... Mas eles querem a anistia assim: a revogação pra caçar os seus inimigos. Quer dizer é um ato... Primeiro é que é um ato totalmente covarde. Porque quando foi feito na época as partes se sentaram “então não quero a anistia, quero continuar a guerra”. O Brasil saiu com a anistia... O que aconteceu saiu com a... A paz social foi restabelecida. O que é que eles querem agora? Reativar o ódio? Acabar com a paz social? Eu vejo essa revogação da anistia uma ameaça à paz social, porque é, muitos de nós... Eu estou pronto pra pegar a arma de novo e fazer merda, eu estou pronto, não, eu sou um cara pronto. (...) Então se quiserem despertar o ódio, é o que eu vejo é o fim da anistia, se os dois lados forem por quem extrapolou, quem matou brasileiro – dos dois lados –, é que era o momento, porra, era um momento especial, no contexto de guerra fria, de violência. Estão os dois lados errados.*

Para ele, rever a lei de anistia, agora em um contexto diverso do beligerante, é reativar o ódio, acabar com a paz social, posto que, em sua visão, não foram ape-

nas os militares que se equivocaram e cometeram crimes, “estão os dois lados errados”; os dois lados extrapolaram e mataram brasileiros. Esse raciocínio incorre nas consequências de uma possível revogação da lei de anistia, uma vez que, se por alguma razão a anistia fosse revogada, esta seria para ambas as partes, para estabelecidos e anistiados, de modo que ambos deveriam ser processados, e, porventura, condenados. Daí, concluir o Coronel Gustavo que é “a favor pelo fim da anistia, desde que a Dilma e os terroristas, guerrilheiros que têm sangue nas mãos, também vão para o banco lá de réu. (...) Tem que ir lá e fazer assumir a sua *mea culpa*”, eles também têm que assumir a sua parte. Contudo, a revogação da anistia, unilateralmente, suprimiria a paz social alcançada com sua publicação, de maneira que, para ele, “se for só de um lado, aí, aí, nós vamos ter que recorrer a outros meios também de/ não, à Justiça, nós temos Justiça. Vamos fazer o quê? Não vamos soltar bomba também não, mas era bom também. Se, de repente, alguém precisar soltar a bomba, vamos soltar bomba também”. Busca mostrar, Coronel Gustavo, que, em caso de revogação da lei de anistia para punir quem, em nome do Estado de Exceção, atentou contra a dignidade humana e violou tratados internacionais pactuados pelo Brasil, eles estão dispostos a fazer com que seja retirado também o “véu do eterno esquecimento”<sup>8</sup> sobre os fatos do outro lado.

Há aqui uma disputa direta pelo sentido da anistia, pois, como aduz o Coronel Gustavo, os estabelecidos afirmam que, se for para revogar a anistia, então que se processe, julgue e prenda os “subversivos”, pois eles também foram anistiados. Capitão Alberto, contudo, traz um argumento bastante difundido entre os anistiados: os cassados já foram processados, julgados e presos por meio da justiça militar da época. Desse modo, havendo uma revogação da Lei de anistia e se, em tese, se pudesse punir todos os atos ainda não investigados, ao contrário dos militares torturadores que ignoraram os direitos dos que estavam sob sua tutela, poucos anistiados o seriam, pois, em sua maioria, já foram processados como atestam os documentos militares acostados aos requerimentos de anistia.

8 Referência ao celebre termo de Rui Barbosa que defende que a anistia é o “véu do eterno esquecimento” (Barbosa, 1896, p. 28).

Os militares anistiados percebem a anistia de modo diferente. Eles não apresentam novos conceitos de anistia ou teorias mais atuais, como as difundidas nos estudos de Justiça de Transição, contudo problematizam os enunciados que se estabeleceram em torno do instituto, mostrando representações concretas em torno de eventos específicos, expressando seus valores. O Coronel Bruno, por exemplo, anui com a ideia de que a anistia é esquecimento, afirmando que “a anistia seria um esquecimento do acontecido, como foi, deveria ser isso”. Entretanto, afirma que, mesmo impondo a lei, o esquecimento do passado, “ninguém esqueceu nada, a realidade é essa, está bem viva, as verdades estão sangrando ainda”. Para ele, observando os meios de comunicação, as posições de ambos os grupos, “50 anos depois, as feridas ainda estão sangrando, ninguém anistiou ninguém na realidade”. Assim, a despeito de qualquer conceito jurídico, a realidade nega esses conceitos, impondo sua problematização a fim de que se amolde a ela, a anistia impõe o “esquecimento”, mas todos permanecem remoendo suas dores.

Como ninguém esqueceu essas questões, elas ainda estão todas por ser resolvidas, deste modo, questionamentos que foram levantados nas discussões legislativas e constitucionais sobre o instituto, tanto em 1979 quanto em 1985 e 1987, quando se questionou se a anistia política alcançava crimes comuns ou atentatórios à dignidade humana, ainda estão pulsando na sociedade. Neste sentido, o Coronel Bruno, aduz que,

*[...] até hoje, a punição aos torturadores, estupra- dores e assassinos, aqueles que, não estou dizendo que as Forças Armadas, todas têm essa culpa em cima, mas alguns tem, e praticaram essas atrocidades: choques elétricos, pau de arara, [inaudível] em peito de moça, em bico de seio, empalação de homens e de mulheres, introduzindo cassetetes via anus e via vagina, essas coisas hediondas, né. Que eu acho que não tem nada a ver com anistia política. Anistia política é um general Henrique Mourão Filho e o outros que saíram com as tropas e foram anistiados. Os militares todos que participaram é, do golpe, tem isto, né? Mas não a meu ver o tortura- dor, essa figura é execrável, pelo contrário, profun- damente anti-cristão, não é?*

Essa discussão persiste até hoje nas tentativas de punir os agentes que, em nome do Estado, vilipendia- vam direitos individuais assegurados em tratados as- sinados pelo Brasil. Daí os anistiados questionarem sobre a anistia política a quem torturou, matou, se- questrou, estuprou em nome do Estado de Exceção. Os anistiados assentem na ideia de que a lei de anis- tia foi feita para justificar a não punição dos militares torturadores, pois nas palavras do Capitão Dimas, do grupo dos anistiados, “a anistia não foi para nós, a anistia foi para os torturadores, pra nós aquilo era para justificar, para servir de justificativa”. Para os militares anistiados, a graça poderia se estender aos militares que agiram politicamente, que tomaram o poder por intermédio do golpe, mas não é admissível sua extensão aos que cometeram atos que o próprio regime de exceção não admitia. Esses golpistas que tomaram o poder e poderiam ser anistiados; para o Capitão Dimas, romperam a legalidade, ao contrário dos anistiados, porquanto,

*[...] nós defendemos o governo até o último instan- te, como tu vai ver no livro, tá. Nós fizemos o que estava nas [inaudível]. Nós estávamos imbuídos de uma valentia que não tínhamos talvez, mas nós estávamos preparados para resistir. Tu sabe quan- do tu tem uma porção de gente atrás de ti, quando está muito pressionado, tu não admite recuar, tu vai para o matadouro porque a pressão por trás te impulsiona. Então nós estávamos preparados talvez para morrer brigando, não por valentia, mas pelo sério compromisso que a gente tem.*

Esse trecho deixa perceber que os anistiados, ao contrário do que os militares estabelecidos afirmam e socialmente estigmatizaram, não descumpriram a lei, em verdade, alguns anistiados, os legalistas, cumpriram e defenderam a legalidade, defendendo a ordem constitucional. Quem rompeu com a lega- lidade e em razão disso deveria ser anistiado foram os militares que realizaram o golpe e depuseram o presidente João Goulart. Além disso, também mostra o enxerto que a defesa da legalidade pelos militares anistiados foi realizada não por um ímpeto de heroís- mo, mas pelos fortes compromissos assumidos junto aos demais resistentes, daí afirmar: “nós estávamos preparados talvez para morrer brigando, não por va- lentia, mas pelo sério compromisso que a gente tem”.



Os anistiados ressaltam assim que, na anistia de 1979 e nas posteriores, os militares, à época, legalistas, defenderam as instituições, “quem rasgou a Constituição, quem fechou o Congresso, quem prendeu e cassou parlamentares foram eles”, segundo Capitão Dimas. Para ele, por terem lutado pelo cumprimento da lei e das instituições do governo até o último instante, “os subversivos foram eles, o outro lado”. Daí, para o Capitão Dimas, sem citar expressamente a voz de Rui Barbosa, mas apoiando-se em sua ideia, a Lei de 1979 foi uma anistia inversa, pois ela socorreu a quem venceu. Em regra, as anistias vêm ao encontro dos perdedores, para que esses possam continuar suas vidas e se reinserirem na sociedade. A Anistia de 1979 e as subsequentes tiveram, segundo os anistiados, como aludido acima, o interesse precípua de acobertar os militares torturadores na impunidade.

No mesmo sentido, o Capitão anistiado Alberto, que afirma: “por que, como, de que forma, inventaram anistia pra torturador? Não existe isso. O torturador está defendendo o Estado de Exceção”. Ao contrário, os anistiados pela Comissão de Anistia estão sendo anistiados porque cometeram um crime contra um Estado de Exceção que eles queriam derrubar. Para ele, se a anistia é “o perdão jurídico que o Estado dá àqueles nacionais que abriram luta contra aquele Estado”, como anistiar quem agiu em nome da ditadura. Ainda segundo ele, todo mundo sabe quem foi contra o Estado ditatorial, mas “você não sabe quem são os anistiados torturadores. Eles não dizem quem são. Nós, eles sabem. Isso tá em tudo que é lista, aqui olha [pausa]. Nós estamos lutando por isso, denunciando, porra. Nós fomos os primeiros a nos postar contra... o Estado de Exceção”.

O Coronel Bruno também levanta a legitimidade dessa anistia feita para os militares que estavam no poder e não para os cassados. Quando a anistia é imposta sem qualquer tipo de responsabilização, como, por exemplo, dos agentes do Estado que agrediram Direitos humanos, sendo ditada pela tradicional e histórica ideia de total esquecimento dos fatos passados, ela é considerada uma auto-anistia (anistia absoluta). Para Kai Ambos (2009), a finalidade da anistia absoluta (anistia amnésica) é esconder completamente os crimes do passado, proibindo qualquer investigação sobre eles. Essa anistia é a concedida pelo

próprio regime ditatorial aos crimes da repressão política promovida ou admitida por ela.

Afirma o Coronel Bruno que “a tese deles é que eles querem anistiar aqueles que, é o que eu sinto né, eles querem anistiar aqueles que usaram a máquina do Estado e achar que é a mesma coisa do que os insurgentes”. Para ele, a anistia era para os militares que defenderam o regime de exceção e acabou resvalando para os anistiados. Não há como dizer, ainda segundo ele, que é a mesma coisa e tratar de maneira igual quem estava a favor e contra o regime de exceção, pois “o direito de insurgência é um direito normal, se você veta a possibilidade da pessoa ter os dutos normais de busca política, de atingir seus objetivos, você vai ter insurgência”. A luta dos cassados, dos opositores do regime e até a de quem queria implantar uma ditadura comunista é diversa da de quem apoiava o Estado de Exceção de 1964. Para o Coronel Bruno, a circunstância da luta de resistência de insurgência, onde se mata por uma circunstância, é bem diferente da manutenção do poder com o terrorismo de Estado, onde os agentes do Estado sistematicamente e burocraticamente, usando a máquina estatal, agrediram o próprio sistema legal de exceção, torturando, matando, fazendo o desaparecimento de corpos etc. Daí ser difícil tratar de maneira igual situações diferentes. Assemelha-se ao raciocínio do Coronel Bruno, a anistia condicionada, que, conforme defende Kai Ambos (2009), não exime automaticamente de punição os fatos cometidos, sendo previsto sempre alguma forma de responsabilização. Essa anistia é ditada pela ideia de responsabilidade e de memória, tanto que nelas, pode haver, inclusive, a inserção da “cláusula de revogação da anistia”, que é usada quando uma das partes não cumpre o compromisso assumido.

O Capitão Dimas arremata esse ponto, afirmando que isso decorre do fato de, “como temos um superior tribunal venal, acumpliciado com a elite brasileira, disse que todo mundo foi anistiado, mas a lei não anistiou torturador”. Para ele, os anistiados, que foram levados pela anistia dos agentes do regime de exceção, muitos direitos foram negados. Assim, conclui o Capitão Dimas que as anistias deixam claro que “aos inimigos, os rigores da lei. Aos amigos os benefícios da lei”.



## 5 Conclusão

Este artigo teve o propósito de analisar os textos das entrevistas com militares anistiados e militares estabelecidos a fim de expor as representações de cada grupo de maneira a possibilitar perceber as disputas pelo sentido da anistia. Encontramos, como resultado, que existem, a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação a problemas jurídicos, construções distintas na sociedade do que é anistia política.

Assim, encontramos tanto representações que se alinham ao entendimento de anistia como esquecimento, segundo o qual militares que apoiaram o golpe de Estado não devem ser punidos e que o Estado perdoou os erros cometidos pelos indivíduos (estabelecidos); quanto representações que entendem que a anistia não deve agraciar agentes do Estado que ultrapassaram os próprios limites do Estado de Exceção, e que a anistia dos anistiados foi o preço que os estabelecidos tiveram que suportar para ficarem sem responsabilidade dentre outras.

Os textos revelam que nenhum dos grupos partilha dos conceitos da justiça de transição em que as leis de anistia devem ser condicionadas para terem validade, não sendo admitido que os regimes de exceção legissem para se eximirem de posteriores investigações, processos e punições. Além disso, percebemos que há por parte desses agentes a adoção de sentidos diferentes sobre o alcance e validade das leis de anistia, mostrando que não há, na sociedade, consenso sobre o instituto e que seu sentido, a despeito da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, ainda está sendo disputado e construído socialmente.

Ainda, à guisa de conclusão, é importante ressaltar que a “teoria dos dois demônios” e sua derivação – o fato de que, se forem processar os militares, deverão também punir os que se opuseram à ditadura – não deve ter guarida. De acordo com Quinalha (2013), primeiro, porque foi justamente o golpe que forçou uma atuação clandestina e armada de grupos de esquerda; segundo, porque não havia a prática sistemática, por parte das organizações opositoras da ditadura, de táticas de guerrilha ou atos de terrorismo; terceiro, como sustenta Safatle (2011), por não ser razoável colocar no mesmo lado quem age fora da lei e quem

resiste a esse arbítrio. Por fim, ressalte-se que o argumento de que, se forem punir os militares, também devem punir quem se opôs a ditadura civil-militar, não deve prosperar, pois os indivíduos que se opuseram ao regime de exceção foram processados e julgados ainda durante o regime ditatorial, sendo exorbitante o número de processos de “subversivos” no período.

Por certo que ficaram fora de análise outros reflexos importantes a fim de respeitar o gênero discursivo aqui exigido, mas importa dizer que as práticas analisadas pela comissão de anistia nos levam a crer que a própria “natureza” do instituto sofreu alterações substanciais. O tradicional entendimento do instituto impunha que o Estado brasileiro, em um momento de magnanimidade, perdoava o agente, não lhe punindo e esquecendo o fato cometido. Entretanto, a Comissão de Anistia inverte essa lógica com o pedido de desculpas, em razão dos erros cometidos pelo Estado brasileiro, à vítima, ao final da audiência de concessão de anistia, pois só pede desculpas quem admite seu erro. Assim, esse discurso não entende mais que os agentes que se colocaram contra o Estado de Exceção têm culpabilidade, em verdade direciona o discurso no sentido de que o Estado é que foi o agressor da vítima, tendo que, por consequência, pedir desculpas.

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

## 6 Referências

- Alencar, C. N. (2013). O mito da representação nos estudos críticos da linguagem. Pinto, J. P.; Fabrício, B. F. (Org.). *Exclusão social e microrresistências: a centralidade das práticas discursivas-identitárias*. Goiania: Cânone editorial.
- Amorim, M. (2003). A contribuição de Mikhail Bakhtin: a tripla articulação ética, estética e epistemológica. In: Freitas, M. T. de A.; Souza, S. J.; Kramer, S. *Ciências Humanas e Pesquisa: leituras de Mikhail Bakhtin*. São Paulo: Cortez.
- Amorim, K. S.; Rossetti-Ferreira, M. C. (2008). Dialogismo e a investigação de processos desenvolvimentais humanos, *Paidéia*, v. 18, n. 40, p. 235-250. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_serial&pid=0103-863X&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_serial&pid=0103-863X&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- Bakhtin, M. (2010). *Estética da criação verbal*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- \_\_\_\_\_. (1997). *Marxismo e filosofia da linguagem*. São Paulo: Hucitec.
- Barbosa, R. (1896). *Anistia inversa: caso de Teratologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio.
- Bauer, M. W.; Gaskell, G. (org.). (2008). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. 7. ed. Petrópolis: Vozes.
- Bessa, L. L. (2010). *Adolescente, risco e proteção: um estudo narrativista dialógico sobre trajetórias de vida*. 2010. 132 f. Dissertação – (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza,.
- Bhaskar, R. (2008). *A realist theory of science*. London and New York: Routledge.
- Chouliaraki, L.; Fairclough, N. (1999). *Discourse in late modernity. Rethinking critical discourse analysis*. Edimburgo: Edinburgh University Press.
- Dijk, T. A. V. (2012). *Discurso e poder*. São Paulo: Contexto.
- Fairclough, N. (2003). *Analysing discourse: textual analysis for social research*. London; New York: Routledge.
- \_\_\_\_\_. (2005). Critical discourse analysis in transdisciplinary research. Wodak, R; Chilton, Paul (org.). *A new agenda in (critical) Discourse Analysis: theory, methodology and interdisciplinarity*. Amsterdam-Philadelphia: John Benjamins Publishing Company.
- \_\_\_\_\_. (2000). Discourse, social theory, and social research: the discourse of welfare reform. *Journal of Sociolinguistics* 4(2): 163-195.
- \_\_\_\_\_. (2008). *Discurso e mudança social*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- Foucault, M. (2010). *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- \_\_\_\_\_. (1979) *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal.
- Freitas, M. T. A. (2002). A abordagem sócio-histórica como orientadora da pesquisa qualitativa. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 116, jul, p. 21-39.
- Lacey, H. (2011). A imparcialidade da ciência e as responsabilidades dos cientistas. *Scientiæstudia: Revista Latino-Americana de Filosofia e História da Ciência*, São Paulo, v. 9, n. 3. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-31662011000300003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662011000300003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 17 Out. 2016.
- \_\_\_\_\_. (1997). Interpretação e teoria nas ciências naturais e nas ciências humanas: comentários a respeito de Kuhn e Taylor. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 20, n. 1. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31731997000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31731997000100006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 17 Out. 2016.
- Magalhães, I. (2000). *Eu e tu: a constituição do sujeito no discurso médico*. Brasília: Thesaurus.
- Mariconda, P. R. (2006). O controle da natureza e as origens da dicotomia entre fato e valor. *Scientiæstudia*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 453-72. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-31662006000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662006000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 07 Out. 2016.
- Minayo, M. C. De S. (2013). O conceito de representações sociais dentro da sociologia clássica. *Textos em representações sociais*. Petrópolis: Vozes.
- Quinalha, R. H. (2013). Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*. Brasília. V. 15, n. 105, Fev./Mai., p. 181 a 204.
- Rajagopalan, K. (2003). Linguística e a política de representação. In: Rajagopalan, K. (Org.). *Por uma linguística crítica: linguagem, identidade, e a questão ética*. São Paulo - SP: Parábola.
- Resende, V. De M.; Ramalho, V. (2013). *Análise de discurso crítica*. São Paulo: Contexto.

