Revista de Estudos EMPÍRICOS EM DIREITO

BRAZILIAN Journal of EMPIRICAL LEGAL STUDIES

vol 1, n 2, jul 2014

Rede de Pesquisa
Empírica em Direito

EDITORES
EDITORS /
José Roberto Franco Xavier / FGV Direito SP
Paulo Eduardo Alves da Silva / USP

COMITÊ EXECUTIVO
EXECUTIVE BOARD /
Alexandre dos Santos Cunha / IPEA
Bernardo Abreu de Medeiros / IPEA
Diogo R. Coutinho / USP
José Roberto Franco Xavier / FGV Direito SP
Luseni Maria Cordeiro de Aquino / IPEA
Maíra Rocha Machado / FGV Direito SP
Paulo Eduardo Alves da Silva / USP

REVISÃO DA REVISTA
JOURNAL REVISIONS /
Julia Gitahy da Paixão
Vinícius Alves de Melo Silva
Vivian Maria Pereira Ferreira

PROJETO GRÁFICO
GRAPHIC DESIGN /
Raquel Klafke

DADOS PARA CONTATO
CONTACT INFORMATION /
www.reedpesquisa.org
reed.revista@gmail.com

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

CONSELHO EDITORIAL
EDITORIAL BOARD

Alexandra Hunneus / U. of Wisconsin-Madison
Alvaro Pires / U. of Ottawa
Ana Lúcia Pastore / U. de São Paulo
André-Jean Arnaud / U. de Paris
Barbara Velloso Dias / Centro Universitário do Estado do Pará
Bryant Garth / U. of California-Irvine
Calvin Morrill / U. of California-Berkeley
Carolina Bonadiman Esteves / Faculdade de Direito de Vitória
Cassio Cavali / FGV Direito Rio
Conceição Gomes / U. de Coimbra
César Rodríguez Garavito / U. de Los Andes
David Cowan / U. of Bristol
David Trubek / U. of Wisconsin-Madison
Elizabeth Mertz / U. of Wisconsin-Madison
Fabiano Engelmann / U. Federal do Rio Grande do Sul
Helena Reis / U. Federal de Goiás
José Eduardo Faria / U. de São Paulo
Kazuo Watanabe / U. de São Paulo
Liora Israel / École des Hautes Études en Sciences Sociales
Luciana Gross Cunha / FGV Direito SP
Marc Galanter / U. of Wisconsin-Madison
Marcelo Neves / U. de Brasília
Marcos Nobre / U. de Campinas
Marcus Faro de Castro / U. de Brasília
Maria Tereza Dias / U. Federal de Minas Gerais
Maria Tereza Sadek / U. de São Paulo
Patrícia Borba Vilar Guimarães / U. Federal do Rio Grande do Norte
Paulo Furquim de Azevedo / FGV-Escola de Economia de São Paulo
Salo Coslovsky / New York University
Sergio Costa / Freie Universität Berlin
Scott Cummings / U. of California - Los Angeles
Wanda Capeller / Institut d'Études Politiques de Toulouse
Yanko Marcius de Alencar Xavier / U. Federal do Rio Grande do Norte

CARTA DOS **EDITORES**

É com grande satisfação que a *Rede de Pesquisa Empírica em Direito* apresenta o segundo número da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Esperamos, com mais esta publicação, reforçar o estímulo para se pensar o direito como um fenômeno social que precisa ser explicado a partir de observações sistemáticas e metodologicamente fundadas, não restritas a um conjunto de assertivas dogmáticas com finalidade de doutrinação.

Duas considerações se fazem necessárias sobre este segundo número e sobre nosso projeto editorial. Em primeiro lugar, a *Revista* tem por princípio não privilegiar qualquer perspectiva teórica ou metodológica em especial. Uma das preocupações ao lançar o primeiro número foi justamente que a *Revista* não fosse identificada como partidária desta ou daquela abordagem, abrindo-se para a pluralidade do mundo da pesquisa empírica que tem algum aspecto do direito por objeto. A preocupação era tão maior pelo fato do seu nome – estudos empíricos em direito – ser identificado, no cenário da produção acadêmica norte-americana, com abordagens predominantemente quantitativas. Com este segundo número, pretendemos reafirmar a nossa posição de que pesquisa empírica é a que tem nos dados empíricos um elemento essencial (em contraste com pesquisas doutrinárias), e não a que privilegia o qualitativo ou o quantitativo.

Para reforçar essa percepção, trazemos neste número dois importantes textos, de professores cuja produção é referência internacional nas ciências sociais e no direito: a tradução de um famoso texto de Howard Becker, professor aposentado da *Northwestern University*, sobre a epistemologia da pesquisa qualitativa, e uma entrevista com o Professor Marc Galanter, professor aposentado da *University of Wisconsin* e um dos fundadores da escola do *Law and Society* nos EUA. O texto do Professor Becker, de certa forma um manifesto pela não hierarquização entre o qualitativo e o quantitativo, traz uma reflexão sobre a necessidade da conjugação de ambas as perspectivas para se tentar explicar com maior completude possível a não pouco complexa realidade social. A entrevista com o Professor Galanter, realizada por ocasião da sua participação no III Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, na Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto em 2013, é um relato precioso da trajetória pessoal de um dos mais influentes pensadores de sua geração, bem como da constituição do chamado *Law and Society Movement*, que alterou os rumos da produção acadêmica em direito em diversos países e foi referência matriz para outras linhas de renovação da pesquisa em direito (como o *Critical Legal Studies* e os chamados "*Law ands*", entre os quais, com proeminência, o *Law and Economics*).

Uma segunda consideração que nos parece fundamental diz respeito ao papel da pesquisa empírica na área do direito e a sua relação com estudos considerados doutrinários. Ao publicar uma revista de estudos empíricos, de forma alguma subestimamos a importância de estudos doutrinários na área do direito. Muito pelo contrário. Não faz nenhum sentido que o direito prescinda de reflexões teórico-dogmáticas ou teórico-filosóficas para a compreensão e explicação de sua realidade. O que esta *Revista* enfatiza é que tal reflexão seja fortalecida ao se colocar em evidência que a pesquisa empírica nessa área pode também trazer elementos renovadores para a compreensão do papel e do funcionamento do direito e suas instituições.

Nesse sentido, os textos que compõem o segundo número desta *Revista* são resultado do trabalho bem empreendido por seus autores de dialogar dados concretos sobre o funcionamento do direito com os referenciais teóricos mais relevantes em suas respectivas áreas. Percebe-se ao longo deste número um cuidado em articular a descrição, a título de exemplo, do funcionamento de um aparato jurídico-institucional, como um juizado criminal ou tribunal do júri, uma cadeia feminina, o STF e o STJ ou a administração pública no Brasil, com as matrizes teóricas respectivas. E, além disso, oferecem-se valiosos relatos sobre as dificuldades e os caminhos metodológicos adotados em seus trabalhos e apuradas reflexões epistemológicas acer-

ca da produção de conhecimento em direito a partir de abordagens empíricas.

Por fim, gostaríamos de registrar o crescimento em quantidade e qualidade da pesquisa empírica em direito no Brasil, que se pode notar pelo volume e diversidade regional dos artigos submetidos para esta *Revista*. Se, por um lado, isso exigiu maior esforço para assegurarmos o criterioso processo de seleção que tem marcado esta publicação, por outro, é um claro indicativo de que estamos no caminho certo. O objetivo maior da *Rede de Pesquisa Empírica em Direito,* e também desta *Revista,* é o de mobilizar e criar condições para que a produção de conhecimento em direito fruto da pesquisa empírica se fortaleça e crie interlocuções acadêmicas dentro e fora do país. A *Revista* parece se posicionar paulatina e solidamente em complemento aos resultados que têm sido obtidos com os *Encontros de Pesquisa Empírica em Direito* (que já vão para o seu quarto ano), as oficinas regionais e as demais atividades da REED, o que nos permite ser otimistas com relação ao futuro da pesquisa empírica na área do direito.

OS EDITORES.

LETTER FROM **THE EDITORS**

It is with great pleasure that the Brazilian Network of Empirical Legal Research presents its second issue of the Brazilian Journal of Empirical Legal Studies. We hope, once more, that this publication will make an important contribution for legal researchers to think about law not only as a dogmatic and doctrinal ensemble, but rather as a social phenomenon that needs to be understood in its diversity through systematic and methodologically grounded observations.

There are two considerations to be made about the editorial project of this second issue of the journal. First, we would like to highlight once again the openness of the journal to a plurality of research techniques and theoretical perspectives. One of the main concerns at the time of the publication of the first issue was exactly that the journal would not be identified as partisan to certain theoretical or methodological perspectives. The concern was even greater because of its title – empirical legal studies – which is in the North-American context mainly identified with quantitative approaches. With this second issue, we hope to make clear our understanding of empirical legal studies: empirical, for us, is opposed to studies that are predominately doctrinal, not to qualitative studies.

In order to reinforce such perception, this number brings the translation of a famous text by Howard S. Becker, an author and retired sociology professor at Northwestern Western, about the epistemology of qualitative research and an interview with Marc Galanter, a retired professor from the University of Wisconsin and one of the founders of the Law and Society movement in the U.S.. Professor Becker's text is, in some ways, a manifest against the hierarchization between the qualitative and the quantitative approaches, bringing us a reflection about the need for both perspectives in order to explain the complexity of social reality. The interview with Prof. Galanter, performed during his participation at the III Annual Empirical Legal Studies Meeting at the Faculty of Law of the Universidade de São Paulo in Ribeirão Preto in 2013, is a precious account of the personal trajectory of one of the most influent scholars of his generation. In addition, this interview presents some interesting information about the constitution of the Law and Society Movement, which has deeply impacted legal scholarship in various countries and was a matrix of reference for other research approaches in law (such as the Critical Legal Studies and the so-called "Law ands", among which the noteworthy Law and Economics).

A second consideration that seems fundamental to us refers to the question of the role of empirical research in the field of law. When we publish a journal on empirical studies, we do not intend to undermine the importance of doctrinal work in this field. Legal academia does not make any sense without theoretical-dogmatic or theoretical-philosophical reflections. What we emphasize here is that such scholarship can be strengthened when it is placed in dialogue with empirical legal research, which we believe has a great potential to contribute to the renewal of the theorization of law.

In that sense, all the texts that compose the second issue of this Journal are a result of work well undertaken by their authors that promote a dialogue between the data about the legal mechanisms with the theoretical frameworks that are relevant in their respective areas. Throughout this issue, we can observe an attention in articulating a description of the operation of legal institutions (the small claims criminal court, the jury, a female prison, the Brazilian Superior Courts, the public administration of Brazil) with its respectives theoretical frameworks. In addition, there are valuable accounts of the challenges and the methodological pathways used in these works and epistemological reflections about the production of knowledge in law from empirical perspectives.

Finally, we would like to highlight the satisfaction with the quantity and quality of empirical legal research in Brazil, which we can observe through the

volume and the great regional diversity in the articles submitted to this Journal. If on one hand, this required more effort in order to assure a thorough selection process that has characterized this publication, on the other hand, it is a clear indicative that we are on the right path. The main goal of the Brazilian Network of Empirical Legal Studies and, consequently, of this publication, is to mobilize and create conditions to strengthen the production of knowledge in law through empirical research as well as to reinforce the community of empirical legal researchers throughout the whole country, and to establish a dialogue with the international community. Based on the results obtained with the Annual Empirical Legal Studies Meetings (that are already going to its fourth edition), along with the regional workshops and this journal, we are optimistic about the future of empirical research in the field of law in Brazil.

THE EDITORS.

SUMÁRIO

13 **Pensando o Direito:** pensando o direito em movimento // *Laura Beth Nielsen*

25 **Aspectos práticos da pesquisa empírica em Direito:** uma discussão a partir da experiência etnográfica no tribunal do júri // *Fábio Ferraz de Almeida*

40 **Qual é a contribuição do debate com as ciências sociais para a pesquisa jurídica brasileira?** Uma análise a partir da experiência empírica junto aos juizados criminais especiais cariocas // *Vera Ribeiro de Almeida*

59 **Racismo ou não?** A percepção de estudiosos do direito sobre casos com conteúdos racistas // *Gislene Aparecida dos Santos, Helton Hissao Noguti, Camila T. M. B. Matos*

74 **Decisões políticas do Poder Judiciário:** três estudos de caso e algumas diretrizes teórico-metodológicas para sua análise // *Igor Suzano Machado*

100 **O controle jurídico-penal de adolescentes:** o exemplo da internação provisória na jurisprudência do stj e do tjrs em casos de tráfico de drogas // *Eduardo Gutierrez Cornelius*

122 **A cadeia feminina de franca sob a ótica da visita íntima** / *Ana Carolina de Morais Colombaroli e Ana Gabriela Mendes Braga*

140 **Pesquisa empírica da gestão pública dos servidores:** mecanismos jurídicos para a modernização das administrações públicas dos entes federativos // *Irene Patrícia Nohara*

162 **Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil:** o caso do projeto pensando o direito // *Ricardo de Lins e Horta, Vera Ribeiro de Almeida, Marcelo Chilvarquer*

184 **A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa** // *Howard S. Becker*

201 **Falando sobre os limites das mudanças legais:** uma entrevista com Marc Galanter // *Marc Galanter, Maria Cecília Asperti, Daniela Gabbay e Natasha Schmitt Caccia Salinas e Paulo Eduardo Alves da Silva*

TABLE OF CONTENTS

12 **Thinking Law:** thinking law in motion // ***Laura Beth Nielsen***

26 **Practical aspects of empirical legal studies:** a discussion based on an ethnography of a trial by jury in Brazil // ***Fábio Ferraz de Almeida***

41 **What is the Contribution of the dialogue with social sciences for Brazilian Legal Research?** An analysis from an empirical study in the small claims criminal court in the city of rio de janeiro // ***Vera Ribeiro de Almeida***

60 **Racism or not?** The perception of legal scholars about legal cases with racist content // ***Gislene Aparecida dos Santos, Helton Hissao Noguti, Camila T. M. B. Matos***

75 **Political decisions from the judiciary:** three case studies and some theoretical and methodological guidelines for their analysis // ***Igor Suzano Machado***

101 **The Penal Control Of Youth:** the example of preventive detention decisions by superior appeal court and appeal court of the state of Rio Grande do Sul in drug trafficking cases // ***Eduardo Gutierrez Cornelius***

123 **The female prison of franca-sp from the viewpoint of the intimate visit** // ***Ana Carolina de Morais Colombaroli e Ana Gabriela Mendes Braga***

141 **Empirical research on the management of public servants:** legal mechanisms for the modernization of the public administration of Brazilian federal units // ***Irene Patrícia Nohara***

163 **Evaluating the development of empirical legal research in Brazil:** the case of *projeto pensando o direito* (project thinking the law) // ***Ricardo de Lins e Horta, Vera Ribeiro de Almeida, Marcelo Chilvarquer***

185 **The Epistemology of Qualitative Research** // ***Howard S. Becker***

200 **Talking about the limits of legal change:** an interview with Marc Galanter // ***Marc Galanter, Maria Cecília Asperti, Daniela Gabbay e Natasha Schmitt Caccia Salinas e Paulo Eduardo Alves da Silva***

Revista de Estudos EMPÍRICOS EM DIREITO
Brazilian Journal of Empirical Legal Studies

THINKING LAW: thinking law in motion // *Laura Beth Nielsen*[1]

Keywords
Law in motion / Multiple approach / Law & Society / Employment civil rights litigation

Abstract
This essay argues that one way to "think law" is to think "law in motion". I will argue that a "law in motion" perspective embodies four core elements or 'multiplicities' which are: (1) multiple methodologies; (2) multiple perspectives; (3) multiple vocalities; and (4) multiple media including objects. As will become evident by the number of inspiring colleagues that have articulated rationales and perspectives for each of these multiplicities, these are not original ideas for which I can claim credit. And yet, the attempt to put them together in a comprehensive schema with consideration for all four of the multiplicities in the same project, demonstrates that a law in motion perspective can bear new fruit. To do this, my article combines analysis of some of the research in Law & Society that exemplifies these trends and my own research on employment civil rights litigation to interrogate the necessity of a "multiple" approach for our "multiple futures."

Summary

1 Introduction
2 Multiple methods
3 Multiple perspectives
4 Multiple vocalities
4.1 Presenting multiple perspectives
4.2 Considering our audiences
4.3 Excluded voices
5 Multi-media: objects
6 Conclusion
7 References

1 Research Professor at the American Bar Foundation and Associate Professor of Sociology and Director of the Center for Legal Studies at Northwestern University. Trained in Sociology and in Law with degrees from the University of California, Berkeley.

PENSANDO O DIREITO: pensando o direito em movimento // *Laura Beth Nielsen*

Palavras-chaves
Direito em movimento / Perspectivas múltiplas / Direito & Sociedade / Litigância de direitos civis no trabalho

Resumo
Este artigo defende que uma maneira de se "pensar o direito" é pensar no "direito em movimento". Meu argumento é que uma perspectiva do "direito em movimento" incorpora quatro elementos fundamentais ou 'multiplicidades' que são: (1) metodologias múltiplas; (2) perspectivas múltiplas; (3) vocalidades múltiplas; e (4) mídias múltiplas, incluindo objetos. Essas ideias não são originais e por isso não posso reivindicar crédito por elas, como fica evidente pelo número de colegas inspirados que articularam perspectivas para cada uma dessas multiplicidades. No entanto, a tentativa de colocar todas essas perspectivas num esquema abrangente, com a inclusão dessas quatro multiplicidades num mesmo projeto, mostra que a perspectiva do direito em movimento pode trazer novos frutos. Para tanto, este artigo combina a análise de algumas pesquisas dentro do movimento direito e sociedade que exemplificam tais tendências com a minha própria pesquisa sobre a litigância de direitos civis no trabalho para discutir a necessidade de uma perspectiva múltipla para nossos "futuros múltiplos."