Safatle, V. (2011). Dois demônios. In: *Folha de São Paulo*, 11 de janeiro de 2011.

Souza, T. Y. De.; Branco; A. M. C. U. De A.; Lopes De Oliveira, M. C. S. (2008). Pesquisa qualitativa e desenvolvimento humano: aspectos históricos e tendências atuais. *Fractal: Revista de Psicologia*. v. 20, n. 2, jul-dez.

Yunes, M. A. M.; Szymanski, H. R. (2005). Entrevista Reflexiva & *Grounded-Theory*: estratégias metodológicas para compreensão da resiliência em famílias. *Revista Interamericana de Psicologia*, v. 39, n. 3, p. 1-8.

Data de submissão/*Submission date*: 08.03.2017.

Data de aceitação para publicação/*Acceptance date*: 19.02.2018.

# THE POSSIBLE TRUTHS: the importance of Anthropology to Law //

*Gustavo Capela*<sup>1</sup>

## Keywords

Truth / Anthropology of Law / Anthropology / Law /  
Citizenship / Prostitution

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

## Summary

- 1 Introduction**
- 2 Prostitutes and 'truth'**
- 3 The problem of 'truth' in Law**
- 4 Possibilities through Anthropology**
  - 4.1 Re-conceptualizing Anthropology
  - 4.2 The truths of Citizenship
- 5 Conclusion**

## Abstract

This paper addresses the discussion of 'truth' involved in the application of Law in Brazil and the possible contributions of Anthropology to a broader sense of citizenship. The research draws upon previous ethnography on the aspects of citizenship in prostitute's lives and on the empirical findings of Anthropology of Law scholars. By doing so, it presents a perspective of how Brazilian Law actually functions and the reasons for it being so. While explaining the gains Law would have from Anthropological approaches, this work expands on the concept of culture and tries to demonstrate how different scientific paradigms can help illustrate the problems in Brazilian public sphere. Upon examination of these aspects, it becomes clear that Law has to open a dialogue with empirical research in order to deal with complex problems of the citizenship experience.

<sup>1</sup> Gustavo Capela has a Masters in Law, State and Constitution from the University of Brasília.

## AS POSSÍVEIS VERDADES: a importância da Antropologia para o Direito // *Gustavo Capela*

### Palavras-chave

Verdade / Antropologia do Direito / Antropologia / Direito / Cidadania / Prostituição

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

### Resumo

Este artigo analisa as discussões sobre ‘verdade’ que subjazem a aplicação e o pensamento do Direito no Brasil. Para tanto, avalia as possíveis contribuições da Antropologia para um senso mais aberto de cidadania. A pesquisa está embasada em trabalho etnográfico anterior sobre os aspectos de cidadania vividos por prostitutas e nas visões de antropólogos do direito sobre o Direito brasileiro. Ao fazer isso, o artigo apresenta perspectivas sobre o funcionamento do Direito no Brasil e as razões para tal. Enquanto explica os ganhos do Direito ao se aproximar da antropologia, o trabalho também explora as diferentes concepções de cultura e tenta demonstrar como diferentes paradigmas de ciência podem lançar luz sobre os problemas que existem na esfera pública brasileira. A conclusão aponta para uma necessidade de o Direito se abrir ao estudo empírico a fim de compreender e lidar melhor com problemas complexos em torno da experiência concreta da cidadania.

## 1 Introduction

Sometimes it seems as if scientific knowledge in the social sciences must come with an asterisk. As if what is written and known by anthropologists and sociologists is, at best, an opinionated guess about something that goes on in social life. It could be said that the ‘truths’ social sciences produce are seen as less absolute and much more relative than those presented by “hard sciences”. Be it to laymen, be it to specialists. Why is that?

Perhaps it is due to much of the common sense about science: it embodies a notion of predictability or even straight objectivity that simply doesn’t exist when your primary objects are human beings. Or maybe it’s because the advances in the so-called hard sciences, at times, seem more palpable.

I would say, however, that the main reason it is seen like that is due to the fact that that’s exactly how social scientists see the knowledge they produce. First, because there are different and plural philosophical foundations on which researchers build their results; and second because social sciences are more contextual, demanding a grander mediation and more relative understanding of that which we call ‘objects’. I will build on these two aspects soon.

Law, usually understood in Brazil as an applied social science, faces all those problems. But besides those facets (which seem to be shared by all social sciences), Law has characteristics that can make ‘relativity’ a bigger problem. Law is a system of knowledge where definitions, interpretations and decisions bind and affect others directly. Usually, it functions through binary classifications (legal/illegal; crime/non-crime; guilty/innocent), that determine how rights are to be distributed; who gets access to privileges; and how citizenship is understood.

The main idea of this paper is to demonstrate how the problem of ‘truth’, while epistemic, also affects the concrete distribution and access of rights. For that reason, it seems necessary to analyze just how empirical studies, mainly those of Anthropology, can contribute to a more ample sense of Law as a scientific endeavor and also ‘citizenship’ as the concrete experience of rights.

To do so, I will first try to expose how the problem of ‘truth’ is experienced by those that are usually “on the outside looking in” of citizenship rights. The empirical example I bring is that of prostitutes in Brasilia, where I developed fieldwork for my masters (CAPELA, 2013). My thesis used ethnographical methodology (MALINOWSKI, 1922) in an urban setting, which, although located close to the University of Brasília and my usual dwellings, was quite distant in life experiences, perspectives and social expectations.

The research was on street prostitution and tried to reveal how citizenship is concretely experienced by sex workers in Brasilia. To do that, I developed fieldwork between 2012 and 2013 and used observant participation as well as non-scripted interviews to build empirical basis. The phrases spoken by them and used by me here were presented to me during that research. To have a broader sense of the methods used, see CAPELA (2013).

In this article, I will attempt to show how the perspectives of prostitutes bring about epistemological questions that are important to Law, but also to Anthropology.

Then, I will build on how Law and Anthropology have different methods and perspectives when defining ‘truth’ to show how the former would benefit from a connection to the latter when trying to assess and understand the experience of Brazilian citizenship. I will use the views of Luis Roberto Cardoso de Oliveira, Roberto Kant de Lima, Regina Lucia Teixeira Mendes and Luiz Figueroa on Law to gauge how the specifics of Brazilian system affects that experience.

Lastly, I will argue that the field of Law in Brazil would benefit from a closer relation to social sciences, but specifically Anthropology, for epistemological and democratic reasons. In the first case, because the lack of empirical training of legal scholars contributes to normative arguments that aren’t tied to concrete experiences. In the second case, because the experience of “citizenship”, as a *status* of “equality”, demands an understanding of difference that isn’t only normatively characterized.

It is important to make it clear that this article focuses on the Brazilian legal system, so that all that is writ-



ten about “Law” should be understood through the lenses of Brazil.

## 2 Prostitutes and ‘truth’

The problem of ‘truth’ is an important one for street prostitutes. Their work entails a constant mediation with the term for two main reasons. First, because of their duties. They need to understand their limits, interpret clients’ desires and construct the terms that conform the contract of their services. They typically have a notion of what is true and what isn’t (CAPELA, 2013). Second, the ‘truth’ is strategic for them to escape what they see as a prejudiced view of their profession. As it will be explained, it is very common for prostitutes to create *personas* to separate what they perceive as their ‘real’ self from the part they play on the streets (CAPELA, 2013).

The examples I use hereafter are all taken from the empirical study I developed during my master’s at the University of Brasilia (CAPELA, 2013).

Like these aspects, there are many others that could be utilized here to exemplify just how ‘truth’ is a part of their livelihood. To better serve the objective of this paper, however, I will focus on three problems that illustrate how conflicts of ‘truth’ are tied to their ‘citizenship’. First (1), there is the well documented (RAGO, 2008), but also felt (CAPELA, 2013) exclusion of prostitutes from the spaces where collective truths are constructed. Second (2), one must understand that the constitution of a prostitute’s identity is contradictory (DULCE GASPARG, 1985). These contradictions are compelling to understand how ‘citizenship’ presupposes values that are naturalized as ‘truths’ when defining dignity of subjects. Finally, (3) it is important to take into account the way in which they understand how the legal system interprets ‘facts’ and, hence, produces ‘truth’.

As it pertains to the first problem, it is paramount to understand that their complaints, at least as they were presented to me (CAPELA, 2013), don’t rest on a desire to run for office or hold some type of public position. It can be argued that this is due to their total lack of expectation in that regard, but I will get into that later. The first time I heard them mentioning

their desire to participate in this truth-bearing process was when I took three of them to a class I was teaching at the University of Brasilia. I wanted them to explain to my students how prostitution worked. Granted, my own proposal already had in its basis a perception of knowledge they possessed and no one else. The class was a huge success and, in the end, all three mentioned they should do it again. Mainly, because they felt it was rare for people to pay attention to what they knew. Ana, one of my main informants, said people who had interest in the ‘truth’ should open their ears and listen to them. As she saw it, it would be similar to what prostitutes do when they take the time to listen to clients, policemen, hot dog vendors and other typical actors of their habitat. “A complete prostitute listens, that’s why we know so much”, she would say.

Ana was a prostitute that was enrolled (at the time) in a University. She constantly pointed out that her classmates and Professors knew little about life. She would regularly say that “prostitution functioned like a school” (“é uma escola”) that taught more than the ‘normal’ educational institutions.

Tied to that, one of the recurrent complaints prostitutes expressed was the lack of ‘knowledge’ people had of their profession and how lies usually took prevalence over what actually went on. As one of my informants once said: “it is hard to obtain respect when people have no interest in my view of things”.

Like her, many women on the streets complained that the laws and the judicial system rarely took into account not only their opinion, but also the ‘reality’ of things. To them, the lack of respect that was shown to them on a daily basis was linked to what was unknown. Ana constantly said that people “didn’t understand” what the profession entails, being that the main reason why, in her words, there was so much prejudice. It was typical for prostitutes to argue that the devaluation of their livelihood wasn’t due to it being, in itself, an inferior life, but to the fact that people pre-judged, pre-conceived or were just plain hypocrites.

Mostly due to that perception, it is very common for prostitutes to hide (their words) what they do from their loved ones and who they are from their clients.

Many prostitutes, like Ana, Vivian and Mila, used wigs to hide their identity and, more often than not, did not share their real names. As Ana put it, two identities coexisted within her: Ana (her fake name) and Vicky (her real<sup>2</sup> name). The use of fake names is representative of a life in which they constantly negotiate between what they see as the 'real' person and that which they present as the 'faux' identity. It is through that contradictory coexistence of identities that prostitutes tend to produce knowledge about their own desires, their own thoughts and their feelings towards themselves and others. It is also along the lines of these contradictions that they see a clear difference between 'truth' and 'lies'. Fernanda, a prostitute who was new to the Brasilia scene at the time we first spoke, in 2012, said that the main thing she was trying to learn was how to "lie honestly".

To them, the liminality between what is 'true' and what isn't has become 'natural'. It is that relationship and the clear differences among each faction of their lives that guides their values and, in many ways, justifies what they do (to themselves, at least). As Vivian once said, if she doesn't take the time to separate things, her 'real' life would be in shambles. "If I were to start having sex with my boyfriend the way I do here, he would know." Through their lenses, that which is 'true', that which is 'real' can easily be discovered if one pays attention to signs and is willing to listen. The way they see it, their life and their way of dealing with problems is a clear example of that.

That is why it is very common to hear from prostitutes that those that judge them for what they do are either hypocrites or ignorant. It was a recurrent theme for prostitutes to liken their activity to what they thought wealthier women did when they went out to parties. The difference, they said, was that they got paid directly and not indirectly, like the "rich girls (patricinhas)". In many cases, they would argue that their profession was safer because they always demanded the use of contraceptives and never created expectations.

What is even more interesting is that although they saw themselves as women who knew more about life than their counterparts, they understood that their

perspectives would never have the same value in courts of Law or police stations. Ana once said: "who would believe the words of a prostitute?". Her phrase is echoed in other researches on prostitution (BARRETO, 2013; DULCE GASPAR, 1985).

Whatever the case, their perception is tied to a sense of 'truth'. Vivian, used to say that everyone is entitled to their own truth, but theirs (the prostitute's) weren't ever seen in the same light. To her (but it could be attributed to others' viewpoint as well), people had no interest in listening to what they had to say on subjects such as work, sex, marriage, relationships and other issues they had expertise on.

In reality, their words invoke a long-felt problem of exclusiveness within the Brazilian public sphere (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011) and the effects it has on citizenship. Their claims, however, are also tied to a notion of 'truth'.

The problem, then, reverts to Law. Both in the truths it produces through academia and in the ones formed through the institutions. Prostitutes claim there isn't enough openness to their views, their perspectives and their knowledge. Can Law absorb those critiques?

### **3 The problem of 'truth' in Law**

One of the main reasons I chose to study prostitution with the help of Anthropology was due to the fact that I had a sense that Law rarely cared about 'what actually went on' or even had a fair discussion about methods of discovering or constructing 'truths' through empirical work. That, in itself, shows how the perception of Law as an empirical science is laid out within its undergraduate courses. Usually, legal scholarship works with a logic that the 'truths' of Law are rationally obtained from a historical process that has its founding tradition in the French and American Revolution (SARMENTO and PEREIRA DE SOUZA, 2013) and in Roman Law institutes (KANT DE LIMA, 2010).

One could say, with a dose of reason, that Law as a whole, as a discipline, or as a field of knowledge, has that tendency for two overlapping reasons. First, due to its normative nature. Because Law tries to correct behavior, it could be said that it also foments a nega-

<sup>2</sup> I made up this name so I won't have to reveal her real name.

tive view on facts. In Law, the relationship between what is 'correct' and what is 'true' has important elaborations (HABERMAS, 1996) that perhaps need to be better exploited. The second reason is due to universalist discourses that see Law as the consummation of conscious and rational processes that generated social integration through functionally differentiated institutions (LUHMANN, 1995). Whichever the perspective, it seems that in Law, the conflict between 'norms' and 'facts' tends to the former's side.

It shouldn't come as a surprise, then, that empirical studies take a backseat to normative discussions. In Brazil, the works of Roberto Kant de Lima (2010) and Luis Roberto Cardoso de Oliveira (2010; 2011; 2002; 2007) are of special importance because they try to expose another side. They use a theoretical framework that sees Law as a local knowledge, as something that is part of its own system of justice and "legal sensibilities" (GEERTZ, 1983).

In other words, both Cardoso de Oliveira and Kant de Lima try to understand Brazil's legal system through its concrete experiences. To do that, they exploit the empirical differences between Brazil and the realities of other countries. Their comparative method relates facts and occurrences to try to understand how they are differently interpreted and experienced.

One of the differences Kant de Lima (2010) sees is tied to how 'truth' is constructed in Brazilian courts as opposed to how it is in the United States of America.

According to Kant de Lima (2010), Brazil's legal system understands truth as 'something to be found', while in the USA, it's 'something to be agreed upon'. While in the United States each party presents its case before the judge and, in the process, comes to an agreement on what will be accepted as "evidence", in Brazil judges will decide freely what piece of evidence they consider valid or strong enough. There isn't, however, any mediation, agreement or pre-established criteria that decides what proof is. That is why Kant de Lima (2010) asserts that the legal sensibilities of Brazil are more based on arguments of authority than on the authorities of the arguments.

As he explains, that could be traced back to the im-

part of the Catholic Church on the institutional logic present in Brazil. That logic sees authority as the finder of truths, since the parts involved don't really want to reveal it. Like a prophet that needs to understand the obscure messages sent to him or like a cleanser that needs to find the hidden dirt everyone has, the judge determines who has the right to what and what the truth of the case is.

Furthering that perspective, the empirical work of Luiz Eduardo Figueira (2008) demonstrates how the 'truths' of judges are extremely different from those sustained by the parties involved, the press or even the witnesses. In a similar fashion to what happens with prostitutes, this model of justice makes it common for people involved in conflicts to feel as if their stories are not really understood and, thus, rarely judged with justice.

Figueira utilizes a very famous case in Brazil to illustrate his and Kant de Lima's view. In the year of 2000, a young man held hostage people inside an urban bus in Rio de Janeiro. He was, then, killed by police officers. It was a highly scrutinized event where the media got heavily involved for months on end. Due to that fact, there were a myriad of narratives that arose from the case (media narratives, victim narratives, bystander narratives) and no criteria established to determine which stories would be accepted into the court of Law. It would be the one that mostly convinced the judge, whoever he or she was.

It is through the lenses of this specific case that he takes us into the interviews he held with judges and prosecutors in Rio. In them, he asked how they could tell which story was true or when something had been proven. Although the answers differed in specifics, one common thread pointed to their understanding of the judge's power to determine what the 'truth' is.

As Figueira shows, judges know that their view is the only one that counts and justify that logic by affirming that Lawyers and citizens that usually lie, wherein the judge and the prosecutor "have no reason to do so" (KANT DE LIMA, 1995). The total dependency on a judge's way of thinking exposes an arbitrary and authoritative tendency in the Brazilian legal system. The discussion of 'truth' or of 'what really happened' isn't

up for discussion. It really comes down to the judge's individual perspective.

The empirical studies of Regina Lucia Teixeira Mendes (2012) actually expand on that perspective by delving into what Brazilian Law defines as the "freedom of judges to be convinced". In a nutshell, it means that judges only answer to themselves and their conscience when determining what truth is. As Teixeira Mendes explains, judges understand this freedom as a burden, as a moral and legal duty, that demands of them an active chase of what 'the truth' really is. And, in the end, it justifies their arbitrariness.

Once 'convinced', judges believe they are the portrayers of 'truth' for, as Kant de Lima shows, the process of selecting judges in Brazil contributes to a sense of superior intelligence that grants them a privileged view of 'life as it is' (KANT DE LIMA, 2010). In that sense, most of the decisions by Brazilian courts don't open a dialogue with researchers, Lawyers or even the parties involved in the dispute. They tend to see the interpretation and implementation of Law as the fruit of their super-capacity and uber-authority. It is only through that mixture of capacity and authority, in their view, that one can have access to the real and hidden 'truth'.

What Figueira, Teixeira Mendes and Roberto Kant de Lima all propose to solve this problem is a closer relationship between Law and the framework of Anthropology. As Kant de Lima and Barbara Lupetti argue, Brazilian legal thought must "exit the transcendental conception that allows an unconditional acceptance of dogmas, without attention to context, internalizing a metaphysical logic to an empirical knowledge" (KANT DE LIMA and LUPETTI, 2010).

As they put it, Anthropology has methods of empirical research that require estrangement and – therefore – distance from the presumptive dogmatic truths that accompany the Law's field. It is necessary, then, for Law to question absolutes so that it doesn't naturalize privileged points of view and, with it, thwart participation in the creation of social truths.

Although I agree with the premise, I believe it is important to do as Anthropology says and "complexify"

that argument. As one can see, the argument brought forth by the aforementioned authors rests on two premises that complement each other. First, that Law would benefit from a closer attention to empirical studies since it would lead the discipline to a more complex understanding of problems and, therefore, give better insights as to how they can be solved. Second, that Anthropology can help breach Law's authoritative logic, opening it up (theoretically and in practice) to other points of view. With it being so, it becomes relevant to know just how Anthropology deals with facts and empirical studies, as well as the discourses of power that enables the constructions of truth within its own ranks.

#### **4 Possibilities through Anthropology**

It is true, as I will show, that Anthropology has a debate within its ranks that questions the very nature of Anthropology as a discipline or as an exponent of scientific knowledge (PEIRANO, 1997). However, even with it being so, its tradition involves methods and specific standards of validation that emphasize facts and empirical research rather than transcendental affirmations. That is important because of something Gadamer (2007) once said. In his attempt to explain how 'Truth' is constructed, he deems that every interpreter has a tendency to project meaning in what he sees, what he experiences, what he understands as facts, but that he should let himself be guided by the things themselves. To let that be the guide, he must try and comprehend how the naturalized and arbitrary views he holds can pollute his own interpretation.

Anthropology's methodology, especially ethnography, emphasizes fact-led interpretation (GEERTZ, 1983). Because of this, it seems that the dialogue between Law and Anthropology would help the former to ameliorate its guidelines as it pertains to the 'pursuit of truth'.

The reason for the aforementioned approximation shouldn't be to create technicians and specialists that can move away from ordinary people's view of Law. It is quite the contrary, actually. As Hegel (2014) proposes, knowledge about people should be constructed with them, in a close-knit relationship where object and subject interact dialectically, molding and conditioning one another. The dialectical relationship

between subject and object marked that which Hegel saw as the necessity to understand mediation (concepts) as the true production of knowledge. In that perspective there is a sense of sociability, or ‘ethicity’, that sees all knowledge as social and historic.

In that sense, it is important to understand that the conditions of possibility of anthropological thought relies on the sense that communication and language have a reflexivity that enables productive relationships between differences, between diverse ‘horizons’, which, in turn, should benefit an active sense of ‘otherness’ and an active sense of ‘truth’. As Hegel understands it, truth claims can and should always be actualized. It should never be a finished product. Because different points of views, different perspectives and different contexts can shine a different light on the problem and renovate the knowledge once made available by it. Ethnographic methodology contributes to that sense of knowledge perspective because it demands a de-naturalization and social dislocation of the researcher in order to comprehend the facts of the researched within their own web of meanings. It opens the possibility of other ‘truths’ that are equally valid. This seems paramount to Law and its practitioners. It allows for a better understanding of pains, sufferings and other social reactions to conflict

This approximation would try to solve what Cardoso de Oliveira (2011) diagnoses as the lack of criteria within Law to establish the difference between rights and privileges. It would stay away from the normative solutions of legal texts and focus on how the distribution actually functions in every-day experiences. A better discussion and search for ‘truth’ - in these empirical terms - might help rethink our legal culture’s sense of “public” through a logic of ever-changing, but constructed, truths.

With this I am arguing that Law in Brazil could be more democratic and open to alternative constructions if it sought out empirical knowledge. That is: it would be important for Law to know how prostitutes see themselves, how they see the Law system that surrounds them and also how they are effectively treated, for example. The way Law is taught (and thought) today makes Law students quote German, French and American philosophers, but rarely know the poor, the

difficulties of citizenship or even the concrete reality of prison life. How can one hope to judge, defend or prosecute human beings without truly trying to understand the complexity of their lives and the system they are subjected to? Of course there must be specific Professors and courses throughout Brazil that pay attention to these problems in Law, but it isn’t the overarching and dominant discourse of the practices of Law.

#### 4.1 Re-conceptualizing Anthropology

To make this contact between Anthropology and Law more fruitful, however, it is important to explore the limits of this social science. As I pointed out, it is the exposed frailty and incompleteness of the scientific discourse that should counter Law’s claim to “know everything” (LEWANDOWSKI, 2014)<sup>3</sup>. That is why Anthropology can help in more ways than one. Its tradition is tied to self-criticism and continuing reflexivity that tries to look for the underlying ideologies that live within one’s own discourse, even when that discourse is anthropological (STRATHERN, 1988). It is important to de-naturalize, to re-conceptualize, the native concepts of Anthropology. After all, if Anthropology is meant to help Law to stray away from perspectives that base themselves on “authority” and not on “arguments”, it must also evaluate itself and its methods.

That shouldn’t be a problem for Anthropology. Its tradition sees ‘truth’ as a difficult word. It brings back memories of a time when native populations were seen as “ignorant” or “not enlightened” by the colonial perspective. Anthropology believes in the process of “un-learning” or “de-naturalization” to gather information (MALINOWSKI, 1922).

However, as Mariza Peiranto (1997) shows, not all anthropologists believe that Anthropology has a common epistemological thread that unites all of those that practice it. As she argues, there are multiple ways of understanding Anthropology, ranging from those

<sup>3</sup> The ethnography of Andressa Lewandowski shows that it is common for Supreme Court “Justices” in Brazil to cite different theoretical frameworks to corroborate their decisions without ever aligning themselves with one or another. They also rarely demonstrate the differences of context in which each theory was created. For a more concrete sense, see the opinions used on the emblematic cases of ADPF 132, ADPF 378, ADPF 388 and ADI 4578.



that don't see it as a "discipline" in foucauldian terms (Clifford Geertz) to those that understand its knowledge as a more collective and, hence, value-sharing endeavor (Triloki Nath Madan). Peirano demonstrates that those different perspectives, more often than not, are linked to the authors localized contexts. That, in itself, speaks of Anthropology's method for producing 'truths'. It is produced through context, cultures and histories of those that are involved in it. Be it the author, be it the researched.

That is why one of the main aspects, or one of the main concepts, that anthropologists use when trying to describe or ascertain the correlation of meanings that compose social structures - and the 'truths' that accompany it - is 'culture'. Culture, to Anthropology, is a founding notion (MERRY, 2006). Be it to those that began the studies of "native people" (CASTRO, 2005); be it of the founding fathers of ethnography (MALINOWSKI, 1978); or even to the more contemporary authors that see Anthropology in its multi-sitedness and global realities (MARCUS, 2011; FERGUSON, 2011; RIBEIRO, 2011).

The problem of 'truth' becomes, then, a cultural one. And the definition of 'culture' becomes an important battleground.

To this paper, that notion is important because the underlying argument behind Kant de Lima's perspective is based on a perception of Law as given by Geertz (1983). To him, Law is a "local knowledge" and fruit of specific "legal sensibilities". It is, therefore, understood through the lenses of "culture" as a product of local differentiation, unique histories, geographies, languages and customs of 'peoples'.

While the exposure of that difference is adequate to give us insights into how the Brazilian public sphere works, it presents limits. It doesn't really explain how 'culture' can be understood when globalization has blended local, national and transnational perspectives so intensely (RIBEIRO, 2001). It has become hard to gauge what these "spaces" are individually and how they interact to produce 'cultural knowledge'. That is: how should we understand the symbolic and empirical borders that define 'culture'?

Sally Engle Merry (2005) posits that rather than trying

to see culture as "traditions that must be upheld", as "national essences" or as the discourse of the instituted powers, it must be seen as the partial results of a continuing conflict. Conflicts of interests, conflicts of values and conflicts of different logics of space-time that, all, continually try to impose their 'truths' onto others. Culture, then, is fruit of conflictive relations that are, in some ways, presented as if they were unified aspects of every day life.

What that perspective points to is the fact that when one speaks of a 'Brazilian culture', or of a specific 'legal sensibility', the conflicts of those in favor and in opposition to the dominant practices must be taken into account. Otherwise, the picture painted simplifies the social and political process of how citizenship is molded. Teresa Caldeira's (2000) research in São Paulo elaborates on the different strategies people use to construct alternative paths to rights, goods and spaces. As she proposes, the city and its citizens are shaped by these conflicts and not necessarily by what the instituted powers propose.

James Holston's (2008) depiction of Brazil - and São Paulo - is similar. He points to a different type of citizenship, an insurgent citizenship, that forces itself onto the public sphere, creating paths and rights along the way. In saying that, he is demonstrating how the "symbolically pre-structured world" (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002) is continually negotiated and reworked by struggles of everyday life.

It is actually a reminder of one of Wittgenstein's (2008) main theses. He saw knowledge as a production of different "forms of life" that tried to elaborate truths according to the structures that had been agreed upon by the actors involved in the "language game". These "agreements", in fact, are the result of conflict.

That, of course, isn't to say that the work of Kant de Lima is less important to understanding how Law works in Brazil. It only calls for an understanding of the process as well as of its results when one hopes to explain Brazil's legal system and its citizenship. In other words, it hopes to "complexify" the views we take as "true" about Law and its concrete reality in Brazil by using the theoretical instruments Anthropology holds dear.



Sally Engle Merry's (2005) empirical work focused on the "International Human Rights Movement Against Violence to Women" because she believed it offered a good opportunity to understand how local legal practices (and culture) deals with transnational interests and their own legal logic. The discussion she proposes points to the fact that the ever-growing complexity of the world demands a re-conceptualized understanding of culture, but also of Law in its "local" facet.

Merry (2005) exposes the conflicts, which brings to light the struggles that exist within national borders, but also those between "local legal discourse" and the transnational community - composed of NGOs, the UN and what she calls "transnational social movements". As she points out, the intensified flow of information, people and commodities has reconfigured social relations and, in doing so, also reorganized the conflicts that define culture. With globalization, it has become increasingly difficult to understand a peoples "way of doing things" in a vacuum. Not only are they bred from a national and local history, but also from a global one.

Merry, like Ribeiro (1996), points to capitalism and capitalist structures as driving forces in the molding of culture in global societies. With that being said, it would not be a stretch to say that the 'truth' anthropologists see in culture is, nonetheless, tied to a network of meanings that needs to take capitalism's history, languages, politics and conflicts into account.

The problem of 'truth' in this regard calls for an understanding of capitalism's role in the shaping of symbols, expectations, social connections and even imagination within the sphere of "culture". The work of Anne Allison (2006) has demonstrated how the flow of merchandise and capital has been a fundamental part of how Japanese culture is understood both within the country and outside it, for example. The commodification of culture is a process that has to be better understood in a world where the overall tendency is to reify and monetize all aspects of life.

Therefore, it seems to me that Anthropology's contribution to the study of Law can be twofold: first due to its attention to fact-based studies that drive interpretation towards an understanding of more complex-

ity and not abstract premises; and second due to its technique of de-naturalization and de-mystification of native concepts and thoughts. While the first requires from Law a more attentive look to ethnography and the complexity it can present, the second demands that Anthropology (like any social science) can understand its own role in the reification of societal values as it pertains to capitalism and its ever-growing structures. Otherwise, the de-naturalization and de-mystification Anthropology prides itself on is found wanting.

#### 4.2 The truths of Citizenship

If Anthropology does contribute to the study of Law and, hence, to an understanding of it through complexity and "otherness", how does that relate to citizenship?

It is the 'truth' of prostitutes' citizenship that seems to answer that question. Their constructed difference based on their job exposes the homogeneous force of citizenship (CAPELA, 2013). Not in the sense of equal distribution of rights, but because the concept of citizenship doesn't include some identities due to values and premises that are exclusionary. After all, a society that has at its basis the notions of "monogamy" and "true love" constantly points to prostitutes as aberrations (CAPELA, 2013).

The social perception that sexual relations do, in fact, define people and their worth has been well documented by Foucault (2010), but can also be understood through the perspective of Charles Taylor (2007), which, at this juncture, seems more meaningful. Because, although Taylor has defended an openness to difference as a necessary aspect of citizenship-rights and of democracy, he sees the functioning citizen in western society as an individual that: a) controls feelings and irrational emotions with reason; b) internalizes moral norms and its sources; and c) values free will, self control, self responsibility as virtues that differentiate human beings. In defending this "citizen" he points to authenticity as the main characteristic to be preserved through "recognition". In his words, one of the manifestations of authenticity in an individual is his ability to love and be intimate with a person of his or her choice.

So, although Charles Taylor is not known for his per-

spective on the importance of sexual relationships for the definition of 'citizen', the case of prostitutes may present a case where his theory is exposed to some of its limits. Even if one is to understand that prostitutes have sex with men for money by choice, it is difficult to say that they do so out of love. The relationship between sex and intimacy, or sex and love for that matter is not one that is shared by prostitutes. Many prostitutes would even challenge that their work involves intimacy, as they create what Weitzer has called "bodily exclusion zones" (WEITZER, 2010) to impede clients from doing things they are not comfortable with.

Prostitutes not only challenge that perspective but also question if sexual relationships don't all involve money and some sort of financial transaction. The way Ana sees it, her job only cuts out the common deception of seduction and goes right to the point. Furthermore, in her view, there's a big difference between what goes on during her job and what happens when she is with someone she loves.

*Ana: "The problem is that these girls that go to clubs (boate) have sex with everyone hoping they will find a husband. If they want to find a husband, they can't give it up (dando) like that. The problem is that these girls don't know how men work. They fool them. They say they're pretty, beautiful, whatever. So she thinks he wants to marry. But he only wants to screw you (te comer), girl! I don't fall for that, you know? When I leave my job, I'm a different person. I look for someone to have a strong stable relationship. It's hard. Nobody wants a prostitute. But if I go on a date, I don't give it up easily. The guy has to work for it (merecer). If you want to give it up easily, it's much better to become a prostitute (garota de programa), at least you make some money."(CAPELA, 2013)*

To many, the 'authentic' individual doesn't have sex for money. Money can 'force' you to do other things, but not sex. To them, sex is reserved for the realization of authenticity in a different sphere, not the market's. As one could guess, that is a limit imposed mainly on the sexuality of women, as men usually don't get devalued based on their sexual encounters. Prostitutes do seem to understand that what the social values

seems to mind, in relation to their profession, is the fact that women are having sex with numerous men. It was constantly noted to me during my master's research, that people don't have an issue with men that have multiple partners, but frown upon women when it happens. As one prostitute put it (CAPELA, 2013), a man that is offered R\$ 5000 (a five hundred Reais) to have sex with a woman is a hero, a woman who is offered R\$3,000 (three Thousand reais) to do the same is a slut (vadia).

Of course, there's the question of sexual exploitation and the historic coercion of women to have sexual relationships in disregard of their own wants and needs (BEAUVOIR, 1980), but these prostitutes don't feel they are in the latter category. In fact, it seems they mostly want to be included in the category of "normal women" (CAPELA, 2013). They see themselves as women who have a different job than most and who are mistreated because they comprehend sex in a different manner. It seems evident, especially if we take feminist theory seriously, that western customs are built around patriarchal and capitalist structures (STRATHERN, 1988). Prostitution is most definitely a job that links these two structural realities. But none of those aspects have been excluded in this analysis. Doesn't seem to escape them either. As Vicky so many times put it, no job is free from oppression or exploitation, but prostitution gets more attention because the availability of sex perhaps brutally shows us, as a society, what really makes us do things. The prostitutes' words seem to suggest that the moral substance behind the capitalist, individualistic citizen seems tied to a very specific way of having sex and a very keen view on family, relationships and even gender roles.

Whatever the case, the concrete reality of prostitutes actually brings light both to the need to reconfigure and re-conceptualize the notion of "citizenship" (as it is actually applied in every-day problems) and the way in which people fight the shared values and practices that compose culture.

## **5 Conclusion:**

Citizenship in Brazilian Law is what Anthropology would call a native category (CARDOSO DE OLIVEIRA,

2002). And a category that must be well understood but also re-conceptualized in order to discuss if it can be, at the same time, a door to the universality of Law and a path to specific differences of people.

As I've defended throughout this paper, the anthropological emphasis on exposing what is naturalized and what is unconsciously operated by our society is a necessary aspect of that which is needed in the study of Law in Brazil. Basically, because the justice system needs to be de-sanctified and de-authorized to construct a new form of elaborating power discourses. But also because the concept of "citizenship" demands concrete furnishing. By that, I mean that the abstract notion of citizenship, as adopted by Law, not only turns a blind eye to the complexity of human relations, but also makes it difficult for difference to be accepted and understood as "equally dignified" (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002).

As I've come to see it, Brazilian public sphere congregates a myriad of differences and conflicts that need more profound understanding. An understanding I did not intend to accomplish in such a short piece. However, I have understood that it is in the plurality and divergence inside the public sphere that we can see the limits and even the potential of concepts like "citizenship".