1 Introduction

The field once known only as Socio-Legal Studies now includes such emergent intellectual and professional associations including Law and Society,[2] New Legal Realism,[3] and Empirical Legal Studies.[4] As the field grows and expands, we have the opportunity to reflect on where we have been, where we are going, and the best ways to study our shared topic of interest. Determining the 'best' way to study the phenomenon of law in all of its doctrinal, real-world, economic, psychological, and anthropological complexity has proved challenging but the myriad approaches developing as the field grows means that although we hold our historical traditions close, our joint venture thankfully is larger than it was when law and society emerged as its own discipline some fifty years ago. That growth, indicated by the proliferation of journals, scholarly organizations, and interdisciplinary law and society undergraduate and graduate programs in universities, demonstrates that the future of thinking law is robust and diverse. Our future is only strong and diverse.

The future of Law and Society research lies in our discipline's history and is one in which socio-legal scholars are mindful about the connections between theory, method, and practice to build on and to create new, empirically-informed, theoretically-rich analyses of contemporary legal and policy questions. While our topics, goals, and methods may be familiar as part of our rich tradition, law, legal analysis, and legal advocacy always are in motion. We face new problems, new dynamic methods, and new practical needs including giving voice to and for different audiences. Law also is embodied in many new localities and objects which merit study. This agenda meets up with new opponents, new power dynamics, and new challenges.

This essay argues that one way to "think law" is to think "law in motion". I will argue that a "law in motion" perspective embodies four core elements or 'multiplicities' which are: (1) multiple methodologies; (2) multiple perspectives; (3) multiple vocalities; and (4) multiple media including objects. As will become evident by the number of inspiring colleagues that have articulated rationales and perspectives for each of these multiplicities, these are not original ideas for which I can claim credit. And yet, the attempt to put them together in a comprehensive schema with consideration for all four of the multiplicities in the same project, demonstrates that a law in motion perspective can bear new fruit. To do this, my article combines analysis of some of the research in Law & Society that exemplifies these trends and my own research on employment civil rights litigation to interrogate the necessity of a "multiple" approach for our "multiple futures."

It may be that a law in motion perspective is impossible to achieve in any single research project and that I am offering an impossible challenge to suggest that sociolegal research should consider all of the various multiplicities I am suggesting. Or, it may be that this is a challenge and whatever part of these that can be met is an admirable step in the right direction. In any event, this paper lays out a brief discussion of what I mean by each multiplicity in turn and concludes with a discussion of the implications of thinking law in motion.

This article proceeds in 5 parts. Part two of the article elaborates the importance of multi-methodological research. Part three articulates a multi-perspectival approach to empirical legal scholarship. Part four explores various kinds of multi-vocalities exploring how to present multiple perspectives to various audiences. The fifth section of this paper, I briefly analyze the value of think about law in objects. Finally, the article concludes with a discussion of the multiple futures for law and society research.

2 Multiple methods

The lesson of multiple perspectives – indeed multiple truths – often is borne out in empirical legal research. In our attempts to thoroughly document some phenomenon, empirical researchers often study a phenomenon very thoroughly but using only one method. That approach may lead us to accurate information about some part of the phenomenon, but as researchers, we typically want to study the en-

2. http://www.lawandsociety.org/
3. http://www.newlegalrealism.org/
4. http://www.lawschool.cornell.edu/sels/

tire problem. To do so, we must use a multi-method research as a comprehensive approach for empirical legal studies.

Empirical research in the Law and Society tradition (which I take to include various schools of research known as 'Sociolegal Research', 'New Legal Realism', and now 'Empirical Legal Studies') has long embraced multi-method research to better understand the relationship of law and the social world. Some of the most enduring findings about important aspects of the legal system come from projects employing multi-method approaches. I suggest that the reason is that the phenomenon of law itself consists of individuals, organizational settings, institutional fields and the interactions among them. Law is practiced by individuals as plaintiffs, defendants, lawyers, and judges. These individuals operate within organizations like workplaces, law firms, schools, to name just a few. These organizations can obfuscate, constrain, and empower individual actors and therefore play a mediating role in how law operates. Finally, law operates in various institutional contexts. Social institutions like race, gender, and class affect legal processes as well. As a result, fully understanding law demands research conducted using multiple approaches.

Not only does the complexity of the social world in which law operates make multiple research methods appropriate, but the empirical study of law almost always is in fact multi-method. Even when a project does not systematically employ multiple methods, empirically oriented scholars of law and legal institutions are almost always using multiple methods whether or not they recognize that fact. For example, reading a case or a set of cases may inspire questions about how business is (or is not) reacting to a body of law (Macaulay, 1963). Or, reading newspaper accounts of a 'litigation explosion' may lead us to wonder about rates of litigation over time (Galanter, 1983). Empirical observations from our own practice of law or anecdotes from our lawyer-friends may lead to questions about how regulatory agencies make decisions or how courts interpret legal doctrine. We may not always conduct *systematic multi-methodological research, but the very process of research necessarily involves gathering information in a variety of ways.*

The multi-method tradition in empirical legal research, defines some basic concepts, discusses when and why multi-method research is useful, and how the different actions of research (reading, counting, and interacting) can provide unique approaches to the same questions. The importance of multi-methodological approaches on the same question is worth repeating especially in light of the current ascendance of single method, quantitative empirical research in the field of law and society and in law schools more broadly. Why?

First, multiple methodological approaches helps us catch error. For example, in my own research on employment civil rights, qualitative, in-depth interviews with attorneys on both sides of the litigation divide revealed a shared belief that motions for summary judgment (a procedural moment in the U.S. civil litigation process at which time the judge can dismiss a case entirely prior to it being heard by a jury if the judge determines that there is no "material issue of fact.") vary depending on the jurisdiction in which they are heard. For example, this defense lawyer expressed a widely-shared sentiment about trends in summary judgment outcomes:

> *Well I think it's changed over time. I don't think the judges like these cases so I think they're more willing to find no issues of material fact which is the standard. [I: Right] And especially here on the seventh circuit where it's like a dream come true. I like to say the seventh circuit has other standards in sexual harassment cases as, "what can't you take a joke?" [laughs] You know it's a great place to be a defense attorney.*

If we had only spoken to attorneys, our research would have concluded that there are more motions for summary judgment granted than there used to be and that there is significant jurisdictional variation. But our project also included a rigorous quantitative study of a random sample of cases over a fifteen year period which we were able to analyze. That analysis showed no significant differences over time or across judicial district (Nielsen, Nelson, & Lancaster, 2010).

This multi-method approach leads inevitably to the question: who is right? The lawyers or the numbers?

This kind of discrepancy between the law in action as revealed by careful empirical study and the law as understood by legal actors also revealed through careful empirical study makes for a terrific research question. In previous work about multi-methodological approaches, I have argued that instead of thinking of the lawyer as "wrong" and the numbers as "right" or vice versa, it is far more fruitful to analyze why there is a shared, but empirically incorrect, understanding of the litigation system (Nielsen, 2010).

One reason that many lawyers may not know the actual number of dismissed cases is that lawyers – especially elite ones – are not privy to the broad mass of cases that are dismissed in our system. Many plaintiffs enter the system without benefit of counsel and their cases are largely unnoticed by lawyers who represent elite clients like corporations and governments. In other words, from this particular lawyer's positions and status, she may be right, but hers is not an accurate vision of the overall system.

Another example of the value of multi-methodological research can be seen in the work of John Hagan and Wenona Rymond-Richmond (2009) in their recent book, *Darfur and the Crime of Genocide*. They combine sophisticated quantitative data analysis to determine in which qualitative data about racial slurs used during quantitatively documented attacks **together** make the most convincing argument to date that this was a crime of genocide. Rather than correcting an error as the example from my research demonstrates, this multi-methodological approach provides new insight into the nature of the phenomenon being studied. Instead of thinking of this mass atrocity as mass murder or even state sanctioned murder, (which are bad enough), the combination of methods allows us to see that the crimes in Darfur were motivated by ethnicity.

Correcting errors, raising new questions, and giving insight into new phenomena are just some of the reasons to conduct multi-methodological research in law and society. While it is important in a variety of disciplines and subjects, the relationship between law and society is uniquely situated to multiple methodological research because of the various actors, institutions, and structures of law itself.

3 Multiple perspectives

The second "Multi-Future" I am proposing as part of a Law in Motion methodological framework is multi-perspectival research. Multi-perspectival research is research that recognizes the importance of the different, situated perspectives that parties have – especially in the context of legal and political disputes. In law, there are always (at least) two sides. That is the nature of a dispute in the legal arena. And yet, much research in law and society focuses primarily on one side of the disputes we study. While this dominant approach has produced elegant and surprising results that make up the body of law and society scholarship, much of this tendency neglects the construction of the dispute from one side and leads to increasingly formulaic models for the relationship between legal process and outcome.

As Max Weber (2008 [1904]) noted, explanations that formulate causal laws about cultural phenomena are not the end of analysis, but the beginning:

> *An "objective" analysis of cultural events…is meaningless…Firstly, because the knowledge of social laws is not knowledge of social reality but is rather one of the various aids used by our minds for attaining this end; secondly, because knowledge of cultural events is inconceivable except on a basis of the significance which the concrete constellations of reality have for us in certain individual concrete situations."*

Weber called on social scientists to produce interpretive understandings of cultural phenomena in concrete situations and this kind of contextual approach has been a longstanding goal of socio-legal research. Nonetheless, when it comes to the typical empirical investigation of law and society, scholars continually try to separate the cultural event from the concrete situations they are situated within. And, research tends to focus on only one side of the litigation ignoring the way that conflicts are co-constructed around claims of 'fairness' with significant material implications.

Despite this characterization, there are notable examples of important scholarship that examines multiple perspectives in the research itself. For example,

a significant body of research analyzes lawyers who work for important social change. Called "cause lawyers," these lawyers use their professional expertise to advance political and social goals (Sarat & Scheingold, 1997). "Cause lawyers" have been studies in the United States, in a variety of international contexts and in the global community (Sarat & Scheingold, 1998, 2001). In response to growing critiques in the research on 'cause lawyering,' that all of the work was focused on lawyers for the disadvantaged (Halliday, 2006), a growing area of scholarship studying conservative 'cause lawyers' has emerged which provides an important new perspective in the study of political lawyers (Southworth, 1999, 2000; Teles, 2010).

Another example of path-breaking work that examined legal and political contests using multiple perspectives is Kristin Luker's *Abortion and the Politics of Motherhood* (1985) in which studying activists on both sides of the abortion debate revealed that attitudes about abortion are less about the role of the state or religion, but rather hinged on activists' attitudes about the proper role of mothers in society and norms about sexual behavior. The shared bases of the ideology across activists on the political spectrum would not have been uncovered without attention to both sides in the debate.

Similarly, the classic, *Divorce Lawyers and their Clients* (Sarat & Felstiner, 1995) makes a significant multi-perspectival intervention in law and society research. In this study, the multi-perspectival approach did not focus on opposing sides in a legal dispute (like the divorcing spouses), instead focusing on divorce lawyers and their clients. Professional ideology tells us that the interests of lawyers and their clients rarely diverge, but by using a multi-perspectival approach, this research reveals that lawyers not only have some competing interests, but also that they must professionally manage that divergence in complex ways. In this context, lawyers often are managing expectations of betrayed spouses. Whereas no-fault divorce law in considers only years of marriage, the earnings capacity of the parties, the number of children, and a few other factors, clients (particularly women) often entered the divorce attorney's office seeking legal recognition of the dignitary harms they suffered. Divorce lawyers had to manage expectations and emotions in ways that transformed the nature of the legal dispute.

My own multi-perspectival research comes from interviewing plaintiffs, defendants, plaintiff's lawyers and defense lawyers in the same cases and hearing how the various parties experience and define the process. A multi-perspectival approach means studying these disputes as dynamic, in which meaning is made at various stages in the process. A multi-perspectival approach explicitly recognizes the co-constructions of disputes in all of law's arenas. Instead of "sides," a multi-perspectival approach studies the dynamic and evolving co-construction between social activists and the legislature which passes laws that give rise to rights, between parties as they try to resolve disputes before coming to law and then within the legal system itself. Theoretically, you might think of this as an attempt to reconcile the linearity of the law with the more multi-directional model social scientists and theorists prefer. A multi-perspectival approach balances path dependency (which is powerful in law) with individual agency and has many benefits.

A multi-perspectival analysis also contributes to a more robust theoretical understanding of inequality in law, showing the role of cultural constructs in constituting and perpetuating these inequalities. Galanter (1994) demonstrated that the seemingly neutral legal rules have structural features that result in inequality. Likewise, we show how the seemingly neutral cultural frame of "fairness" works to make those structural features invisible, thereby perpetuating inequality. The hegemonic notion of "fairness" implies that each side's grievances are equally valid when the nature of what each side is calling unfair imposes significantly different burdens on the opposing side. For defendant-representatives, these burdens are managerialized. For many individual plaintiffs, they are crushing. Procedural justice has generated the valuable insight that law's legitimacy depends on perceptions of fairness, it begs for a more accurate and critical an analysis of these perceptions in *real disputes.* A situate approach directs attention to how people's sense of fairness in the legal system is formed through their subjective experiences within the legal system and in relation to their institutional contexts. In other words, our framework takes seri-

ously structural constraints while recognizing that individuals navigate structures based on their legal consciousness.

One powerful example of multiple perspectives comes from examining the very simple question, "who won the lawsuit?". Empirical scholarship on litigation typically counts plaintiffs who receive settlements as "winners". By that measure, 60% of people who filed federal employment civil rights lawsuits in the period of our study were "winners". And they may be winners from many perspectives. Their lawyer is happy to receive some payment, the business might say they "lost" because the case extracted money from the company, but do plaintiffs who "won" large settlements understand themselves as winners. One plaintiff in our research, Sam Grayson, received a very large settlement: $100,000 from a municipality for disability discrimination (which is significantly higher than the median settlement which is $30,000). When we asked if he felt like he won the lawsuit, Mr. Grayson said his settlement was, "not anything big," noting that a large portion of that went to his attorney. When asked if he thinks $100,000 is a fair outcome, he said: "Well you know what? I didn't want any money, I wanted my job back…and I, actually to be completely honest with you, cried and left and felt like I lost because it wasn't about the money".

Mr. Grayson's dissatisfaction resonates with other plaintiffs who told us they wanted their jobs back more than they wanted a cash settlement. Other plaintiffs echoed the sentiment that it was "not about the money" and that they had other goals in mind in pursuing the lawsuit, such as holding their employer accountable.

If your research question is something about whether large settlements incentivize companies to change their policies and practices in ways that effectively reduce discrimination, then the quantitative data tell you something important. But one of our questions is how people understand the legal system once they have been through it. By interviewing plaintiffs like Sam Grayson and others like him, we see the vast gulf between where most scholars would place Sam Grayson (in the big-winner category), and how he (and other plaintiffs) perceive whether they won or lost with important implications for legitimacy.

Multi-perspectival research has constraints as well. For example, research by the normative categories the law establishes. Similarly, roles are well defined making seeing the other side of a particular dispute. Resources such as organizational routines for managing disputes also make perspectives of elites more difficult to gauge. To develop a multi-perspectival or situated framework, researchers most often draw from legal consciousness to analyze internal schema, dispute processing to analyze structures, and critical legal studies to analyze ideology.

As the study of legal consciousness shows, law is an ever-evolving set of schema that exists in the minds of individual participants.[5] These schema are shaped by many factors: people's social location; the knowledge and resources at their disposal; the specific contexts in which they engage law (or avoid it); their interactions with organizations and legal authorities; and social institutions like the media (Ewick & Silbey, 1992, 1998; Haltom & McCann, 1999, 2004; Nielsen, 2000; Sarat, 1990). Interpretations of law depend upon and change with such factors and may become closely tied to feelings and emotions. Interpretations of law in general, and expectations of fairness in particular, shape people's actions around law and their assessments of those experiences. Potential plaintiffs, who are among the proverbial everyday people that have been the focus of most research on legal consciousness. Their decisions to turn to the law (or not) and to continue to pursue justice (or not) require that they know and believe they have been, or could be, harmed (Felstiner, Abel, & Sarat, 1980; Fiske, 1998, 2005; Major et al., 2002; Major & Kaiser, 2005). Even when they do know, people are reluctant to make a claim because they have insufficient access to law-

5. Some scholars of Legal Consciousness become dissatisfied with the way that concept is used in sociolegal research in the past few years (see, Silbey, After Legal Consciousness). We intend to be following in the tradition of the productive use of the concept in which we begin to articulate "how … different experiences of law become synthesized into a set of circulating, often taken-for-granted understandings and habits" (p. 323) to address legal hegemony. Here we are looking at the way parties construct one crucial concept – justice – to explore the way the weight of the claim can be hegemonic serving to make claims by parties with vastly disparate resources seem morally equivalent.

yers (Curran, 1977) or may not want to be classified as a victim (Bumiller, 1987) or a "greedy plaintiff" (Haltom & McCann, 2004). Potential plaintiffs may prefer not to conform to law's categories because law's "solution" to their "problem" so inaccurately represents how they view the world (Engel & Munger, 2003; Sarat & Felstiner, 1995). When individuals do turn to law, they find their **disputes transformed by lawyers** (Sarat & Felstiner, 1995) and the courts in ways they often find unsatisfying (Merry, 1990).