It seems prostitutes, in their own way, also question our standard of living. They question the premises of what a "citizen" should look like, act or think. Their actions, like much theory, question the values that structure our truths, our powers, our knowledge. Can diverse identities participate in the construction of homogeneous structures like that of the citizen?

I believe Law needs to face those questions empirically. For only in doing so can "citizenship" function, in legal practice, as an open significant that can be filled through existence (HEIDEGGER, 2002). Law needs to reconfigure, critically, its own premises. Because, as it seems to me, for Law and its science to abdicate from authoritative rule and arbitrary decisions, there must be a reflective turn inside the conception of 'truth' and validity claims that only a social and reflective science, such as Anthropology, can make possible. Without it, the logical sense within the framework of our legal system will continue to accept its effects as if

they were justifiable in a complex society.

Otherwise – especially if we take into consideration all of the requirements Charles Taylor (1997) exposes as the basis for the "individual" to understand the "citizen" and, consequently, conform citizenship-rights – we will, inadvertently, configure a world for white, urban, upper-class, men. A world that already seems to exist and where prostitutes seem to demand some kind of rupture. To use Taylor's perspective of recognition against his own restricted model of "citizen", it would be important to expose all that is "forgotten" when one creates a homogeneous concept.



## 6 References

- ALLISON, A. (2006). *Millennial Monsters: Japanese Toys and the Global Imagination*. Berkeley/Los Angeles: California, University Press.
- BARRETO, L. (2013). *Prostituição, Gênero e Trabalho*. Rio de Janeiro: Multifoco.
- BEAUVOIR, S. (1980). *O segundo sexo. A experiência vivida*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- CALDEIRA, T. (2000). *Cidade de Muros: Crime, Segregação e Cidadania em São Paulo*. São Paulo: 34/Edusp.
- CAPELA, G. (2013). O direito à prostituição: aspectos de cidadania. (Masters Dissertation, University of Brasília).
- CARDOSO DE OLIVEIRA, L. (2010). A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. *Revista de Antropologia*, 53(2).
- \_\_\_\_\_. (2011). Concepções de igualdade e cidadania. *Contemporânea*, n. 1, 35-48.
- \_\_\_\_\_. (2002). *Direito Legal e Insulto Moral*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- \_\_\_\_\_. (2007). O ofício do antropólogo, ou como desvendar evidências simbólicas. *Série Antropologia*, 413.
- \_\_\_\_\_. (2004). Racismo, direitos e cidadania. *Estudos Avançados*, 18 (50).
- \_\_\_\_\_. (2008). Existe violência sem agressão moral? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 23(67).
- CASTRO, C. (2005). *Evolucionismo cultural: textos de Morgan, Tylor e Frazer*. Rio de Janeiro: Zahar.
- DULCE GASPAS, M. (1985). *Garotas de Programa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- FIGUEIRA, L. (2008). *O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri* (1st ed.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- FOUCAULT, M. (2010). *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal.
- GADAMER, H. (2007). *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (8th ed.). Petrópolis: Vozes.
- GEERTZ, C. (1983). *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New-York: Basic Books.
- HABERMAS, J. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity Press.
- HEGEL, G. (2014). *Fenomenologia do Espírito* (9th ed.). (Paulo Meneses, Trans.). Petrópolis: Vozes
- HEIDEGGER, M. (2002) *Ser e tempo, Partes I e II*, (Mar-  
cia Sá Cavalcante Schuback, Trans.). Petrópolis: Vozes.
- HOLSTON, J. (2008). *Insurgent Citizenship: Disjunctions of Democracy and Modernity in Brazil*. Princeton: University Press.
- KANT DE LIMA, R. (1989). Cultura Jurídica e Práticas Policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 10(4), 65-84.
- \_\_\_\_\_. (1995). Da Inquirição ao Júri, do Trial by Jury à Plea Bargaining: Modelos para a Produção da Verdade e a Negociação da Culpa em uma Perspectiva Comparada Brasil/Estados Unidos. (Full Professorship Thesis, Universidade Federal Fluminense).
- \_\_\_\_\_. (2010). Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, 2, 25-51.
- KANT DE LIMA, R and LUPETTI, B. (2010). O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica. Paper presented at the 7th encounter of ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. 04 to 07, August, 2010. Recife/Pernambuco.
- LEITE, Gabriela. (2009). *Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta*. Gabriela Leite em depoimento a Márcia Zanelatto. Rio de Janeiro: Objetiva.
- LEWANDOWSKI, A. (2014). O direito em última instância: uma etnografia do Supremo Tribunal Federal. (Doctoral thesis, University of Brasília).
- LUHMANN, N. (1995). *Social Systems*. Stanford: University Press.
- MALINOWSKI, B. (1922). The subject, method and scope of this inquiry. In B. Malinowski, *Argonauts of the western pacific*, London: Routledge and Kegan Paul.
- MARCUS, G. (2011). Multi-sited Ethnography: Five or Six Things I know About it Now. In S. Coleman and P. Hellerman (orgs.), *Multi-Sited Ethnography: Problems and Possibilities in the Translocation of Research Methods* (pp.16-35). New York: Routledge.
- MERRY, S. (2005). *Human rights and gender violence: translating international law into local justice*. Chicago: University Press.
- PEIRANO, M. (1997). Onde está a Antropologia. *Mana*, 3(2).

- RAGO, M. (2008). *Os prazeres da noite*. São Paulo: Editora Paz e Terra.
- RIBEIRO, G. (1998). *Cybercultural Politics. Political Activism at a Distance in a Transnational World*. In S. Alvarez, E. Dagnino and A. Escobar (orgs.), *Cultures of Politics/Politics of Cultures. Revisioning Latin American Social Movements* (pp.325-352). Boulder: Westview Press.
- SARMENTO, D and PEREIRA DE SOUZA, C. (2013) *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum.
- STRATHERN, M. (1988). *The Gender of the Gift: Problems with Women and Problems with Society in Melanesia*. Berkeley/Angeles: University of California Press
- TAYLOR, C. (2007). *As fontes do Self.: a construção da identidade contemporânea*. São Paulo: Loyola.
- TEIXEIRA MENDES, R. (2012). *Do Princípio do Livre Convencimento Motivado: Legislação doutrina e interpretação de juízes brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- WEITZER, R. (2010). *Sex for sale: Prostitution, pornography and the sex industry* (2nd ed.). New York: Routledge.
- WITTGENSTEIN, L. (2008). *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes.

Data de submissão/*Submission date*: 18.11.2016.

Data de aceitação para publicação/*Acceptance date*: 20.02.2018.

# A VINGANÇA DA CRIADA: sobre ler e usar a nova sociologia do processo civil // *David M. Trubek*<sup>1</sup>



## Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Processo transparente: uma descrição provisória das implicações da teoria clássica do direito para o processo civil**
  - 2.1 Pensamento Jurídico Clássico
  - 2.2 Processo transparente
- 3 Realismo Jurídico e as origens das pesquisas empíricas no processo civil**
  - 3.1 A indeterminação dos sujeitos
  - 3.2 Efeitos no pensamento sobre o processo
- 4 Mudanças Teóricas – Questionando o sujeito**
- 5 Temas emergentes na sociologia crítica do processo**
  - 5.1 Negação do indivíduo autêntico
  - 5.2 O direito e a Construção da Realidade Social
  - 5.3 O direito e a Vitimização da Vítima
  - 5.4 A Alternativa Comunitária e a Crítica da Adjudicação
  - 5.5 A crítica da ADR e os discursos de necessidade
  - 5.6 A discursividade do conhecimento social
- 6 Conclusão**
- 7 Referências**

<sup>1</sup>Professor de Direito *Voss-Bascom* e Diretor do *Institute for Legal Studies* da Universidade de Wisconsin-Madison. O autor cordialmente agradece o auxílio de Lisa Bower, da Universidade de Wisconsin-Madison, Departamento de *Political Science* e do *Institute for Legal Studies*, na pesquisa e análise deste artigo. O texto foi publicado originalmente em *Law and Contemporary Problems* 51(4), em outubro de 1988. Disponível em [http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/pub\\_handmaiden\\_1989.pdf](http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/pub_handmaiden_1989.pdf). Tradução: Michel Roberto Oliveira de Souza (doutorando na Faculdade de Direito da USP, com bolsa CAPES/CNPq). Revisão da tradução: Diogo R. Coutinho (Faculdade de Direito da USP).



## 1 Introdução

Este simpósio oferece uma oportunidade de apresentar alguns desenvolvimentos importantes nos estudos empíricos de disputas civis, litigância e processo civil. Nos anos recentes, alguns estudiosos trabalhando na tradição da *Law and Society* (Direito e Sociedade) têm esboçado uma nova abordagem para o estudo desses fenômenos e têm articulado novos temas que desafiam entendimentos convencionais sobre o papel social do direito. Este artigo procura aclarar tal abordagem – que será chamada de “sociologia crítica do processo civil” – e esboçar alguns temas que emergem na recente literatura da *Law and Society*.

Há duas ideias fundamentais que fazem com que esses novos estudos sejam diferenciados. A primeira é uma visão distinta da relação entre direito e subjetividade. O pensamento jurídico há tempos tem se preocupado com essa relação e a questão de como interagem o direito e o sujeito humano existe há muito tempo. Entretanto, a maioria das discussões sobre essa questão tem tomado, de forma implícita ou explícita, a natureza do sujeito e a relação entre direito e subjetividade como não-problemáticas. Enquanto o pensamento jurídico e sociológico convencionais pressupõem que os sujeitos buscam o direito com objetivos pré-constituídos que o direito pretende fomentar, a sociologia crítica do processo civil explora maneiras pelas quais o direito simultaneamente cria o sujeito e ainda assim nega subjetividade autêntica.

A segunda ideia fundamental adotada na nova literatura é de que a pesquisa social é parte de um processo pelo qual a realidade social é construída. Compreensões anteriores haviam enxergado a natureza da pesquisa empírica em estudos jurídicos como reflexo de uma realidade pré-existente, desenhada para jogar luz sobre leis de interação humana objetivas e possivelmente invariantes. Rejeitando esta noção, a sociologia crítica do processo civil pressupõe que a pesquisa social é uma das maneiras pelas quais construímos a sociedade.

Uma abordagem verdadeiramente crítica dos estudos das disputas civis nasceu quando esses dois temas – a construção legal do sujeito e a construção da sociedade pelo conhecimento – foram unidos. Essa união afeta o modo pelo qual estudiosos definem

seus papéis e concebem os seus objetos de estudo. Vários estudiosos da tradição do *Law and Society* que estudam disputas e litigância civil acabaram aceitando essa abordagem. Assim, é razoável falar sobre uma sociologia crítica do processo civil.

Para compreender uma perspectiva crítica no pensamento social, deve-se entender a tradição de filosofia do direito clássica contra a qual os críticos reagem. A premissa básica deste artigo é que a nova literatura da *Law and Society* é uma crítica da visão social do indivíduo, da sociedade e do direito que subjaz a muito do nosso pensamento sobre o processo civil hoje. Essa visão social é um conjunto de ideias sobre a natureza da personalidade, a função do direito, e a operação do processo, que foi articulada no século dezenove e que sobreviveu, com algumas alterações significativas introduzidas pelo realismo jurídico, até o presente. A Parte II deste artigo apresenta a visão original do século dezenove; a Parte III discute as modificações introduzidas pelo realismo. Seguindo essas discussões introdutórias nas quais a visão social subjacente a esse pensamento dominante é desenhada, o artigo volta-se para o trabalho crítico em si. A Parte IV introduz dois desenvolvimentos maiores na recente teoria social que levou alguns estudiosos da *Law and Society* a levantarem perguntas básicas concernentes à visão social dominante. A Parte V apresenta um panorama dos novos trabalhos ao identificar seis temas que podem ser vistos na literatura (1) negação pelo direito de um indivíduo autêntico; (2) a construção jurídica do indivíduo (*self*) e da sociedade; (3) a vitimização das vítimas por meio do direito; (4) a alternativa comunitária e a crítica da adjudicação; (5) a crítica aos métodos alternativos de resolução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution* – “ADR”) e os discursos de necessidade; e (6) a discursividade do conhecimento social.

## 2 Processo transparente: uma descrição provisória das implicações da teoria clássica do direito para o processo civil

Para identificar as visões sociais subjacentes ao pensamento que predomina sobre o processo, deve-se primeiro compreender a visão social do século dezenove, vários elementos dos quais ainda continuam a animar o pensamento atual. Para alcançar esse

entendimento, deve-se olhar para trás no que deve ser chamado, seguindo o trabalho de vários historiadores do direito, de a era do “pensamento jurídico clássico”<sup>2</sup>, um modo de pensar sobre o direito, cuja influência compreende um período de 100 anos, de meados do século dezanove a meados do século vinte.<sup>3</sup> A visão social subjacente ao pensamento jurídico clássico ainda influencia o pensamento atual sobre o processo e é importante entender os princípios que animaram o pensamento clássico e traçar suas implicações no campo do processo civil.

Infelizmente, nenhum relato desse tipo está atualmente disponível. Houve alguns estudos que tentaram identificar as ideias básicas sobre o direito e sociedade que dominaram no período clássico.<sup>4</sup> Nenhum, contudo, desenvolveu as implicações processuais dessas ideias. Assim, o relato necessário para começar essa história deve ser criado, não encontrado. Esta seção oferece um esboço provisório, derivando noções de processo das ideias mais básicas da natureza, função e aplicação do direito que prevaleceram no período clássico. Este esboço representará a ideia de “processo transparente”.

## 2.1 Pensamento Jurídico Clássico<sup>5</sup>

O pensamento jurídico clássico estava baseado em três compromissos fundamentais: um entendimento individualista da personalidade, uma teoria liberal da sociedade e um entendimento formalista do direito. Para compreender por que esses compromissos levaram a uma noção de transparência do processo deve-se examinar cada um deles e ver como eles se interrelacionam.

2 Este termo foi retirado de Kennedy, 1980. Para maiores desenvolvimentos da ideia de pensamento jurídico clássico, ver Singer, 1982. Ver também Singer, 1988.

3 A identificação de períodos é um processo impreciso na história intelectual. Kennedy identificou o começo do pensamento jurídico clássico em 1850 e o seu fim em 1940. Kennedy, 1980, *supra* nota 1, na página 3.

4 Ver *supra* nota 1 e fontes nela citadas. Ver também Peller, 1985.

5 O relato do pensamento jurídico clássico nesta seção é uma síntese inspirada em várias fontes. Para as mais importantes dessas fontes, ver *supra* nota 1 e fontes nela citadas; Unger, 1975; Unger, 1976; Weber, 1980; Kennedy, 1976. Para uma interpretação da visão de Weber sobre o pensamento jurídico clássico, o qual Weber chamou de racionalidade legal formal, ver Trubek, 1986.

1. *Personalidade*.<sup>6</sup> No pensamento clássico, a pessoa e portanto o sujeito jurídico, é um ator inteiramente constituído, autossuficiente e capaz de escolhas autônomas. Nem todos os seres humanos atendem a esse padrão de personalidade, então nem todos podem ser sujeitos jurídicos. Por exemplo, crianças, mulheres casadas e os doentes mentais não podem ser sujeitos de direitos nesse sentido. De outro lado, aqueles que passam no teste da personalidade, tais como os homens brancos, presume-se serem capazes de agir de acordo com um conjunto de valores que eles escolheram livremente. No pensamento clássico, esses valores, e as escolhas a que esses valores levam, existem de forma inteiramente independente do direito.
2. *Liberalismo*.<sup>7</sup> Em uma sociedade liberal, o propósito do direito é proteger a autonomia do indivíduo. Assim, o direito deve ser concebido para garantir que indivíduos sejam livres para exercer as escolhas que eles fazem, sujeito à liberdade análoga por parte de todos os outros. Para garantir essa liberdade, o direito confere poderes aos indivíduos e oferece imunidades contra privações causadas por terceiros. Assim, o liberalismo não é uma anarquia mas sim um sistema de liberdade ordenada. Ele requer um sistema de direito no qual algumas ações adotadas por indivíduos podem ser proibidas. O direito, entretanto, deve distinguir entre uma esfera na qual o indivíduo pode permanecer livre de todos os constrangimentos externos e uma esfera na qual tais constrangimentos não são apenas permitidos, mas necessários, porque sem essa distinção, a liberdade de uma pessoa se tornará a dominação de outra.
3. *Formalismo*.<sup>8</sup> Para o direito proteger o indivíduo e proporcionar liberdade ordenada, ele deve ser formal em sua operação. Deve ser capaz de delimitar corretamente as esferas da liberdade e regu-

6 Ver Unger, 1975, *supra* nota 4, nas páginas 29-62; R. Unger, 1976, *supra* nota 4, nas páginas 23-37.

7 A visão clássica deste argumento pode ser encontrada em Locke, 1967. Para uma crítica da autonomia do sujeito do liberalismo, ver Sandel, 1962. Ver também Peller, 1985, *supra* nota 3, nas páginas 1193-207.

8 Para uma descrição do formalismo como um componente do pensamento jurídico clássico, ver Singer, 1988, *supra* nota 1, nas páginas 496-99.

lação; definir o escopo dos poderes e imunidades de forma clara; bem como operar de forma previsível. Se as esferas são definidas incorretamente, o direito não trará a liberdade ótima desejada. Se os limites dos poderes e das imunidades não forem claros e se as respostas das instituições legais não forem previsíveis, os atores não serão capazes de exercer completamente a sua autonomia pelo medo de incorrer em sanções. Um sistema formal de justiça é simplesmente um nome para um sistema legal que pode traçar linhas corretas e aderir a elas. O direito é considerado como um conjunto de declarações a partir do qual regras específicas que cobrem todas as interações sociais podem ser obtidas por meio de técnicas que todos aqueles que tenham o treinamento próprio podem utilizar para chegar ao mesmo resultado. Para os que aderem a esse formalismo, o conhecimento jurídico é tanto determinante quanto objetivo: há uma resposta certa e todo mundo deve aceitá-la.