Such insights into legal consciousness point to the necessity that we examine people's perceptions of fairness in everyday, lived and ongoing interactions with law from the various perspectives that they bring to law with them. Fairness itself is not discrete and immutable. Rather, people "build up" and "negotiate" the meanings of the law through mundane and routine interactions (Blumer, 1962) with legal authorities, procedures, and formal organizations such as law school and in their personal lives.

These legal authorities and organizational contexts create the institutional parameters within which litigants assess fairness. As Galanter (1974) famously argued, the structural features of the legal system may appear neutral but actually favor those parties with more resources and experience. Empirical research on dispute processing shows how these structural features produce material advantages on the ground (Hirsh, 2008). Courts treat employers' equal employment opportunity and diversity policies as indicators of employers' legal compliance, regardless of the policies' efficacy (Edelman, Krieger, Eliason, Albiston, & Mellema, 2008).

Law and its organizational and institutional structures also establish the ideological parameters within which people construct their conceptions of fairness, as shown in critical legal scholarship. Legal categories and frameworks are not impartial constructs; they reflect and often advance the interests of groups in power (e.g., Berrey, 2011), despite law's ideological promise of neutrality. In so doing, legal institutions establish the very "conditions of possibility" that an individual claimant must encounter, setting up the rules and the arena within which the game is played (Bourdieu, 1990, see esp. 135-136).

Thus, ideals of fairness are an important component of the internal schema through which people make sense of law. At the same time, the "law on the books" and "the law in action" combine to create the institutional and ideological premises upon which litigants base such ideals (Newman, 1985; Robinson, 1997), with considerable advantages to affluent defendants and corporate litigants (Galanter, 1974; Grossman, Kritzer, & Macaulay, 1999; Kritzer & Silbey, 2003). Our situated justice approach begins with these premises. Applied to the study of employment discrimination law, it reveals legal parties' conceptions of fairness in their real-life encounters with law and the role of these conceptions in an extremely unequal system of litigation.

In an arena of a litigious policy, we see polarized perceptions, which produce questions about the legitimacy of law – both by plaintiffs and defendants. Critically, defendants do not take claims seriously and therefore denigrate those who raise claims of discrimination. As such a multi-perspectival approach to the study of litigation is crucial.

4 Multiple vocalities

A third multiplicity that a Law in Motion perspective would embody is multi-vocality. Multi-vocality means presenting multiple perspectives effectively, considering our audiences, and giving voice to a variety of people that otherwise are silenced in legal analysis.

4.1 Presenting multiple perspectives

All of the benefits of a multi-perspectival approach cannot be realized without new ways of presenting those perspectives. Traditional academic writing is one of the least effective ways of presenting multiple perspectives because of the linearity of writing. Taking seriously the idea that law and legal conflicts are contradictory and contingent, presenting one perspective followed by the other does not allow us to put those voices into conversation very effectively. As such, we must consider new ways to present the perspectives we study.

One innovative example of a multi-vocal presentation is Michelle Oberman's recent article, "Two Truths and a Lie" (2013), in which she takes a new method-

ological, analytic, and presentational approach to studying teen sexuality and date rape. A claim of rape always involves contradictory interpretations of events, but Professor Oberman's analysis carefully analyzes not just the competing stories, but also the competing constructions of gender, sexuality, and society of the parties alongside the court's construction of those same events.

Instead of relying only on court records, Professor Oberman interviewed as many parties as she was able to in order to give voice to the different perspectives which reveals important new insights about the legal system's inability to adequately conceptualize the events, the role of law in defining what happened, and law's capacity to remedy. But one of the most interesting aspects of Professor Oberman's research is that her unique methodologies translate into how she presents the analysis. In the published version of this article, Professor Oberman presents the stories of the parties (victim, perpetrator, and court's) in side-by-side parallel columns. This simple adjustment allows the reader to compare moments in the stories to easily see where the stories are similar and different.

Professor Oberman's research and presentation begin from the premise that law is all about stories. The conflicts we attempt to resolve with law emerge from stories. The conflicts are articulated and reconstructed through the telling of the stories, and we rely on courts to interpret the stories and apply rules. Professor Oberman's research strategy and presentation innovation prioritize stories in ways that shed new light on the importance of voices with important results.

4.2 Considering our audiences

A multi-vocal approach also means ensuring that our collective sociolegal scholarly voices reach our multiple audiences and not just one another. How do we, as scholars, think about allowing our data and findings speak to different audiences in effective, understandable, and compelling ways? William Haltom and Michael McCann (2004) make a compelling case for using stories to capture political and popular support. One way my own employment discrimination research speaks to different audiences in new ways is by integrating audio, which allows consumers of our research to hear how parties to employment discrimination litigation (Berrey, Hoffman, & Nielsen, 2012). In the audio clips, a listener can hear and identify emotion, cadence, and inflection. The audio is more than a simple, "extra," they are the data.

Multi-vocality also means considering our various audiences. Courts and legislators are a very particular kind of audience that sociolegal researchers must consider. Indeed, we have an obligation to present our research to parties like these so they have the opportunity to incorporate our findings into practices. And yet, courts often have a difficult time understanding our work. Policy research can be difficult to communicate to different audiences, but these ways of allowing data to speak to ordinary people and policy makers have to be our future if we want to continue the endeavor that we call "Law & Society."

4.3 Excluded voices

A third component of multi-vocality is giving voice to participants (or objects) of the legal system whose voices typically have been excluded. Critical Race Theory gave voice to people of color in important ways and demanded a new kind of empirical analysis that takes race seriously. For example, Laura Gómez's Presidential Address to the Law and Society Association (2012) examined our successes (and challenges) bringing voice to the experience of race in law. The emergence of empirically-grounded critical race scholarship is another sign of our multiple futures.

One of the founders of the new Empirical Critical Race Theory group, Osagie Obasogie provides one of the most important and interesting way of adding a new voice to an old conversation that law and society has seen in recent years. In *Blinded by Sight: Seeing Race Through The Eyes of The Blind*, Obasogie (2013) asks how blind people understand race. He differentiates those with sight impairment from birth – who have not seen the 'colors' that largely define race in American society from those who become sight impaired later in life. Of course, it is a truism that race is a socially constructed concept, but asking people to articulate the social construction and what clues, tips, and tools they use to determine race when sight is not available to give them their first clues, introduces new voices into our collective conversation

about race.

A Law in Motion approach to law and society scholarship embodies considering how we present the multiple perspectives, who we give voice to, and how we help other constituencies.

5 Multi-media: objects

Finally, a 'Law in Motion' approach to sociolegal research must carefully consider the question of objects in our research. Not only must we think about the objects we routinely study (such as court records, other documents and forms) it is important to consider and reconsider the role of cultural objects in our analyses.

Law and Society scholars, largely influenced by anthropologists long have been cognizant of the ways that collecting data from documents can be limited (Riles, 2006). Medical records, court documents, census forms, and the like are created for specific reasons and are used by different constituencies. The questions on the form ask about only certain aspects of the object of the form. In the case of lawsuits, for example, lots of details that are considered not legally relevant are not included.

With these limitations in mind, a Law in Motion scholarship methodology explores what is behind the documents. In my own research, this included asking litigants how they understood the physical case file that represented their litigation struggle. Most often, litigants told us they did not understand the legal file that represented their conflict with the company. This disjuncture reveals opportunity for analysis, however. The fact that we, as researchers, had to explain the outcome of cases to plaintiffs tells us quite a bit about the impenetrability of the legal system. These disjunctures between documents and the stories that the documents represent provide wonderful opportunity for sociolegal researchers to gain insight into the relationship between law and society.

In his groundbreaking work, Terrence McDonnell (2010) pushes beyond the study of formal legal artifacts and reminds us not just to examine cultural objects for signs of "culture" that they embody and portray, but also to remember to study these items as objects. In his work, McDonnell carefully documents the fate of HIV/AIDS red ribbons and other symbols deployed by activists in Ghana attempting to raise awareness about the disease. Particularly in locations with deep poverty, the political symbols designed to counteract strong social norms against discussing sexuality, are going to change over time. The political and health messages change as the symbols fade, become covered, or are moved to new locations. In some instances meaning may change and make the deployed symbol less effective, but surprisingly, McDonnell documents 'unintended' uses of these symbols in ways that encouraged HIV awareness in effective ways unanticipated by their designers. For example, one particular set of HIV awareness fliers intended for display in beauty salons were considered so beautiful that they were taken home and displayed by women in their bedrooms. One read of this change of location is that the fliers are no longer effective and yet the women who moved these fliers explained that since the bedroom is where they have sex, the reminder to use a condom is most effective there.

Objects are important to analyze for our understanding of the relationship between law and society. They are not, however, fixed forever. Court records can be misplaces, misfiled, damaged, stolen, misunderstood, or just unavailable. Other objects that embody law and policy, like HIV/AIDS ribbons, movies that portray law, and other cultural objects bear our analysis both as repositories of meaning and as physical objects.

6 Conclusion

Scholars of law and society come to this research primarily to explore possibilities for conducting research that could lead to transformations to improve legal systems and promote social justice. Doing so is difficult, but a Law in Motion perspective embodying multiple methods, multi-perspectival approaches, multi-vocalities, and multi-media is one way to think about creating the kind of holistic research that generates new insights into the relationship between law and society. Multiple methods allows us to ask the same questions using different methodologies which

reveal a more fulsome truth about our phenomenon.

Attention to various perspectives gives traction for understanding how the legal system appears unique to parties entering into it from different perspectives, with different understandings, from different socio-economic backgrounds and the like. A multivocal approach considers who and how we talk to different constituencies. And finally, multi-media means looking to objects and at objects for opportunities to consider the contingent and interdependent relationship between law and society.

To be sure, a research methodology that takes seriously all of these considerations would be lengthy and costly. To carefully consider a Law in Motion methodology may mean it happens over multiple years, multiple sites and even multiple projects with different researchers. And yet, a Law in Motion perspective honors the foundational goals of Law and Society pioneers.

7 References

Berrey, E. (2011). Why Diversity Became Orthodox in Higher Education, and How It Changed the Meaning of Race on Campus. *Critical Sociology, in press.*

Berrey, E.; Hoffman, S. G. & Nielsen, L. B. (2012). Situated Justice: A Contextual Analysis of Fairness and Inequality in Employment Discrimination Litigation. *Law & Society Review, 46*, 1-36.

Blumer, H. (1962). Society as Symbolic Interaction. In A. M. Rose (Ed.), *Human Behavior and Social Processes* (pp. 179-192). Boston: Houghton Mifflin Co.

Bumiller, K. (1987). Victims in the Shadow of the Law: A Critique of the Model of Legal Protection. *Journal of Women and Culture in Society, 12*, 421-534.

Curran, B. A. (1977). *The Legal Needs of the Public: The Final Report of a National Survey*. Chicago: American Bar Foundation.

Edelman, L. B.; Krieger, L. H.; Eliason, S. R.; Albiston, C.; & Mellema, V. (2008). Judicial deference to institutionalized employment practices. *Paper presented at the Discoveries of the Discrimination Research Group Conference*. Stanford Law School.

Engel, D. M. & Munger, F. W. (2003). *Rights of Inclusion: Law and Identity in the Life Stories of Americans with Disabilities*. Chicago: University of Chicago Press.

Ewick, P. & Silbey, S. (1992). Conformity, Contestation, and Resistance: An Account of Legal Consciousness. *New England Law Review, 26*, 731-749.

Ewick, P. & Silbey, S. (1998). *The Common Place of Law: Stories From Everyday Life*. Chicago: University of Chicago Press.

Felstiner, W.; Abel, R. & Sarat, A. (1980). The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, and Claiming. *Law and Society Review, 15*, 631-655.

Fiske, S. T. (1998). Stereotyping, Prejudice, and Discrimination. In D. T. Gilbert, S. T. Fiske, and G. Lindzey (Eds.), *Handbook of Social Psychology* (pp. 357-411). New York: McGraw-Hill.

Fiske, S. T. (2005). What We Know about the Problem of the Century: Lessons from Social Science to the Law, and Back. In L. B. Nielsen & R. L. Nelson (Eds.), *Handbook of Employment Discrimination Research: Rights and Realities* (pp. 59-74). Dordrecht: Springer.

Galanter, M. (1974). Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review, 9*, 95-160.

Galanter, M. (1983). Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society. *UCLA Law Review 31*, 31-71.

Gómez, L. E. (2012). Looking for Race in All the Wrong Places. *Law and Society Review, 46*, 221-245.

Grossman, J. B.; Kritzer, H. M.; & Macaulay, S. (1999). Do the "haves" still come out ahead? *Law and Society Review, 33*, 803-810.

Hagan, J. & Rymond-Richmond, W. (2009). *Darfur and the Crime of Genocide*. New York: Cambridge University Press.

Halliday, T. C. (2006). The Politics of Lawyers: An Emerging Agenda. *Law and Social Inquiry, 24*, 1007-1011.

Haltom, W. & McCann, M. (1999). Hegemonic Tales and Everyday News: How Newspapers Cover Civil Litigation. Unpublished manuscript, on file with authors.

Haltom, W. & McCann, M. (2004). *Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis*. Chicago: University of Chicago Press.

Hirsh, C. (2008). Settling for less? The organizational determinants of discrimination-charge outcomes. *Law and Society Review, 42*, 239-274.

Kritzer, H. M. & Silbey, S. (2003). *In Litigation Do the "Haves" Still Come Out Ahead*. Stanford: Stanford University Press.

Luker, K. (1985). *Abortion and the Politics of Motherhood*. Berkeley: University of California Press.

Macaulay, S. (1963). Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review, 28*, 55-67.

Major, B., Gramzow, R. H.; McCoy, S. K.; Levin, S.; Schmader, T. & Sidanius, J. (2002). Perceiving Personal Discriminaiton: The Role of Group States and Legitimizing Ideology. *Journal of Personality and Social Psychology, 82*, 269-282.

Major, B. & Kaiser, C. (2005). Perceiving and Claiming Discrimination. In L. B. Nielsen and R. L. Nelson (Eds.), *Handbook of Employment Discrimination Research: Rights and Realities*. Dordrecht: Springer.

McDonnell, T. E. (2010). Cultural Objects as Objects: Urban Space and the Interpretation of AIDS Campaigns in Acra, Ghana. *American Journal of Socio-*

logy, 115, 1800-1852.

Merry, S. E. (1990). *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness Among Working-Class Americans*. Chicago: University of Chicago Press.

Newman, J. O. (1985). Rethinking fairness: Perspectives on the litigation process. *Yale Law Journal, 94*, 1643-1659.

Nielsen, L. B. (2000). Situating Legal Consciousness: Experiences and Attitudes of Ordinary Citizens about Law and Street Harassment. *Law and Society Review, 34*, 201-236.

Nielsen, L. B. (2010). Mixed Methods in Empirical Legal Studies Research. In H. Kritzer (Eds.), *Oxford Handbook of Empirical Legal Studies*. New York: Oxford University Press.

Nielsen, L. B.; Nelson, R. L.; & Lancaster, R. (2010). Individual Justice or Collective Legal Mobilization? Employment Discrimination Litigation in the Post Civil Rights United States. *Journal of Empirical Legal Studies, 7*, 175-201.

Obasogie, O. K. (2013). *Blinded by Sight: Seeing Race Through the Eyes of the Blind*. Stanford: Stanford University Press.

Oberman, M. (2013). Two Truths and a Lie: In re John Z and Other Stories at the Intersection of Teen Sexuality and the Law. *Law and Social Inquiry, 38*, 364-402.

Riles, A. (2006). *Documents: Artifacts of Modern Knowledge*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

Robinson, P. H. & Darley, J. M. (1997). The utility of desert. *Northwestern University Law Review, 91*, 453-499.

Sarat, A. (1990). The Law is All Over: Power, Resistance, and the Legal Consciousness of the Welfare Poor. *Yale Journal of Law and Humanities, 3*, 343-379.

Sarat, A. & Felstiner W. (1995). *Divorce Lawyers and Their Clients: Power and Meaning in the Legal Process*. New York: Oxford University Press.

Sarat, A. & Scheingold, S. (1998). Cause Lawyering and the Reproduction of Professional Authority: An Introduction. In A. Sarat and S. Scheingold (Eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York: Oxford University Press.

Sarat, A. & Scheingold, S. (2001). Cause Lawyering and the State in a Global Era. New York: Oxford University Press.

Sarat, A. & Scheingold, S. (1997). Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities. New York: Oxford University Press.

Southworth, A. (1999). Lawyers and the "Myth of Rights" in Civil Rights and Poverty Practice. *Boston University Public Interest Law Journal, 8*, 469-511.

Southworth, A. (2000). Review essay: The Rights Revolution and Support Structures for Rights Advocacy. *Law and Society Review, 34*, 1203-1219.

Teles, S. M. (2010). *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press.

Data de submissão/Submission date: 07.02.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 14.05.2014

ASPECTOS PRÁTICOS DA PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: uma discussão a partir da experiência etnográfica no tribunal do júri //

Fábio Ferraz de Almeida[1]

Palavras-chave

Metodologia / Tribunal do júri / Etnografia

Resumo

Neste artigo, estou fundamentalmente interessado em discutir os aspectos práticos da pesquisa de campo em instituições jurídicas, a partir da experiência etnográfica no Tribunal do Júri em Juiz de Fora/MG. Primeiramente, explico como se deu a definição do objeto e a construção do problema de pesquisa. Em seguida, faço uma apresentação da pesquisa de campo, mostrando o que me guiou e em que direção. Nesta parte, procuro abordar os principais obstáculos à pesquisa encontrados ao longo do percurso. Conjuntamente, tento comentar como surgiu a ideia das entrevistas, como as realizei, quais foram as inquietações e como tratei os dados dessa natureza. O que proponho é, portanto, discutir a pesquisa empírica não a partir dos seus resultados, mas do processo pela qual ela foi construída.