## 2.2 Processo transparente

A teoria clássica do direito pressupunha que os sujeitos eram autônomos e pré-constituídos. Ademais, supôs que o direito estabelecia esferas claras e determinadas nas quais eles poderiam – ou não poderiam – exercer escolhas livres e sem constrangimento. As fronteiras dessas esferas eram delimitadas por direitos que derivaram das regras jurídicas.<sup>9</sup> Esses direitos tinham que ser claros e cognoscíveis, porque de outra forma o indivíduo não teria conhecimento dos limites da esfera da autonomia que o sistema como um todo foi desenhado para proteger.<sup>10</sup>

Em tal sistema, o processo é um meio pelo qual a regra correta é aplicada aos fatos de uma disputa. Dadas as premissas do formalismo, deve haver uma regra correta para todos os conjuntos de fatos. E dadas as premissas do liberalismo, seria necessário – de tempos em tempos – aplicar essas regras para aqueles que se intrometem nas esferas protegidas.

Qualquer um que aceite esses princípios deve pensar o processo não simplesmente como um meio, mas

como um meio *transparente* – do tipo que não adiciona ou subtrai nada. As regras de um sistema formalista já estão lá. A regra correta não é feita, ao contrário, é descoberta por meio do processo. O processo não deve fazer uma diferença no resultado de uma disputa. Deve simplesmente garantir que o sistema gere a resposta certa, uma resposta que, por hipótese, já está presente em determinado sistema de direito formal. O pensamento clássico demanda um processo civil que minimize as chances de erro na seleção do princípio jurídico correto ou na determinação dos fatos corretos, mas pressupõe que tais princípios e fatos existem, para que então a transparência seja um objetivo realizável.

Outra característica da transparência é a ideia que de o processo não pode ter efeitos nos valores, objetivos e desejos daqueles que se utilizam do sistema. Por hipótese, os sujeitos jurídicos do pensamento clássico comparecem ao direito com seus objetivos já determinados; o direito deve dar suporte às suas pretensões ou rejeitá-las. O direito não deve tentar modificar seus objetivos ou suas razões para esses objetivos, porque fazê-lo violaria o princípio da personalidade autônoma e a ideia de que o direito serve somente para cumprir os objetivos escolhidos pelos indivíduos. O processo transparente toma os litigantes como eles vieram ao judiciário.

Estudiosos clássicos do direito não têm um conceito deliberado do processo transparente porque nunca ocorreu a eles que o processo deva ser algo que não transparente. Isso não significa que na era clássica ninguém se preocupou com o processo; é claro que as pessoas o fizeram. Mas a hipótese do autor – e sem maiores estudos históricos não pode ser mais do que uma hipótese – é que no pensamento clássico os objetivos do processo eram relativamente não problemáticos. O processo era para ser a criada da justiça, do modo como a justiça era definida no pensamento clássico. Essa definição implicava que o processo deveria ser um instrumento científico desenhado para identificar os princípios corretos e determinar os fatos verdadeiros. Deveria garantir que os sujeitos podem tanto invocar regras conhecidas em situações apropriadas, quanto estarem certos de que essas regras seriam aplicadas. Se o processo erguesse barreiras para a invocação de direitos preexistentes, ou

<sup>9</sup> Ver Kennedy, 1976, *supra* nota 4; Singer, 1988, *supra*, nota 1, nas páginas 475-95.

<sup>10</sup> Ver Kennedy, 1976, *supra* nota 4, nas páginas 1728-31.

distorcesse os resultados ditados pelas regras apropriadas, teria falhado no seu papel de criada.

Essa tentativa de deduzir uma teoria do processo das premissas do pensamento jurídico clássico pode fazer com que os estudiosos jurídicos clássicos soem ingênuos. Podem eles realmente terem pensado que as pessoas que procuram utilizar o direito não seriam afetados pelo seu contato com ele? Podem eles ter imaginado que o processo não tinha impacto no resultado substantivo dos casos? O autor duvida que eles eram tão ingênuos. Mas esse não é o ponto. A questão não é como eles avaliaram as reais instituições jurídicas em sua época, mas se consideraram a transparência um objetivo desejável e factível. O autor, apesar de não ter condições de provar isso, pensa que eles realmente o fizeram. Certamente, por um longo período na história, a elite jurídica acreditou na clássica ideia do direito<sup>11</sup> e a noção de transparência é simplesmente uma dedução das premissas dessa ideia. Na medida em que os teóricos do pensamento jurídico clássico pensaram sobre o processo em geral, devem, portanto, ter imaginado que o que tem sido chamado de transparência era um objetivo viável mesmo que não fosse uma realidade presente.

### **3 Realismo Jurídico e as origens das pesquisas empíricas no processo civil**

O Realismo Jurídico introduziu uma nova era no pensamento jurídico. Os Realistas alteraram alguns aspectos da narrativa clássica do direito, enquanto mantiveram outros.<sup>12</sup> Eles rejeitaram o quadro clássico do conhecimento jurídico como objetivo e determinante, ao mesmo tempo que mantiveram a noção clássica de autonomia do sujeito. Essa mudança nas teorias sobre o direito teve um impacto direto no pensamento processual. A ideia de transparência processual, baseada nas premissas relativas à determinação do conhecimento jurídico, deixou de fazer sentido. No seu lugar veio o reconhecimento categórico que o processo e a substância estavam indissociavelmente imbricadas.

11 Ver Kennedy, 1980, *supra* nota 1, nas páginas 4-5; Singer, 1988, *supra* nota 1, nas páginas 478-82.

12 Ver Singer, 1988, *supra* nota 1, nas páginas 482-95.

Um dos resultados do pensamento Realista sobre o processo civil foi o desenvolvimento de pesquisas empíricas sobre litigância civil e processo. Como é de conhecimento, os Realistas, liderados por Charles E. Clark, iniciaram a tradição de estudos empíricos do judiciário, dos litigantes e advogados e conduziu os primários estudos científicos sociais sobre o processo.<sup>13</sup> A era Realista deu origem a uma ideia de pesquisa empírica como um auxiliar às reformas do processo: uma criada da criada, tal como era. Essa tradição foi levada adiante pelo movimento *Law and Society* nos anos 1960.<sup>14</sup> A atual sociologia crítica do processo dá continuidade e ao mesmo tempo procura remodelar essa tradição.

O interesse dos Realistas em pesquisas empíricas não estava limitado ao processo civil; pesquisas empíricas eram centrais para o programa Realista por razões que transcendem o seu papel no processo.<sup>15</sup> Além disso, as mudanças no pensamento sobre o processo civil que os Realistas iniciaram não necessariamente apontavam, por si mesmas, para pesquisas empíricas mais do que o pensamento clássico teria excluído a empiria. Entretanto, as visões dos Realistas sobre o direito, que questionavam a determinação dos direitos e enfatizavam a inseparabilidade do processo e da substância,<sup>16</sup> fizeram com que a pesquisa empírica parecesse mais importante do que teria parecido aos teóricos clássicos. E essas visões ajudaram a modelar a agenda dos estudos empíricos que emergiu após o Realismo.

#### **3.1 A indeterminação dos sujeitos**

O pensamento jurídico clássico presumia que os direitos eram cognoscíveis. Os teóricos clássicos pensavam a doutrina jurídica como inequívoca; eles presumiam que havia um método determinado que poderia ser empregado para identificar a regra correta para qualquer conjunto de fatos dados. Além do mais,

13 Para uma discussão completa sobre os estudos iniciais inspirado nos Realistas e o papel de Clark, ver Schiegel, 1979.

14 A pesquisa empírica em litigância por estudiosos da *Law and Society* é volumosa. Para uma visão geral e bibliografia útil do trabalho até 1980-81, ver o "Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation", publicado na revista *Law & Society Review*, volume 391 de 1980-81.

15 Para uma análise mais completa, ver Trubek & Esser, 1989.

16 Ver *infra* notas 16-23 e texto anexo.

os fatos eram pensados como objetivos e questões de fato e de direito eram consideradas distintas. Assim, o processo cumpriria sua função e seria completamente transparente enquanto levasse ao descobrimento dos fatos verdadeiros e aplicação das regras corretas.

O pensamento Realista fez o processo parecer mais importante e ainda mais problemático do que parecia no entendimento clássico. Os Realistas argumentaram que a doutrina jurídica contém respostas alternativas e não raro conflitantes para questões jurídicas, de modo que frequentemente não há uma única resposta certa.<sup>17</sup> Eles acreditavam que formulações verbais de regras jurídicas e conceitos não poderiam nunca serem precisas e fixas o suficiente a ponto de necessariamente gerar respostas claras para novas questões.<sup>18</sup> Realistas viram que não havia uma linha clara entre fato e direito, e que a escolha da regra jurídica apropriada somente deveria ser feita depois de uma completa análise da situação fática em disputa.<sup>19</sup> Finalmente, eles reconheceram que o processo de adjudicação frequentemente, se não sempre, envolve análises contextuais e conjunturais nas quais as questões de política pública devem ser consideradas à luz dos fatos particulares de disputas específicas.<sup>20</sup>

3.2 Efeitos no pensamento sobre o processo Revisões do entendimento clássico tiveram um impacto sutil no pensamento relativo à natureza e à importância do processo. Para os Realistas, o processo parecia ainda mais importante do que parecia para os teóricos clássicos, porque era indissociável da substância. O Realismo deixou claro que a adjudicação envolvia fazer o direito (*lawmaking*), mesmo que isso fosse visto como intersticial. Devido à visão dos Realistas sobre a

indeterminação dos direitos e à natureza contextual do julgamento jurídico, esse tipo de processo micro de produção do direito (*micro-lawmaking*) parece ser desejável e não anômalo ou impróprio.

Nesse contexto, a transparência não poderia ser mais o único objetivo do processo. Se cada ação judicial é um micro processo de criação do direito no qual as regras eram definidas e redefinidas à luz de um rico entendimento do contexto social, se os conceitos do fato e do direito não eram categorias objetivas, mas sim definidas uma em relação à outra, e se em cada situação há múltiplas e possíveis regras conflitantes que o tribunal pode se basear, então a linha clara entre substância e processo que o pensamento clássico traçou deveria ser reconsiderada. Uma vez que isso foi feito, o processo começou a parecer tanto mais importante quanto mais complexo do que parecia no pensamento clássico. Não era mais somente uma questão de ajustar a maquinaria para chegar aos fatos verdadeiros e às regras corretas, dado que estas não existiam, ao menos no sentido clássico.

Essa mudança no pensamento teve várias ramificações. Para os objetivos presentes, a mais importante foi enfatizar a utilidade da pesquisa empírica na operação das cortes. O pensamento Pós-Realista sobre o processo civil ressaltou a importância que as diferenças em arranjos procedimentais poderiam ter em resultados substantivos. Desde que se aceitou que várias respostas doutrinárias estavam disponíveis e que diferentes descrições “fatuais” eram plausíveis, a ciência jurídica Pós-Realista não poderia oferecer a única solução correta contra a qual resultados reais poderiam ser medidos. Nesse contexto, a atenção virou-se para questões do processo e da participação. Em vez de se medir o processo verificando-se se produziu o resultado “correto”, o pensamento Pós-Realista tende a avaliar o processo em termos de oportunidades que ele criou para a participação completa dos interesses afetados. A pesquisa empírica pareceu ser uma ferramenta útil, se não indispensável para essa tarefa. Assim, não é surpresa que estudos do processo e de participação floresceram na pesquisa em Direito e Sociedade que começou no período Pós-Realista.<sup>21</sup>

21 A ênfase no processo era aparente na proliferação de estudo sobre o acesso à justiça, um tema fundamental na pesquisa da *Law*

17 Ver e.g. Llewellyn, 1931.

18 Ver e.g. Cohen, 1935.

19 Ver amplamente a Nota de Harvard: Note, *Plausible Pleadings: Developing Standards for Rule 11 Sanctions*, *Harvard Law Review*, 100, 630, 645-47 (1987).

20 A nota de Harvard descreve isso muito bem: “[Os Realistas] acreditavam que as regras legais cresciam das circunstâncias factuais dos casos aos quais eram aplicadas (...) De acordo com os [R]ealistas, os juízes criam novas regras de direito toda vez que eles decidem casos (...) [U]ma vez que o direito é entendido como logicamente indeterminado, a autoridade institucional dos juízes desempenha um papel muito importante na doutrina da decisão judicial (*doctrinal decision making*) (...) [J]uízes não meramente percebem o direito, eles o criam.” Id., nas páginas 646-647.



Sem dúvida, o estudo clássico nesse gênero foi o amplamente citado artigo “*Why the ‘Haves’ Come Out Ahead*”.<sup>22</sup> Enquanto que o de certa forma polêmico título do artigo pode sugerir que Galanter estava conduzindo uma análise baseada em classes de tendências substanciais na litigância civil, o estudo de fato é focado na justiça do processo adjudicativo e quase-adjudicativo. Além disso, enquanto Galanter identificou elementos estruturais na prática de litigância e procedimentos que tendiam a favorecer litigantes organizacionais sobre litigantes individuais,<sup>23</sup> ele pensou que essas barreiras para um processo justo poderiam ser superadas com ajustes no processo civil e por meio da oferta de certos tipos de advocacia subsidiada.<sup>24</sup>

Desta forma, é possível argumentar que o Realismo Jurídico impulsionou uma sociologia do processo civil. Mais do que isso, também pode-se descrever essa sociologia como uma prática crítica, de certo modo. Afinal de contas, era pelo fato de o processo ter se tornado mais saliente e problemático que a pesquisa empírica das operações do processo e seus efeitos parecia tão importante para os estudiosos Pós-Realistas. Contudo, o objetivo dessa prática crítica era muito limitado, ao menos à luz dos desenvolvimentos recentes. Primeiro, muito do trabalho tomou os objetivos e aspirações do sistema procedimental por seu valor de face. Estudiosos reconheceram que as coisas podem não funcionar na prática como esperado, mas aceitaram a visão de que o sistema estava comprometido com seus pretensos objetivos.<sup>25</sup> Por exemplo, Galanter nunca de fato questionou que, uma vez que foi demonstrado que os que têm (os “*haves*”) de fato saíam na frente, alguém poderia querer fazer alguma coisa com relação a isso.<sup>26</sup> Do mesmo modo, o estudo

de Wayne Brazil sobre o “*discovery abuse*”, uma das mais veementes críticas empíricas do modo de operação do processo civil produzido nos anos recentes, parece supor que, se podemos demonstrar que a “*discovery*” está sendo utilizada para objetivos inconsistentes com seus objetivos alegados, reformas virão em seguida.<sup>27</sup>

A segunda característica limitante da sociologia do processo civil Pós-Realista era a tendência de se aceitar a ideia clássica do sujeito autônomo. Embora os estudiosos da *Law and Society* tenham incorporado todas as críticas dos Realistas sobre o pensamento clássico, essa característica da velha tradição não foi totalmente questionada. Poucos estudos de fato começaram a explorar como advogados manipulavam clientes,<sup>28</sup> mas de longe era levado em consideração que os sujeitos vêm para o processo com objetivos completamente constituídos sem contaminação pelo contato com instituições jurídicas ou a ideologia jurídica.

#### 4 Mudanças Teóricas – Questionando o sujeito

A teoria social e jurídica contemporânea suscitou questões sobre a ideia liberal do indivíduo e do papel do direito no auto empoderamento e, assim, questionou aspectos fundamentais do entendimento Pós-Realista do processo civil que é fundada em tais noções liberais. Esses desenvolvimentos teóricos influenciaram a sociologia crítica do direito, levando estudiosos a fazerem novos questionamentos e articularem novos temas. Duas ideias principais foram centrais nesse processo: a constituição discursiva da subjetividade e a natureza contextual do indivíduo.

O termo “constituição discursiva da subjetividade” se refere à ideia de que o indivíduo não é uma entidade natural independente de relações sociais, mas sim é criado por meio de práticas sociais, ou discursos. Onde o liberalismo clássico situa um indivíduo natural, muitas vertentes no pensamento pós-liberal enfatizam a natureza criada socialmente de nossa subjetividade. Alguns que adotam essa ideia chegam

*and Society*. Ver, e.g., M. Cappelletti (ed.), 1981. Ver também: Cappelletti & Garth, 1978.

22 Galanter, 1974.

23 *Id.* nas páginas 119-24.

24 *Id.* nas páginas 135-44.

25 Para uma formulação desta visão, ver Silvey & Sarat, 1987; Silvey & Sarat, 1988. Ver também: Trubek & Esser, 1989, *supra* nota 14, nas páginas 14-19.

26 Ver Galanter, *supra* nota 21, nas páginas 135-144. Os trabalhos da *Law and Society* Pós-Realista mostram uma fé implícita na viabilidade e precisão do legalismo liberal. Em outras palavras, os valores inerentes do sistema nunca foram questionados; a justiça era vista como um conceito determinado com significados fixos ao invés de uma simbólica construção que poderia ser usada por vários grupos tanto para avançar programas ideológicos, quanto

para ignorar completamente exigências de mudança social.