Sumário

1 Introdução
2 Definindo um objeto
3 Construindo um problema de pesquisa
4 A pesquisa de campo
5 Obstáculos práticos da pesquisa
6 Pensando as entrevistas
7 Realizando as entrevistas
8 Intensificando a análise dos dados
9 Considerações finais
10 Referências

1. Mestre em Direito pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela UFJF. Assistente de Pesquisa da FGV Direito Rio.

PRACTICAL ASPECTS OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES: a discussion based on an ethnography of a trial by jury in Brazil // ***Fábio Ferraz de Almeida***

Keywords
Methodology / Trial by jury / Ethnography

Abstract
This paper discusses the practical aspects of performing empirical research in judicial institutions, based on my ethnography on the trial by jury in the city of Juiz de Fora/MG. First, I explain how I chose the object of study and formulated the research questions. Next, I present my fieldwork, showing what guided me and in which direction. In this part, I describe the main obstacles found during the course of this research. Thereafter, I comment on how the idea to do interviews emerged, how I performed them, which problems I needed to solve and how I treated such data. Thus, I propose to discuss the empirical research not by its results but based on the process by which it was socially constructed.

1 Introdução

Nos últimos 20 anos, temos acompanhado o crescimento e a consolidação da pesquisa empírica em Direito. Iniciativas pioneiras como as do Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisa (NUFEP), ligado à Universidade Federal Fluminense (UFF), e do Centro de Estudos em Direito e Sociedade (CEDES), formado por pesquisadores do antigo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) foram primordiais para a institucionalização de uma agenda de pesquisa empírica em Direito (Geraldo, Fontainha, & Veronese, 2010).

Esse crescente movimento em direção à empiria modifica, necessariamente, a forma como se faz e como se discute a pesquisa em Direito, criando uma demanda por novos debates sobre metodologia, muitas vezes negligenciada nos trabalhos teóricos da área.

A ideia de produzir este artigo surgiu de algumas reflexões que venho desenvolvendo há alguns anos, quando comecei a pesquisa que gerou minha dissertação de mestrado. Ao iniciar a revisão da bibliografia que tratava de meu objeto de pesquisa – o Tribunal do Júri no Brasil – percebi que a grande maioria dos trabalhos ignorava a questão metodológica. Apenas as teses e dissertações realizadas em programas de pós-graduação em Sociologia e Antropologia, ainda que nem todas, pareciam direcionar algum esforço para discutir como o trabalho foi efetivamente construído.

Este trabalho, assim, está fundamentalmente preocupado em tratar duas questões: 1) o que é a metodologia de um trabalho acadêmico em Direito?; 2) como uma pesquisa empírica em Direito pode ser debatida? Minha proposta não é responder diretamente cada uma dessas perguntas, mas aproveitar minha experiência na realização de pesquisa empírica durante o mestrado, entre 2011 e 2013, para exemplificar o que é possível discutir adotando-se uma perspectiva considerada pouco ortodoxa.

Dessa maneira, apresentarei como toda a investigação foi elaborada. Primeiramente, tratarei de explicar como se deu a definição do objeto e a construção do problema de pesquisa. Em seguida, farei uma apresentação da pesquisa de campo, mostrando o que me guiou e em que direção. Nesta parte, abordarei os principais obstáculos de pesquisa encontrados ao longo do percurso. Conjuntamente, tentarei comentar como surgiu a ideia das entrevistas, como as realizei, quais foram as inquietações e como tratei os dados dessa natureza.

2 Definindo um objeto

Meu interesse pela dinâmica do Tribunal do Júri surgiu a partir de uma conversa com um juiz, meu vizinho à época. Eu acabara de ingressar no mestrado e estava de mudança para o Rio de Janeiro. Comentando com ele sobre minha vida profissional e meus objetivos, fiz referência a meu trabalho de conclusão de curso, no qual realizei uma investigação empírica na Procuradoria do INSS em Juiz de Fora/MG (Ferraz de Almeida, 2010). Interessado, ele pediu para que eu enviasse aquele trabalho. Assim que terminou de ler, perguntou-me sobre a possibilidade e a vontade de elaborar algo parecido para o mestrado, só que desta vez, no Tribunal do Júri, onde ele trabalhava.

A princípio, fiquei um pouco receoso. Eu nunca havia assistido a um julgamento no Júri e meus esforços de estudo estavam concentrados na temática do *"decision-making"*. Além disso, imaginava que já existia uma infinidade de trabalhos etnográficos no júri brasileiro.

Nesta época, bem no início de 2011, eu ainda não havia me dado conta da importância de possuir o que os etnógrafos chamam de *"gatekeeper"*. Uma pesquisa de campo exige um acesso aos dados que não é evidente. Se eu não contasse com alguém que abrisse as portas do tribunal, dificilmente poderia realizar a pesquisa de campo.

Tomando consciência da oportunidade de contar com esse *"gatekeeper"*, comecei a fazer uma revisão bibliográfica sobre o que já havia sido escrito a respeito do Tribunal do Júri no Brasil, sobretudo a partir de dados empíricos. Para minha surpresa, a grande maioria dos trabalhos empíricos vinha das áreas da Antropologia e da Sociologia (Adorno, 1994; Figueira, 2007; Kant de Lima, 1999, 2008; Lorea, 2003; Moreira-Leite, 2006; Nunez, 2012; Schritzmeyer, 2002, 2007, 2008), enquanto que no Direito, o debate resumia-

-se a questões de direito positivo (Tubenchlak, 1997; Nucci, 2010, 2012; Tourinho Filho, 2012) e a alguns poucos trabalhos interdisciplinares (Rangel, 2012; Streck, 2001). Essa escassez de trabalhos empíricos no Direito me encorajou a aceitar o desafio de estudar, de dentro, o Tribunal do Júri em Juiz de Fora.

3 Construindo um problema de pesquisa

Definido *onde* fazer a pesquisa, restava escolher *o que* e *como* pesquisar. Pelos cânones científicos tradicionais, convencionou-se que, num projeto de pesquisa, o pesquisador deve estabelecer quais problemas irá enfrentar e quais hipóteses pretende testar ao longo da investigação. Essa postura epistemológica, entretanto, não dá conta de descrever o processo através do qual o trabalho é efetivamente construído (Latour & Wolgar, 1979; Latour, 2010; Lynch, 1997). Assim, acredito que os problemas de pesquisa são construídos pouco a pouco, entre idas e vindas, do campo à análise dos dados, já que os fenômenos sociais encontram-se em constante atualização (Blumer, 1986; Coulon, 1995; Garfinkel, 1984).[2]

Enfim, eu sabia apenas que gostaria de compreender a dinâmica de funcionamento do Tribunal do Júri, sobretudo no que dizia respeito à participação dos jurados ao longo de todo esse processo. Dessa forma, restava clara para mim a necessidade de ir até o tribunal e observar como as pessoas realizavam suas tarefas cotidianas por lá. Seria então, a partir desse período de observação que eu conseguiria vislumbrar melhor com o que trabalhar ao longo da pesquisa.

4 A pesquisa de campo

Comecei meu trabalho de campo em dezembro de 2011. Antes de ir ao tribunal, liguei para o juiz e combinamos de nos encontrar por lá, logo quando ele chegasse, bem no início da tarde. O tribunal fica localizado no centro da cidade de Juiz de Fora,[3] num prédio de quatro andares onde funciona a Justiça Estadual. No primeiro piso há a parte de distribuição e de protocolo, onde os advogados entregam suas peças processuais, que são direcionadas às respectivas secretarias. As varas criminais, incluindo o Tribunal do Júri, ficam no terceiro piso.

O juiz já havia me avisado que naquele dia seria realizado o último júri do ano. Depois disso, os funcionários do fórum entrariam em recesso e o expediente de trabalho só retornaria na segunda semana de janeiro do ano seguinte.

Chegando ao tribunal, notei que os portões do salão do júri ainda estavam fechados. Assim que se abriram, eu e outras cinco pessoas entramos e nos sentamos. Ao contrário dos demais, que se dirigiram às primeiras fileiras, preferi ficar a uma distância um pouco maior, onde além de ouvir bem o que era falado no julgamento, pudesse também observar a movimentação das pessoas que sentaram à minha frente.