27 Ver: Brazil, 1978.

28 Ver, e.g., Blumberg, 1967, 15-39. Macaulay, 1979.



ao ponto de negar a existência de qualquer coisa que alguém poderia chamar de indivíduo (*self*). Esta é a posição usualmente associada com o filósofo francês Michel Foucault.<sup>29</sup> Foucault vê o indivíduo como nada mais do que o resultado do “poder disciplinar”.<sup>30</sup> Para Foucault, não há um eu, mas apenas indivíduos que são simplesmente o produto de várias práticas disciplinares e de discursos.<sup>31</sup>

Temas foucaultianos aparecem na sociologia crítica do processo. Mas a noção de constituição discursiva da subjetividade não é necessariamente limitada à imagem sombria de Foucault do desaparecimento do sujeito. Também é associada com uma outra ideia que pode ser chamada de indivíduo contextual. Alguns teóricos sociais que rejeitam as premissas liberais sobre o sujeito suscitam uma descrição alternativa do sujeito, uma que destaca a importância das relações e dos contextos sociais mais do que o isolamento e autonomia. Autores que postulam o indivíduo contextual criticam a noção liberal dos direitos e com isso a efetivação dos direitos como inconsistente com o auto-empoderamento genuíno.<sup>32</sup>

A ideia de um indivíduo contextual tem muitas raízes e aparece hoje em muitas versões, mas um particular exemplo poderoso e relevante dessa noção aparece nos recentes trabalhos de Roberto Mangabeira Unger. Em um curto volume chamado “*Passion*”<sup>33</sup> e em um extenso tratado intitulado “*Politics*”,<sup>34</sup> Unger tem desenvolvido um conceito de indivíduo contextual e uma teoria social que objetiva criar as condições para

o empoderamento de tal sujeito. Para Unger, o indivíduo é uma fonte de infinitas possibilidades, mas essas possibilidades somente podem ser realizadas dentro de contextos – isto é, em relações pessoais e políticas.<sup>35</sup> Para empoderar o indivíduo contextual, é essencial criar condições de confiança, solidariedade e “plasticidade”, ou “revisibilidade institucional”<sup>36</sup>. Porque o liberalismo falha em captar a natureza contextual da individualidade autêntica, Unger argumenta, ele sublinha os valores negativos da liberdade do constrangimento social enquanto dá menos importância à construção de instituições que fomentem a confiança, a solidariedade e a plasticidade.<sup>37</sup>

Os temas da constituição discursiva da subjetividade e a natureza contextual do indivíduo tem afetado os estudos jurídicos nos últimos anos. Eles podem ser vistos, por exemplo, na bastante debatida (e frequentemente mal compreendida) “crítica dos direitos” do movimento *Critical Legal Studies*.<sup>38</sup> Autores que trabalham nessa tradição têm argumentado que o discurso dos direitos presume que indivíduos tem acesso completo e autônomo a um entendimento de seus interesses naturais, dessa maneira ignorando o modo pelo qual práticas sociais e ideologias constroem esses mesmos entendimentos.<sup>39</sup> Além do mais, a crítica dos direitos presta atenção à natureza relacional e contextual da individualidade, criticando práticas jurídicas que individualizam o conflito e isolam disputas dos contextos sociais e relações nas quais elas estão enraizadas.<sup>40</sup>

Aqueles que aceitam a natureza discursiva da subjetividade e a natureza relacional do indivíduo devem questionar aqueles aspectos da narrativa clássica do processo civil que não foram tocados pelas críticas dos Realistas. Eles são forçados a reconhecer que o sistema jurídico, amplamente concebido, pode contribuir para a constituição do sujeito, ao invés de simplesmente promover (ou frustrar) os fins de um

29 Ver amplamente: M. Foucault, 1977; M. Foucault, 1978; M. Foucault, 1980. Um elemento essencial no trabalho de Foucault é a relação entre poder e conhecimento, que é importante para redefinir o indivíduo como um sujeito obediente. Como o corpo se torna um alvo para novos e redefinidos mecanismos de poder, é ofertado a novas formas de conhecimento. O indivíduo pode ser conhecido, descrito, comparado à norma, e então controlado. O discurso jurídico é apenas um discurso entre outros que são parte desse processo de normalização.

30 M. Foucault, 1980, *supra* nota 28, nas páginas 156, 170.

31 Este argumento é desenvolvido com mais vigor em M. Foucault, 1980, *supra* nota 28. Ver também. H. Dreyfus & P. Rabinow, 1983.

32 Ver amplamente Gabel, 1984. Para uma perspectiva similar que critica as fundações Kantianas do liberalismo e dos limites teóricos de uma definição liberal do indivíduo, ver M. Sandel, *supra* nota 6, nas páginas 14, 50-65, 175-83.

33 R. Unger, 1984.

34 R. Unger, 1987b.

35 Ver R. Unger, 1984, *supra* nota 32, nas páginas 5-22.

36 Ver R. Unger, 1987a; R. Unger, 1987b. Ver também R. Unger, 1986.

37 Para um resumo da visão de Unger, ver: Trubek, 1989.

38 Ver, de um modo geral, Gabel, 1984, *supra* nota 31; Tushnet, 1984. Para críticas da crítica dos direitos, ver *Minority Critiques of the Critical Legal Studies Movement*, 1987.

39 Ver Gabel, 1984, *supra*, nota 31; Villmoare, 1985.

40 Ver Gabel, 1984, *supra* nota 31; Tushnet, 1984, *supra* nota 37.

indivíduo pré-constituído e autônomo. Ao mesmo tempo, eles devem confrontar o fato de que o sistema jurídico, como atualmente concebido, pode negar a natureza relacional ou contextual do indivíduo, frustrando, deste modo, a realização da individualidade autêntica. Essas ideias amplas reforçam a tradição acadêmica aqui chamada de sociologia crítica do processo civil. Elas têm gerado uma série de novos temas. A próxima parte desse artigo enuncia esses temas.

## 5 Temas emergentes na sociologia crítica do processo

Afetados por esses desenvolvimentos da teoria social, os sociólogos do direito têm articulado uma série de críticas à litigância, ao processo e à pesquisa social em si mesma. Elas são: (1) a negação do indivíduo autêntico; (2) a construção jurídica da realidade social; (3) a vitimização da vítima por meio do direito; (4) a alternativa comunitária e a crítica da adjudicação; (5) a crítica da ADR e dos discursos de necessidade; e (6) a discursividade do conhecimento social.

### 5.1 Negação do indivíduo autêntico

Como discutido anteriormente, o pensamento Pós-Realista aceita a noção clássica que o objetivo do direito civil substancial é empoderar o sujeito. Como a criada para o direito substantivo, o processo compartilha esse objetivo.<sup>41</sup> O primeiro tema na nova literatura é o questionamento desta noção.

Este tema emerge com clareza nos recentes escritos sobre as relações entre advogado-cliente. A sociologia do direito tem por muito tempo se preocupado com este tópico. Ela reconheceu que há conflitos potenciais entre os interesses dos advogados e dos clientes. Mas a literatura tendeu a focar nos meios pelos quais esse conflito pode ser reduzido ou eliminado ao se empoderar o cliente de forma que o advogado irá realizar objetivos do cliente.<sup>42</sup> A nova literatura explora um aspecto profundo e mais preocupante da relação advogado-cliente: o modo pelo qual os advogados criam fins de forma que os clientes terminam almejando – ou ao menos aceitando – o

que o sistema está preparado para entregar.<sup>43</sup>

Certamente, a noção de que advogados manipulam clientes para que eles aceitem as ideias dos advogados como desejáveis ou factíveis não é realmente nova. Na tradição da *Law and Society*, este tema remonta, pelo menos, ao estudo clássico de Abraham Blumberg do modo pelo qual defensores públicos “esfriam” réus criminais.<sup>44</sup> Este tema também aparece no estudo de 1979 de Stewart Macaulay sobre advogados e proteção consumerista, que mostra como as próprias visões políticas e sociais dos advogados e seus interesses econômicos os levaram a redefinir queixas trazidas a eles por seus clientes consumidores.<sup>45</sup> Mas essa ideia tem sido reapresentada em tons mais sóbrios.

Talvez a melhor expressão desse tema na nova literatura pode ser encontrada no estudo de Sarat e Felstiner sobre advogados de divórcio e seus clientes.<sup>46</sup> Baseada em observações da interação advogado cliente e entrevistas aprofundadas, este estudo demonstra as complexas e sutis maneiras com que um advogado de divórcio convence um cliente a deixar de lado sentimentos profundamente emotivos e desejos de uma reivindicação moral para que o cliente possa aceitar a resolução que o advogado acredita que é factível.<sup>47</sup> O estudo foca em detalhes nas práticas linguísticas empregadas pelos advogados para reconstruir a subjetividade do cliente.<sup>48</sup>

O estudo de Sarat e Felstiner ilustra o tema de que a litigância pode constituir uma negação de uma subjetividade autêntica, mas talvez essa afirmação simplifique demais o complexo argumento encontrado nessa rica descrição etnográfica. Os autores na realidade descrevem o processo de “construção jurídica do cliente”, no qual elementos da subjetividade do cliente são divididas entre um “indivíduo emocional” e um “indivíduo jurídico”<sup>49</sup>. Eles não invocam expressamente noções de autenticidade ou negação, ainda

43 Ver Sarat & Felstiner, 1986.

44 Blumberg, 1967, *supra* nota 27, na página 28.

45 Macaulay, 1979, *supra* nota 27, nas páginas 120-43, 151-66.

46 Sarat & Felstner, 1986, *supra* nota 42.

47 *Id.*

48 *Id.* nas páginas 94-96.

49 *Id.* nas páginas 96, 116-25.

41 Ver *supra* notas 20-27 e texto que as acompanha.

42 E.g. D. Rosenthal, 1977.

que seu artigo note que o advogado “expressa a indiferença do direito em relação àquelas partes do indivíduo que podem ser as mais salientes no momento do divórcio”.<sup>50</sup>

## 5.2 O direito e a Construção da Realidade Social

Nos estudos das relações diretas ente advogados e clientes, a nova sociologia do direito revela uma preocupação com os modos pelos quais o contato com o processo jurídico molda o indivíduo (*self*), mais do que realizar os fins de uma subjetividade preexistente.<sup>51</sup> A ideia que o discurso jurídico constitui indivíduos pode também ser vista em estudos que demonstram que as percepções individuais do direito e de seus próprios interesses não antecedem o contato com o sistema jurídico, mas são construídas por meio desses contatos. Esta ideia aparece em uma forma ainda mais ampla em afirmações de que todas as relações sociais, mesmo aquelas não afetadas diretamente pelo contato com o sistema jurídico, são moldadas ou constituídas pelo discurso jurídico ou pela ideologia.<sup>52</sup>

O tema da construção jurídica da realidade social surgiu primeiro na literatura de transformação de disputas (*disputes transformation*). Esta literatura trata do meio pelo qual as disputas são definidas e modificadas à medida que percorrem suas trajetórias. Dois conceitos surgiram dessa literatura que influenciaram trabalhos posteriores: a ideia de “refraseamento”,<sup>53</sup> (*rephrasing*) de Mather e Yngvesson, e a análise feita por Felstiner, Abel e Sarat de “nomeando, culpando e reivindicando” (*naming, blaming, claiming*).<sup>54</sup> Estudiosos reconheceram que o processo pelo qual uma disputa surge envolve três estágios problemáticos: nomeando uma queixa, culpando um determinado ator pelo prejuízo e reivindicando algum remédio.<sup>55</sup> Cada um desses estágios é construído socialmente; não há ideias inatas que podem ser empregadas para negociar desde a percepção do prejuízo a uma cer-

ta reivindicação.<sup>56</sup> Ideias predominantes no discurso jurídico moldarão como indivíduos reagem a várias possibilidades e os contatos institucionais canalizarão os comportamentos individuais.<sup>57</sup> Além disso, em cada estágio do processo a disputa será refraseada – reformulada em um discurso institucional que pode ser muito diferente da compreensão inicial dos participantes da disputa.<sup>58</sup>

O reconhecimento de uma natureza socialmente construída do processo de transformação de disputas levou estudiosos a dar atenção aos micro encontros nos quais o sentido de uma disputa é negociado. Estudos descrevem como ideologias sobre o que é o direito e o que ele faz são utilizadas por advogados e funcionários da justiça para dissuadir clientes e partes de certas escolhas e para aliviar o sofrimento causado por expectativas reduzidas e esperanças frustradas. Estudos de Merry e de Yngvesson sobre funcionários da justiça de primeira instância, por exemplo, mostram como tais oficiais justapõem ideologias oficiais sobre o direito como um sistema de proteção de direitos com noções das “ruas” do direito (“*street notions of law*”) como uma arena na qual a personalidade e o poder desempenham um papel dominante.<sup>59</sup> Os estudos de Sarat e Felstiner sobre a relação entre advogados e clientes mostram uma abordagem similar. Em sua análise sobre os modos pelos quais advogados de divórcio procuram diminuir a expectativas de seus clientes sobre como eles podem obter por meio do direito, os advogados se valem de uma imagem cínica de como o direito é manipulável, frio e arbitrário.<sup>60</sup>

56 *Id.* nas páginas 637-39.

57 *Id.* nas páginas 639-49.

58 *Id.* nas páginas 637-39, 651; Mather & Yngvesson, 1980-81, *supra* nota 52, nas páginas 818-21.

59 Merry, 1985.

60 Sarat & Felstiner, 1986, *supra* nota 42, nas páginas 99-116. “[A] descrição do advogado de como juizes lidam com ordem judiciais sugerem um alto nível de desatenção e de práticas rotineiras. Juizes assinam ordens sem lê-las para satisfazer ‘pessoas que realmente precisam dessas coisas’. Enquanto se diz que o juiz ignora a substância da ordem, ele presta atenção ao advogado ou escritório de advocacia que requer isso. O processo legal é apresentado, deste modo, como resposta mais à reputação do que de mérito substantivo. Portanto, o cliente é introduzido a um sistema que é apressado, rotineiro, personalíssimo e propenso a acidentes” *Id.* na página 100.

50 *Id.* na página 132.

51 Ver *supra* notas 42-49 e texto que as acompanha.

52 Trubek & Esser, 1989, *supra* nota 14, nas páginas 20-34.

53 Mather & Yngvesson, 1980-81.

54 Felstiner, Abel & Sarat, 1980-81.

55 *Id.*

Os recentes trabalhos sobre a transformação das disputas lidam diretamente com a litigância e mostram como contatos diretos com o advogado e com o sistema jurídico transformam ou criam o que os indivíduos procuram e esperam do sistema de justiça civil.<sup>61</sup> Mas o tema da construção jurídica da realidade social vai além de observações do impacto de contatos reais com advogados e tribunais na subjetividade. Tal tema é ampliado de formas nas quais o discurso jurídico penetra na vida cotidiana, afetando a definição mesma de relacionamentos e de conflitos.

Desta forma, práticas e ideias associadas ao direito e às instituições jurídicas podem ser vistas como estruturas de sentido que irradiam durante a vida social e servem como parte do material de que as pessoas se utilizam para negociar seus entendimentos dos eventos e relacionamentos cotidianos.<sup>62</sup> As estruturas do significado incrustadas no discurso jurídico incluem noções muito básicas de quais tipos de relacionamentos são possíveis e desejáveis. Por exemplo, noções legais de posse e propriedade formam parte do material utilizado para explicar porque algumas pessoas – aquelas que têm ou gerenciam indústrias, escolas e outras organizações – têm poder legítimo sobre outros.<sup>63</sup> Noções jurídicas de como pessoas em relações íntimas devem lidar umas com as outras afetam como as pessoas definem o que elas entendem por uma família. O discurso jurídico inclui métodos sutis de valorar certos tipos de comportamento, como esforços instrumentais para bens materiais e de desvalorizar outros.

Quando estudiosos dizem que os discursos jurídicos constituem a vida social, eles não necessariamente querem dizer que o direito é um corpo rígido de noções intimamente ligadas e valoradas que são transmitidas a partir de elevadas produções ideológicas de pensamento jurídico de alguma maneira misteriosa aos pensamentos e sentimentos de todos. Na realidade, alguns estudiosos que escrevem sobre o modo no qual a ideologia jurídica molda a percepção social e direciona o comportamento social falam como se houvesse uma ideologia jurídica relativamente coesa

61 Ver e.g., *id* nas páginas 107-08.

62 Gordon, 1982.

63 Fischl, 1986.

e amplamente difundida,<sup>64</sup> mas outros veem o processo como extremamente frouxo e maleável.<sup>65</sup>

O posicionamento que um estudioso adota com relação à questão da maleabilidade pode depender das origens sócio teóricas da noção de construção social que um determinado estudioso adota. O tema da construção legal do cotidiano se vale de vários corpos da teoria social, incluindo antropologia crítica, estruturalismo neomarxista, Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*) e teoria literária pós estruturalista. Todas essas teorias sociais veem o direito como um dos vários discursos de poder ou estruturas ideológicas que reforçam relações de poder e condições de hierarquia. Elas diferem, contudo, em suas visões de como o discurso estrutura as relações. Para alguns na ponta do espectro pós estruturalista, o processo é altamente difuso e *ad hoc*; atores utilizam fragmentos e pedaços de vários discursos enquanto negociam relações cotidianas.<sup>66</sup> Na outra ponta do espectro, as narrativas estruturais neomarxistas veem a ideologia como firmemente enraizada em estruturas de poder bem organizadas e transmitidas por meio de séries de práticas mutuamente reforçadas e hegemônicas.<sup>67</sup>

A ideia que o entendimento cotidiano incorpora visões produzidas e reproduzidas pelos discursos sobre o direito é inspirada em vertentes díspares da teoria social contemporânea que retratam a ideologia jurídica de forma diferente. Não obstante, todas essas teorias enxergam o direito como um de vários discursos ou ideologias que reforçam relações de poder e condições de hierarquia. Onde a visão liberal vê o direito como um escudo para a autonomia e como um instrumento de realização de projetos autênticos, essas teorias sociais críticas enxergam ideias jurídicas e instituições como parte de um processo complexo por meio do qual o indivíduo é realmente constituído pelas relações sociais e discursos. De uma forma ou de outra, todas defendem que essa construção social do indivíduo por meio da ideologia e linguagem suprime o completo potencial do indivíduo.<sup>68</sup>

64 Ver Hunt, 1985. Ver também: Trubek, 1984; Trubek & Esser, 1989, *supra*, nota 14, na página 27.

65 Ver Coombe, 1989.

66 Ver *id.* nas páginas 91-93.

67 Ver Hunt, 1985, *supra*, nota 63, nas páginas 13-19.

68 Ver, e.g., Gabel, 1984, *supra*, nota 31.

### 5.3 O direito e a Vitimização da Vítima

O terceiro tema na nova literatura é “a vitimização da vítima” pelo direito. Este termo vem de um recente estudo do direito antidiscriminação elaborado por Kristin Bumiller sob o título “*The Civil Rights Society*”<sup>69</sup>. Esse livro, que examina como vítimas de discriminação experimentaram o direito e seus contatos com a litigância, incorpora vários dos temas que emergem na sociologia crítica do processo. Bumiller explora conflitos entre o uso do direito e a realização do indivíduo (*self*),<sup>70</sup> mostra como o direito é utilizado no discurso do dia a dia para construir a identidade<sup>71</sup>, e reconhece que o modo pelo qual o conhecimento social é construído afeta a natureza da sociedade em que vivemos.<sup>72</sup>

O argumento central de Bumiller, entretanto, é que “o direito antidiscriminatório serve para reforçar a vitimização dos seus ‘beneficiários.’”<sup>73</sup> Ela reconhece que o direito pode falhar em responder às demandas do sujeito, como Sarat e Felstiner sugerem; ela também reconhece que o discurso jurídico desempenha um papel fundamental na construção de nossas identidades, assim como argumentam os autores da ideologia jurídica. Mas Bumiller vai além: Em sua crítica ao direito antidiscriminatório ela afirma que, na operação atual, esse corpo de direito e os processos com ele associados podem ter um efeito direto oposto aos alegados propósitos do direito. Se o direito antidiscriminatório vitimiza seus supostos beneficiários, não somente falha em prevenir a discriminação; mas também a perpetua.<sup>74</sup>

69 K. Bumiller, 1988.

70 *Id.* na página 109.

71 *Id.* na página 33.

72 *Id.* na página 32-38. Bumiller explicitamente procura um método da ciência social o qual releva a perspectiva da vítima e, assim o fazendo, cria a possibilidade de transformação social. Concluindo a parte metodológica do livro, ela diz: “Este trabalho é motivado pelo desejo de fazer a pesquisa em ciência social mais responsiva aos problemas de opressão social e de abatimento da realidade do dia a dia (...) Espero que a interpretação dessas realidades sociais possa criar uma visão libertadora de possibilidades alternativas”. *Id.* na página 38. Para uma visão completa deste tema, aqui chamado de discursividade do conhecimento social, ver *infra* notas 107-13 e textos que as acompanham.

73 K. Bumiller, 1988, *supra* nota 68, na página 39.

74 É útil notar a diferença entre a crítica de Bumiller de leis antidiscriminatórias e análises mais convencionais da falha de reformas legais feitas pelos estudiosos da *Law and Society*. Como Sarat apontou, um dos produtos básicos da pesquisa da *Law and Society*

Bumiller chega a essa conclusão radical por meio de um rico e complexo argumento que vai bem além de questões relacionadas ao processo, mesmo se este for definido de forma mais ampla. O estudo, contudo, contribui diretamente para o nosso entendimento das visões sociais que subjacentes ao pensamento processual. O estudo de Bumiller desafia algumas das premissas reinantes sobre litigância e processo. Ela possui uma crítica devastadora da psicologia implícita usada em muitas reflexões sobre o processo e ela coloca em questionamento premissas de Realistas e Pós-Realistas de que mecanismos processuais mais efetivos podem, ao melhorar o acesso à justiça, facilmente garantir que direitos serão efetivamente realizados.

O estudo de Bumiller começou com a observação de que pessoas que percebem a si próprias como discriminadas são muito menos frequentes que outras que percebem ameaças tanto para reclamar, quanto para procurar reparação jurídica.<sup>75</sup> Em sua pesquisa, ela buscou uma explicação para essas diferenças. Seu método era explorar a psicologia de vítimas de discriminação por meio de entrevistas profundas.<sup>76</sup> Essas entrevistas levaram Bumiller a desenvolver uma descrição da psicologia das pessoas afetadas pela discriminação que conflita diretamente com a psicologia implícita no pensamento predominante sobre o processo civil.

Como previamente sugerido, a tradição predominante parte da premissa de que sujeitos autônomos são instados a obter conhecimento de seus direitos e para buscá-los por meio da litigância, se necessá-

é o estudo de lacunas, que mede a lacuna entre os objetivos da política pública legal e dos resultados que a política pública produz. Sarat, 1985. Tais estudos reconhecem que as reformas legais podem falhar em atingir seus objetivos, tais como a eliminação de discriminação racial, mas eles não questionam o compromisso da ordem jurídica a esses objetivos. A análise de Bumiller da lei de antidiscriminatória, por outro lado, desafia esse compromisso. Ela explicitamente rejeita a abordagem do estudo de lacunas para o estudo de leis de direitos civis. K Bumiller, 1988, *supra* nota 68, nas páginas 25-26. Ao contrário, ela enfatiza as maneiras positivas em que a existência de leis antidiscriminatórias enfatizam a vitimização. *Id.* nas páginas 2, 39. Ainda, ela sugere, legislações protetivas podem resultar que perpetuação de padrões de conduta que mantêm práticas discriminatórias. Ver *id.* nas páginas 110-11.

75 K. Bumiller, 1988, *supra* nota 68, nas páginas 26-30. Essas observações foram feitas a partir de uma pesquisa de abrangência nacional conduzida pela *Civil Litigation Research Project*. Para um relatório completo da pesquisa, ver Miller & Sarat, 1980-81.

76 K. Bumiller, 1988, *supra* nota 68, nas páginas 29-30.



rio. Nessa visão social, a litigância é um ato natural por meio do qual o indivíduo afirma sua vontade. Este relato individualista e baseado na vontade era central no pensamento clássico e não foi modificado significativamente pelos Realistas. O Realismo reconheceu que direitos podem ser incertos, e que pode haver barreiras econômicas e institucionais para a litigância, mas os Realistas não questionaram que pessoas podem ser motivadas a procurar direitos que foram estabelecidos pelo direito e por isso conhecidos publicamente.

Em sua análise das motivações das vítimas para usar ou não usar a lei de antidiscriminação, Bumiller argumenta que há fortes barreiras psicológicas que impedem que vítimas de discriminação percebam atos discriminatórios como violações de direitos cognoscíveis, assim como as impedem de buscar esses direitos mesmo percebendo a violação. Ela nota que para se tornar um denunciante em uma queixa antidiscriminatória, a pessoa deve afirmar que foi vitimizada.<sup>77</sup> Isso é, o verdadeiro ato de se utilizar do direito demanda que haja a admissão do rótulo de “vítima” de ações proibidas. Mas, ela sublinha, muito nas vidas das pessoas estudadas faz com que elas queiram evitar usar a “máscara de vítima”.<sup>78</sup> A classe de pessoas alegadamente protegidas pelas leis antidiscriminatórias é sujeita a ataques permanentes em sua identidade pelo racismo, sexismo, e outras formas de hostilidade.<sup>79</sup> Para lidar com essas ameaças, Bumiller postula, pessoas que estejam em determinada classe supostamente protegida desenvolvem o que ela se refere como uma “ética da sobrevivência”, que marca sua capacidade de lidar com situações injustas.<sup>80</sup> Reivindicar a vitimização publicamente, como o direito demanda, põe em risco o senso de controle que as pessoas nessas situações deduzem dessa ética.<sup>81</sup>

Bumiller não afirma que esta estratégia de sobrevivência é a única razão pela qual vítimas podem não ser capazes de ver as suas próprias situações como violações de direito. O outro lado do quadro é o seu medo do direito e do poder das organizações em face das quais elas teriam que reclamar seus direitos. O

direito parece estranho e incerto e seus oponentes fortes e informados. Para se utilizar do direito, elas devem apresentar a si mesmas como vítimas, com isso desistindo de uma identidade própria que as permitiu lidar com isso. Mas esse sacrifício não garantirá sucesso; ao contrário, elas frequentemente pensam que perderão em juízo mesmo se acreditarem profundamente que uma injustiça aconteceu. O medo dessas pessoas de perder o controle excede de longe suas esperanças de reivindicação por meio do direito. Assim, Bumiller conclui:

*Os resultados de minhas entrevistas mostram que pessoas que experimentaram tratamento discriminatório resistem ao engajamento em táticas jurídicas pelo motivo de que temem o poder do direito de perturbar suas vidas cotidianas. Ao mesmo tempo, elas são cínicas sobre o poder do direito de fato ajuda-las a manter seus direitos, sua moradia, e outras oportunidades que elas podem demandar. Elas temem que, se elas procurarem uma solução jurídica, elas não irão melhorar suas posições e perderão controle de uma situação hostil. Esses entrevistados também sentiram que procurar seus direitos não iria fazer com que expressassem seu senso de dignidade, pois iria força-las a justificar seus méritos contra um oponente mais poderoso.<sup>82</sup>*

Bumiller demonstra que o direito ameaça a dignidade e envolve o risco de se perder um senso de autonomia e controle, mas ela ainda relata um traço a mais de cinismo – a crença de que uma pessoa não apenas perderá sua individualidade autêntica se adentrar no sistema jurídico, como ainda não ganhará nada em retorno pois o direito não tem poder. Assim, Bumiller é crítica em relação ao modo pelo qual funciona toda a estrutura dos direitos civis. Ela argumenta que o sistema que força a vítima de discriminação a se tornar uma vítima do processo legal para remediar os males originais é um sistema que não pode dar certo. De fato, as vítimas que ela descreve em uma situação “Catch-22” clássica: elas somente podem restaurar a dignidade que perderam por meio da discriminação submetendo-se à indignidade do sistema jurídico. Porque é claro que apenas alguns poucos (ou alguns desaviados) o farão, ela sugere que o direito sempre falha em alcançar

77 *Id.* na página 99.

78 *Id.* nas páginas 62-64.

79 *Id.* na página 84.

80 *Id.* nas páginas 78-97.

81 *Id.* nas páginas 93-95.

82 *Id.* na página 109.



seus objetivos ostensivos.<sup>83</sup> Finalmente, a inutilidade prática da promessa coloca em dúvida a sinceridade da promessa em si. Se o sistema legal fosse realmente interessado em fazer cessar a discriminação racial, de idade e de gênero, teria forçado as vítimas a situações kafkianas que nos descrevem as histórias dos entrevistados de Bumiller? Aqueles que aceitam o argumento desse estudo não imaginarão que alguns dispositivos processuais servirão para curar falhas fundamentais para as quais ela apontou.

#### 5.4 A Alternativa Comunitária e a Crítica da Adjudicação

A literatura crítica discutida até agora lida principalmente com a construção discursiva dos sujeitos. Estudos sobre a interação entre advogados e clientes, a ideologia do direito no cotidiano e a vitimização da vítima desafiam a visão liberal do sujeito autônomo. Mas os estudiosos da *Law and Society* também têm contribuído no desenvolvimento de uma perspectiva mais comunitária da litigância. Ao fazê-lo, têm contribuído para o entendimento das implicações que a ideia de um indivíduo contextual (*contextual self*) pode ter para o processo civil.

Na realidade, esses esforços não se elevaram a uma verdadeira teoria comunitária de justiça e tampouco fizeram com que reformas jurídicas se espraiassem. Apesar disso, os estudiosos da *Law and Society* articularam algumas críticas à adjudicação que refletiam o descontentamento com as ideias liberais sobre a relação entre o direito e a sociedade e o trabalho deles de fato emprestou algum suporte a esforços radicais para se desenvolver novos métodos para se lidar com disputas.

Há dois termos na literatura da *Law and Society* que sugerem a presença de preocupações comunitárias: (1) preocupação com o impacto do processamento de disputas judiciais nas relações sociais; e (2) interesses em fontes comuns de ordens normativas.

Uma grande preocupação dos trabalhos da *Law and Society* sobre a litigância foi o medo de que a adjudicação é nociva às relações sociais de longo prazo.<sup>84</sup>

83 Ver *supra* notas 72-73 e textos que as acompanham.

84 Entre os fatores que geraram essas preocupações estão os achados de antropologistas do direito a respeito de modelos de disputas em sociedades não-ocidentais. Esses modelos, acreditava-se, diferenciavam-se da abordagem do processo civil em sociedades

Os estudos da *Law and Society* realçam uma série de características da adjudicação que poderiam tornar difícil às partes continuar as suas relações sociais se elas tiverem que ir ao judiciário para resolver disputas internas aos relacionamentos. Entre esses estavam: o aspecto do vencedor-leva-tudo das medidas civis de proteção, nas quais geralmente uma parte deve ganhar tudo, enquanto a outra parte perde tudo; a estrutura do sistema adversarial, que encoraja cada lado a levar seu caso até o fim; e o olhar retrospectivo que caracteriza a adjudicação, que se volta mais para resolver assuntos do passado do que para procurar maneiras de manter relações no futuro.<sup>85</sup> Por conta desses aspectos da adjudicação, as pessoas, em suas relações de longo prazo, que venham a ter disputas podem ter que escolher entre ir ao judiciário e sacrificar relacionamentos valiosos ou evitar as cortes e assim ter negado um fórum para expressar sua insatisfação.<sup>86</sup>

O segundo tema comunitário envolve o uso de normas extraídas de espaços comunitários para se resolver disputas. Críticos de instituições jurídicas formais entendem que a justiça seria melhor servida se as normas empregadas nas disputas judiciais fossem extraídas das comunidades nas quais as pessoas vivem suas vidas. Desse modo, comunidades seriam fortalecidas e as disputas seriam manejadas adequadamente.<sup>87</sup>

Um projeto institucional reflete ambas preocupações: o esforço de se desenvolver mediação baseada nas comunidades para muitas das disputas.<sup>88</sup> Esse movimento de curta duração procurou criar um outro tipo de justiça. Ao se utilizar de mediação ao invés de adjudicação, o projeto procurou encorajar a preservação de relações conturbadas. Ao recrutar mediadores da própria comunidade, procurou fortalecer instituições comuns em uma sociedade cada vez mais atomística.

ocidentais. Por exemplo, reportando-se na operação de uma corte em Zapoteca, México, Laura Nader notou que entre as características das disputas zapotecas estavam soluções de compromisso e considerações sobre a relevância das redes de relações sociais, características que não são normalmente associadas com modelos de adjudicação ocidentais. Nader, 1969.

85 Ver Silvey & Sarat, 1989. Ver, de modo geral, Yngvesson, 1985.

86 Silvey & Sarat, 1989, *supra* nota 84, na página 454.

87 Isso era um ideal implícito na literatura da antropologia do direito. Ver, e.g., Nader, 1969, *supra* nota 83. Ver também Galanter, 1981.

88 Para um relatório completo, ver Wahrhaftig, 1982.

A crítica da justiça formal e o interesse pela mediação comunitária refletem uma visão do sujeito e da sociedade bem diferente do individualismo liberal que ainda domina o pensamento *mainstream* sobre processo civil. Com efeito, essa visão alternativa nunca foi completamente desenvolvida. A preocupação da academia sobre os impactos da adjudicação nas relações sociais não levou a se repensar os ideais do individualismo jurídico. Os estudiosos da *Law and Society*, de modo geral, estavam satisfeitos em observar que as preocupações relacionais podem explicar alguns padrões de uso ou não uso do Judiciário, enquanto que os proponentes da mediação comunitária estavam preocupados com reformas locais em escalas pequenas, não promovendo transformação social. Além disso, até mesmo a mais modesta proposta de reforma que surgiu dessa era falhou em grande medida e o movimento da mediação comunitária foi engolido pelos movimentos de ADR institucionalizadas dentro do próprio judiciário.<sup>89</sup>

Não obstante, esses esforços modestos certamente apontam para longe do modelo individualista de justiça que ainda prevalece no pensamento *mainstream*, sugerindo o surgimento de dúvidas sobre as noções clássicas da individualidade autônoma. De fato, em uma discussão recente do movimento para criar alternativas à adjudicação, Robert A. Baruch Bush argumenta que, dentro deste movimento, pode-se descobrir uma “visão de comunidade ou relacional, na qual o maior bem é a conexão do próprio indivíduo com outros em relações interpessoais e comunitárias.”<sup>90</sup> Bush nota, entretanto, que essa visão é apenas uma de uma série de visões encontradas no movimento da ADR, e que até agora não foi adequadamente desenvolvida.<sup>91</sup>

## 5.5 A crítica da ADR e os discursos de necessidade

Os estudos da *Law and Society*, entretanto, não buscam desenvolver a visão comunitária latente na

89 Silvey & Sarat, 1989, *supra* nota 84, nas páginas 455-57. Nota do Tradutor: ADR se refere às Alternative Dispute Resolution.

90 Bush, 1989. Bush vê todo o movimento da ADR como uma potencial mudança em direção a uma visão relacional, mas receia que a visão comunitária pode ser oprimida por outras abordagens. *Id.* nas páginas 378-79.

91 *Id.* na página 379.

crítica da justiça formal. Por razões complexas, a ênfase na literatura recente tem se deslocado para uma crítica do próprio movimento da ADR. Esta é uma rica literatura, na qual várias questões são perseguidas.<sup>92</sup> Apenas uma é aqui mencionada: a crítica do uso de um discurso de ciência comportamental de necessidade como uma justificção para a ADR. Nos anos recentes, foi sugerido que as ciências comportamentais oferecem um recurso que pode ser utilizado para solucionar certos tipos de disputas, especialmente disputas conjugais, melhor do que seriam resolvidas por meio da adjudicação.<sup>93</sup> O argumento para o uso destas técnicas de ADR como mediação em divórcios tem encontrado fortes críticas na comunidade da *Law and Society*. Essa literatura levanta mais uma vez a questão da constituição discursiva da subjetividade.

Os discursos de necessidade, que estão sob ataque crítico, são baseados em uma redefinição do indivíduo e se opõem a noções liberais clássicas. Mas o indivíduo que emerge dessa ligação entre ADR e ciências comportamentais é tanto dependente quanto descontextualizado. Por esta razão, sociólogos críticos do direito têm desafiado as justificções da ciência comportamental da ADR.<sup>94</sup>

Aos olhos dos críticos, alguns proponentes da ADR querem redefinir o sujeito jurídico como uma fonte de necessidades, não um portador de direitos. Como Silbey e Sarat notaram, “[n]a mudança de [de direitos] para necessidades, ao sujeito jurídico é dada uma característica humana mais complicada e rica. Contudo essa característica permanece a alguma distância de si mesmo e, como resultado, apresenta uma noção incompleta de necessidades ‘reais.’”<sup>95</sup> O novo sujeito definido paradoxalmente é radicalmente dependente, ainda que extraído, do contexto social. De forma resumida, este sujeito não possui um idioma com o qual se lida com questões inegociáveis.

Esses críticos parecem estar procurando por uma visão contextual do indivíduo. Não obstante, diferentemente de alguns estudiosos mais anteriores da *Law*

92 Ver, e.g., Wahrhaftig, 1982, *supra* nota 87 (dois volumes).

93 Ver, de um modo geral, Milne & Folberg, 1988.

94 Silbey & Sarat, 1989, *supra* nota 84, nas páginas 470-96.

95 *Id.* na página 491.

and Society, eles veem a ADR em termos negativos. A revisão do indivíduo implícito na mudança para o discurso de necessidade, eles temem, pode ser pior do que a visão liberal que substitui. Essa crítica da ADR tem duas dimensões. A primeira desafia o modo pelo qual processos informais alteram as questões que o direito propõe. Então, é sugerido que a ADR tem mudado as fundações epistemológicas do direito. Como resultado, “[d]ebate sobre direitos não é de modo algum deslocado; é, entretanto, transformado e domesticado de certa forma, em face dos discursos de interesses e necessidades”.<sup>96</sup> A mudança de reivindicação de direitos para a satisfação de necessidades modifica o modo pelo qual os conflitos são resolvidos. Novos modos de expressar e realizar as necessidades são valorizados, e tudo se torna um problema de personalidade; como alterar, modificar e moldar o comportamento se tornam as questões chave.<sup>97</sup> Ao mesmo tempo, as necessidades se tornam reificadas e vem a refletir alguns componentes essenciais da natureza humana; elas assim incorporam alguma essência universal que todos podem reconhecer e compartilhar.<sup>98</sup> O problema com essa mudança epistemológica é que uma autoridade diferente e, em muitos casos, oculta, é criada para e por atores específicos no sistema legal, cujo trabalho é servir as necessidades. Uma nova e insidiosa forma de controle é representada nessa microfísica do poder.<sup>99</sup>

O segundo elemento de crítica foca mais nas transformações dos resultados associados com a mudança para a ADR. Enquanto que o primeiro elemento enfatiza as mudanças sutis de poder dentro do direito associadas ao discurso de necessidade, o segundo foca em quem ganha e quem perde nesses novos sistemas. O segundo elemento da crítica tem se centrado em mediações em divórcios, um dos mais significativos resultados do movimento de ADR.

Talvez a voz mais poderosa na crítica dos efeitos da ADR e dos discursos de necessidade é a acadêmica de direito de família Martha Fineman.<sup>100</sup> Fineman compartilha com os sociólogos críticos uma preocupação

sobre como o discurso comportamental terminou substituindo a análise de direitos, mas ela relaciona isso a uma série de preocupações bem concretas – o impacto dessas mudanças em mães divorciadas.<sup>101</sup> O argumento de Fineman em síntese é de que a retórica da ciência comportamental dos assistentes sociais veio a dominar a forma de tomada de decisão jurídica, construindo, desta forma, um enclave hegemônico no qual os assistentes sociais podem apresentar seus próprios interesses profissionais. O argumento sugere que, assim como Silbey e Sarat,<sup>102</sup> ela teme que a reconstrução do direito pelos discursos de necessidade possa permitir um mapa do comportamento ainda mais refinadamente controlado.<sup>103</sup> O que torna o argumento de Fineman particularmente convincente é que ela mostra como essa situação é de fato uma tragédia para várias mães divorciadas.

Uma vez que é atribuído um papel relativamente menor no processo de divórcio sob o sistema de faltas (*fault system*), assistentes sociais na era do divórcio sem falta (*no-fault divorce*) redefiniram o divórcio como uma crise emocional.<sup>104</sup> Vendendo a si mesmos como especialistas na administração das emoções e reconciliação terapêutica, eles têm efetivado mudanças dramáticas no processo de divórcio; em particular, eles têm sido atores fundamentais na redefinição dos modelos de custódia das crianças do “melhor interesse da criança” para a guarda compartilhada.<sup>105</sup> O divórcio, antes um evento potencialmente emancipatório para as mulheres, se torna uma condição de dependência continuada por causa da demanda de que relacionamentos se mantenham entre os divorciados. O poder de discursos dominantes de profissões auxiliares mantém o status jurídico indeterminado de mães e filhos ao enfatizar a necessidade de se manter a família junta, ao menos simbolicamente, se não concretamente.

A visão de Fineman da mediação em divórcio faz com que o momento utópico na ADR pareça distorcido. Em vez de lidar com a experiência concreta do indivíduo definido pelo contexto, a profissão dos assis-

96 *Id.* na página 497 (nota de rodapé omitida).

97 *Id.* nas páginas 490-96.

98 *Id.* nas páginas 492-94.

99 Ver M. Foucault, 1977, *supra* nota 28, na página 139.

100 Fineman, 1988.

101 *Id.* nas páginas 729-30.

102 Silbey & Sarat, 1989, *supra* nota 84, nas páginas 490-96.

103 Fineman, 1988, *supra* nota 99, nas páginas 733, 744-60.

104 *Id.*

105 *Id.* nas páginas 731-35, 740-44.

tentes sociais e o processo de mediação tem ajudado a criar uma série de ficções em que muitos querem acreditar: homens e mulheres têm interesses e habilidades parentais iguais; relacionamentos nunca devem terminar acrimoniosamente, podem ser sempre trabalhados; e homens e mulheres são iguais em termos econômicos e simbólicos.<sup>106</sup> Não obstante o resultado dessas ficções é de que o discurso “tem criado mais do que refletido a realidade”.<sup>107</sup> O que o artigo de Fineman indica é que a experiência de muitos indivíduos não é compatível com essas ficções. De fato, o legado da ADR é a circulação de certos tipos de discurso que engrandecem o compartilhamento, o cuidado e relacionamentos continuados embutidos em uma estrutura familiar continuada, ao mesmo tempo em que ignora efetivamente o indivíduo contextualizado. Em nome da contextualização, este discurso cria uma subjetividade ilusória que pode então ser controlada pelo discurso da necessidade.

## 5.6 A discursividade do conhecimento social

O tema final que se pode detectar no trabalho de vários acadêmicos que estão produzindo a nova literatura em disputas civis, litigância e processo não lida com o direito, mas com o próprio conhecimento social. Representa um repensar a natureza e o objetivo da pesquisa empírica. Esse repensar não é limitado às disputas e à área da litigância, eis que afeta o todo toda da pesquisa em ciências sociais no e sobre o direito. Muitos dos acadêmicos que tem escrito extensivamente sobre litigância, relações entre cliente e advogado, ADR, e outros temas delineados acima<sup>108</sup> tem ao mesmo tempo se engajado em uma crítica epistemológica mais ampla. Como resultado, seu trabalho na sociologia do processo civil manifesta uma atitude diferente em direção ao processo de pesquisa do que aquele refletido na maioria dos trabalhos da *Law and Society* pós-realista.

### O temo “discursividade do conhecimento social” re-

106 *Id.* nas páginas 731-35, 740-44.

107 *Id.* na página 761.

108 Notório entre esses estão Kristin Bumiller, Austin Sarat e Susan Silbey. Para uma discussão das visões de Bumiller sobre o conhecimento social, ver *supra* nota 71. Sarat e Silbey tem escrito extensivamente sobre essas questões. Ver *supra* nota 24 e fontes lá citadas.

fere-se à ideia de que as áreas de conhecimento tais como o conhecimento legal e a sociologia do direito são discursos que contribuem para a construção da sociedade, e não espelhos neutros que simplesmente refletem uma realidade social objetiva. Nos anos recentes, acadêmicos de várias áreas perceberam que representações da sociedade afetam o modo pelo qual a sociedade é entendida e organizada.<sup>109</sup> Esse reconhecimento os levou a aceitar a proposição de que acadêmicos têm a responsabilidade de investigar os valores que seu trabalho adota e os projetos sociais que ele apoia. Na tradição da *Law and Society*, esse reconhecimento tem levado alguns a questionar se a sociologia do direito tem sido suficientemente atenta aos efeitos produzidos na sociedade por suas escolhas de questões, seus métodos de investigação e suas técnicas de interpretação.<sup>110</sup> Ademais, o reconhecimento da discursividade levou os acadêmicos da *Law and Society* a procurarem mais distanciamento de dogmas oficiais, objetivos de política pública e as assim apresentadas agendas de reforma.<sup>111</sup>

O impacto dessa nova consciência pode ser visto na literatura acima resenhada e nos temas que ela tem gerado. Duas características salientes desse trabalho se destacam. Primeiro, há uma disposição em se questionar a visão social mais ampla embutida no pensamento atual sobre o direito e consagrada nas instituições processuais atuais. Como foi mostrado, a nova literatura não toma como certo as histórias que o pensamento *mainstream* conta sobre a natureza do indivíduo, da sociedade e do direito. Em vez disso, os autores da nova literatura reconhecem que essas histórias se apoiam em visões sociais contestáveis. Eles estão preparados para trazer à luz esses pressupostos contestáveis para apreciação crítica. E eles tem mostrado uma disposição, às vezes, para firmar visões alternativas como a noção comunitária do indivíduo contextualizado.

109 Exemplos disso podem ser encontrados na produção sobre o feminismo. Ver, de modo amplo, Lauretis (ed.), 1986; C. Weedon, 1987. Para exemplos em outras áreas, ver A. Giddens, 1984 (sociologia); Collier & Yanagisako, 1987 (antropologia).

110 Para uma revisão de recentes trabalhos da *Law and Society* que começaram a reconhecer que o conhecimento social constitui a sociedade – isto é, discursivo – e as implicações desse reconhecimento em questões, métodos e técnicas interpretativas, ver Trubek & Esser, 1989, *supra* nota 14. Ver também Trubek, 1984, *supra* nota 63.

111 Ver, e.g., Silbey & Sarat, 1988, *supra* nota 24.

Segundo, esses autores estão dispostos a articular as vozes de pessoas e grupos que são afetados pelo direito, mas cujas perspectivas são negligenciadas ou subestimadas pelo pensamento predominante. Esses autores são autoconscientes sobre seus papéis em um processo de construção de áreas do conhecimento que terão um impacto na vida social e eles estão preocupados que este processo reflita os pontos de vista diferentes daqueles das elites acadêmicas. Essa preocupação é visível no modo como Sarat e Felstiner nos mostram a perspectiva de clientes cujas expectativas pelo direito são frustradas pelo comportamento manipulativo de advogados.<sup>112</sup> Também é clara na decisão autoconsciente de Bumiller de dar voz a mulheres negras e outras vítimas ludibriadas em um sistema processual ostensivamente desenhado para protegê-las.<sup>113</sup> Essa proteção vem de forma mais contundente nos esforços inflamados de Fineman de demonstrar como os interesses de mães divorciadas e suas crianças têm sido negligenciados por aqueles que procuram transformar o processo de divórcio por meio da instrução de discursos de necessidade.<sup>114</sup>

tivos do sistema jurídico, quanto a adotá-los. Esse movimento, se totalmente levado a cabo, pode ser a verdadeira vingança da criada.

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

## 6 Conclusão

A combinação de temas que emergem na sociologia do processo civil demonstra como o desenvolvimento de uma prática crítica está levando a produção da *Law and Society* além dos limites estabelecidos no período pós-realista. Os acadêmicos cujos trabalhos foram aqui sintetizados são um pequeno grupo e seus trabalhos são uma pequena porção de toda a pesquisa empírica que está sendo produzida atualmente sobre disputas, litigância e processo. Mas porque eles delimitaram um novo e mais crítico papel para a pesquisa empírica, seus esforços iniciais representam uma importante e nova fase da tradição empírica inicialmente lançada pelos realistas como um instrumento acessório para reformas processuais. Começada como uma criada altamente técnica para o trabalho de reformadores *mainstream*, a sociologia do processo civil está se encaminhando para uma completa prática crítica na qual acadêmicos da *Law and Society* tendem tanto a questionar os obje-

112 Ver Sarat & Felstiner, 1986, *supra* nota 42.

113 Ver K. Bumiller, 1988, *supra* nota 68; Bumiller, 1987.

114 Fineman, 1988, *supra* nota 99.

## 7 Referências

- Blumberg, A. S. (1967). The Practice of Law as Confidence Game: Organizational Cooptation of a Profession. *Law & Society Review*, 1(2), 15-39.
- Brazil, W. D. (1978). The adversary Character of Civil Discovery: A Critique of Proposals for Change. *Vanderbilt Law Review*, 6(31), 1295-1361.
- Bumiller, K. (1987). Victims in the Shadow of the Law: A Critique of the Model of Legal Protection. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 12(3), 421-439.
- Bumiller, K. (1988). *The Civil Rights Society: The Social Construction of Victims*. Baltimore, Md.: The Johns Hopkins University Press.
- Bush, R. A. B. (1989). Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments. *Denver University Law Review*, 3(66), 335-376.
- Cappelletti, M., & Garth, B. G. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, 2(27), 181-292.
- Cappelletti, M., & Garth, B. G. (1981). *Access to justice and the welfare state: an introduction*.
- Cohen, F. S. (1935). Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, 6(35), 809-849.
- Collier, J. F., & Yanagisako, S. J. (1987). Toward a Unified Analysis of Gender and Kinship. In Collier, J. F., & Yanagisako, S. J. (Ed.) *Gender and kinship: essays toward a unified analysis*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Coombe, R. J. (1989). Room for Manoeuvre: Toward a Theory of Practice in Critical Legal Studies. *Law & Social Inquiry*, 14(1), 69.
- Dreyfus, H. L., & Rabinow, P. (1983). *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*. Harvester Press.
- Felstiner, W. L., Abel, R. L., & Sarat, A. (1980-81). The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming... *Law & Society Review*, 15(3/4), 631.
- Fineman, M. (1988). Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking. *Harvard Law Review*, 101(4), 727.
- Fischl, R. M. (1986). Some Realism About Critical Legal Studies. *University of Miami Law Review*, 41(505), 526-28.
- Foucault, M. (1977). *Discipline and Punish*.
- Foucault, M. (1978). *The history of sexuality. The use of pleasure*. London: Allen Lane.
- Foucault, M. (1980). *Power/knowledge. a selected interviews and other writings 1972-77*. New York: Pantheon Books.
- Gabel, P. (1984). The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves. *Texas Law Review*, 62, 1563.
- Galanter, M. (1974). Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*, 9(1), 95-160.
- Galanter, M. (1981). Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 13(19), 1-47.
- Giddens, A. (1984). *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Gordon, R. (1982). New developments in Legal Theory. In D. Kairys (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, (pp. 287-89). New York: Pantheon Books.
- Hunt, A. (1985). The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law. *Law & Society Review*, 19(1), 11-37
- Kennedy, D. (1976). Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, 89, 1685-1778.
- Kennedy, D. (1980). Toward an Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940. *Research in Law and Sociology*, 3, 3-24.
- Lauretis, T. D. (1986). *Feminist studies/critical studies*. Houndmills: Macmillan Pr.
- Llewellyn, Karl N. (1931). Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44(8), 1222-1264.
- Locke, J. (1967). *Two Tracts of Government*. P. Abrams (ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Macaulay, S. (1979). Lawyers and Consumer Protection Laws. *Law & Society Review*, 14(1), 115-171.
- Mather, L., & Yngvesson, B. (1980). Language, Audience, and the Transformation of Disputes. *Law & Society Review*, 15(3/4), 775-821.
- Merry, S. E. (1985). Concepts of Law and Justice Among Working-Class Americans: Ideology as



- Culture. *Legal Studies Forum* 9(1), 59.
- Miller, R. & Sarat, A. (1980-81). Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture. *Law & Society Review*, 15(3/4), 525.
- Milne, A. & Folberg, J. (1988). The Theory and Practice of Divorce Mediation: An Overview. In Divorce Mediation: Theory and Practice (J. Folberg & A. Milne eds). New York: The Guilford Press.
- Minority Critique of the Critical Legal Studies Movement. (1987). *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 22(2), 297.
- Nader, L. (1969). *Styles of Court Procedure: To Make The Balance*. In L. Nader ed. *Law in Culture & Society*.
- Note, Plausible Pleadings: Developing Standards for Rule 11 Sanctions. *Harvard Law Review*, 100, 630, 645-47 (1987).
- Peller, G. (1985). The Metaphysics of American Law. *California Law Review*, 73(4), 1151-1290.
- Rosenthal, D. E. (1977). *Lawyer and client: Who's in charge* (2nd ed.). New Brunswick, NJ: Transaction Books.
- Sandel, M. (1962) *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sarat, A. Legal (1985). Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition. *Legal Studies Forum*, 9(1), 23.
- Sarat, A., & William L. F. Felstiner. (1986). Law and Strategy in the Divorce Lawyer's Office. *Law & Society Review*, 20(1), 93-134.
- Schiegel, J. H. (1979). American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience. *Buffalo Law Review*, 28(459), 459-569.
- Silvey, S. S., & Sarat, A. (1987). Critical Traditions in Law and Society Research. *Law & Society Review*, 21(1) 165-174.
- Silvey, S. S., & Sarat, A. (1988). *The Pull of the Policy Audience*. *Law & Policy*, 10(2-3), 97-166.
- Silvey, S. S., & Sarat, A. (1989). Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Juridical Subject. *Denver University Law Review*, 66(3), 437-498.
- Singer, J. (1988). Legal Realism Now. *California Law Review*, 76(2), 465-544.
- Singer, J. W. (1982). The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld. *Wisconsin Law Review*, 975-1059.
- Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation. *Law & Society Review*, 391 (1980-81).
- Trubek, D. (1984). Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism. *Stanford Law Review*, 36(1/2), 575-622.
- Trubek, D. (1986). Max Weber's Tragic Modernism and the Study of Law in Society. *Law & Society Review*, 20(4), 573-598.
- Trubek, D. (1989). *Programmatic Thought and the Critique of the Social Disciplines*. In M. Perry (ed.), Critique and Construction. Cambridge: Cambridge University Press.
- Trubek, D., & Esser, J. (1989). "Critical Empiricism" in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box? *Law & Social Inquiry*, 14(1), 3-52.
- Tushnet, M. (1984). An Essay on Rights. *Texas Law Review*, 62, 1364.
- Unger, R. M. (1975). *Knowledge and Politics*. New York: The Free Press.
- Unger, R. M. (1976). *Law in Modern Society*. New York: The Free Press.
- Unger, R. M. (1984). *Passion: An Essay on Personality*. New York: Free Press.
- Unger, R. M. (1986). *The Critical Legal Studies Movement*. London, New York: Verso.
- Unger, R. M. (1987a). *Plasticity into Power*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Unger, R. M. (1987b). *Politics: A Work in Constructive Social Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Unger, R. M. (1987c). *Social Theory: Its Situation and Its Task*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Villmoare, A. H. (1985). The Left's Problems with Rights. *Legal Studies Forum*, 9(1), 39-46.
- Wahrhaftig, P. (1982). An Overview of Community-Oriented Citizen Dispute Resolution Programs in the United States. *The Politics of Informal Justice*, 1, 75-97.
- Weber, M. (1980). *Economy and Society*. (G. Roth & C. Wittich eds.). Berkeley: University of California Press.
- Weedon, C. (1987). *Feminist practice and poststructuralist theory*. Malden MA: Blackwell Pub.
- Yngvesson, B. (1985). Re-examining Continuing Relations and the Law. *Wisconsin Law Review*, 623-46.