Esse primeiro contato com o campo me deu algumas ideias e pistas de como e com o que trabalhar. Notei, por exemplo, que: 1) o papel do juiz aparentava ser mais importante do que imaginava. Pelo que percebi, era ele quem resumia o conteúdo dos autos do processo para os jurados, logo no início do júri, tentando "traduzir" os termos jurídicos para uma linguagem ordinária; 2) os jurados já pareciam possuir certa intimidade com o juiz e com os procedimentos, pois em momento algum pediram uma segunda explicação do que deveria ser feito; 3) o juiz aproveitava o tempo dos debates orais do promotor e do advogado de defesa para realizar uma série de tarefas práticas a respeito de outros processos; ele assinava papéis e atendia algumas pessoas que desejavam falar com ele; 4) existia um projeto para se criar uma associação dos jurados de Juiz de Fora, a qual seria presidida por um

2. A etnometodologia rompe com a sociologia tradicional porquanto não admite que existam hipóteses e problemas de pesquisa "a priori", antes da ida ao campo. Os fenômenos sociais estão em constante construção e transformação e só são passíveis de compreensão a partir de uma dialética, entre o que se observa no campo e o que se analisa fora dele. Isso ficou claro para mim quando, ao longo da pesquisa, deixei de me concentrar na tentativa de entender os mecanismos pelos quais os jurados decidiam e passei a prestar mais atenção na forma como eles interagiam com os demais indivíduos e na maneira como relatavam suas experiências enquanto tais.

3. Juiz de Fora é um município situado no interior de Minas Gerais, próximo ao Rio de Janeiro. Localiza-se a 283 km da capital, Belo Horizonte, numa região denominada Zona da Mata, no sudeste do estado. Sua população é de pouco mais de 500 mil habitantes e sua economia é basicamente voltada para o setor de serviços.

dos jurados mais antigos do tribunal.

Terminado o júri, tive a oportunidade de conversar com o juiz em seu gabinete. Combinamos que assim que as atividades no fórum recomeçassem dali a duas semanas, eu voltaria ao tribunal e iniciaria um estágio dentro da secretaria. Embora eu notasse que ele estranhara minha opção por trabalhar junto aos escreventes, em vez de me dedicar apenas à observação dos plenários do júri, sua reação foi positiva, já que segundo ele, a escrivã substituta estava mesmo precisando de alguém para ajudá-la nesse início de ano, quando alguns dos escreventes e a escrivã estariam de férias.

Trabalhar na secretaria significaria participar ativamente das dinâmicas de trabalho junto aos escreventes, assessores e escrivã. E mais do que isso, significaria tornar-me um "membro", no sentido etnometodológico. Ou seja, aprendendo as práticas comuns de um determinado grupo social, eu passaria a compartilhar sua linguagem e os significados de suas ações (Coulon, 1995, p. 47-48; Garfinkel & Sacks, 1970).

Segundo Garfinkel e Sacks (1970):

> *"The notion of member is the heart of the matter. We do not use the term to refer to a person. It refers instead to mastery of natural language, which we understand in the following way. We offer the observation that persons, because of the fact that they are heard to be speaking a natural language, somehow are heard to be engaged in the objective production and objective display of commonsense knowledge of everyday activities as observable and reportable phenomena. We ask what it is about natural language that permits speakers and auditors to hear, and in other ways to witness, the objective production and objective display of commonsense knowledge, and of practical sociological reasoning as well. What is it about natural language that makes these phenomena observable-reportable, that is, account-able phenomena? For speakers and auditors the practices of natural language somehow exhibit these phenomena in the particulars of speaking, and that these phenomena are exhibited is thereby itself made exhibitable in further description, remark, questions, and in other ways for the telling."*[4]

Em virtude desse período enquanto estagiário/pesquisador no Tribunal do Júri, eu pude compartilhar e experimentar o mundo social dos que ali trabalham. Uma de minhas tarefas, portanto, deveria ser a de *descrever* a organização das categorias criadas por esses membros, que dão sentido às suas ações.

Tornar-me membro, entretanto, não significava que eu me igualaria a eles. Mesmo passando por esse processo intenso de socialização, minha atividade dentro do fórum era diferente da dos demais por um motivo bem simples: as implicações práticas do que acontecia no trabalho eram diferentes para eles e para mim. Por exemplo, minha chegada atrasada ou saída adiantada não gerava qualquer tipo de reprimenda, formal ou informal, enquanto que no caso deles, a consequência ia desde um comentário debochado feito pelos companheiros de trabalho até uma advertência formal por parte do juiz.

5 Obstáculos práticos da pesquisa

Os problemas de pesquisa são, antes de qualquer coisa, obstáculos práticos[5] (Becker, 1998; Fontainha, 2012; Geraldo, 2011). Assim que defini pela realiza-

4. A noção de membro é o cerne da questão. Não empregamos o termo "membro" com referência a uma pessoa. Refere-se, sim, ao domínio da linguagem natural, o que entendemos da seguinte maneira. Observamos que as pessoas, porque estão falando uma linguagem natural, de alguma forma, estão envolvidas na produção e na exibição objetivas do conhecimento de senso comum de atividades cotidianas como fenômenos observáveis e reportáveis. Perguntamos: o que a linguagem natural possui que permite que falantes e ouvintes ouçam, e de outra forma, testemunhem a produção e exibição objetivas do conhecimento de senso comum, e também do raciocínio sociológico prático? O que tem a linguagem natural que faz com que esses fenômenos sejam observáveis-reportáveis, isto é, fenômenos relatáveis? Para falantes e ouvintes, as práticas da linguagem natural, de alguma forma, apresentam esses fenômenos nas particularidades da fala. E que esses fenômenos são exibidos é por si só, e por isso, exibível em descrições adicionais, observações, perguntas e outras formas de narração (tradução livre).

5. As questões práticas de pesquisa, embora pareçam distantes das preocupações intelectuais dos pesquisadores, são fundamentais. Realizar uma pesquisa de campo implica em definir onde fazer, como fazer, com quem falar, como falar, etc. Isto tudo modifica a forma como o trabalho é construído, devendo sempre estar explicitado ao longo da pesquisa.

ção de uma etnografia no Tribunal do Júri em Juiz de Fora surgiram alguns questionamentos: o que observar? De onde observar? Por quanto tempo observar? O que anotar? Como anotar? Com quem interagir? Como interagir?

O objetivo da pesquisa de campo era tentar acompanhar um pouco do trabalho rotineiro de cada um dos funcionários do tribunal. No total, além do juiz, eram seis escreventes, uma escrivã, dois assessores, dois oficiais de justiça e uma estagiária. Trabalhavam para o juiz ainda, um motorista, um segurança e uma secretária. De alguma maneira, todos eles eram importantes para a realização das tarefas cotidianas. A secretária, por exemplo, era responsável por atender as pessoas que procuravam pelo juiz. Ela os anunciava e ordenava essas visitas.

Ao longo da primeira semana, dediquei-me a acompanhar o trabalho da escrevente que estava substituindo a escrivã. Percebi que essa não seria a estratégia mais adequada, pois o trabalho entre os funcionários era coordenado, isto é, existe uma disposição metódica de reciprocidade ou de continuidade entre suas tarefas. Essa coordenação torna-se mais visível quando a rotina é quebrada, seja por um erro individual ou por um pedido de ajuda (Geraldo, 2011, p. 158-179). Por mais que as tarefas de cada um deles fossem bem definidas, volta e meia um conversava com o outro buscando algum tipo de esclarecimento. Além disso, como as audiências e os júris aconteciam fora da secretaria, para acompanhá-los, eu teria de parar de seguir o serviço interno. Assim, o que me pareceu mais acertado foi, nesse segundo momento, dar prioridade às audiências e aos júris. Quando não houvesse nenhum dos dois eventos – o que representava a maior parte do tempo – ficaria dentro do cartório observando o trabalho dos funcionários e ajudando no que fosse possível, afinal, eu me oferecera para estagiar ali no período da pesquisa.

Ter de observar todos esses cenários não foi uma tarefa fácil. Eu levava comigo apenas um pequeno bloco de anotações e uma caneta. Como no Brasil não é costume tomar notas enquanto estagiário, minha posição de pesquisador acabava sendo mais nítida, sobretudo para os escreventes e os demais funcionários do tribunal, que diversas vezes me perguntavam a respeito do mestrado, da pesquisa e dos meus interesses no trabalho deles.

Minha posição então, como estagiário/pesquisador era ambígua. Logo no primeiro dia, enquanto fazia anotações numa audiência, a estagiária sentou-se ao meu lado e perguntou se eu também era estagiário e se estava começando. Eu não sabia muito bem como responder, pois não tinha ideia do que ela imaginava ser uma pesquisa em direito. Respondi então, o que me passou pela cabeça no momento: "Mais ou menos. Sou formado e estou fazendo uma pesquisa para o mestrado". Ela então se colocou à disposição para ajudar no que fosse possível. Ademais, olhou para o meu bloco de anotações e disse que fazia o mesmo no inicio do estágio, o que foi um alívio para mim. Assim, minhas notas eram ao mesmo tempo: anotações de um estagiário novato e rascunhos de um caderno de pesquisa de um etnógrafo.

Essas anotações concentraram-se em três momentos e espaços distintos: (1) as audiências, (2) os júris e (3) o trabalho interno na secretaria. Tomar notas nas audiências e nos júris era uma tarefa menos trabalhosa, pois em geral, eu era apenas um observador da cena, embora algumas vezes tivesse de ajudar os escreventes em tarefas como colher as assinaturas das testemunhas e dos réus e levar alguns recados ao pessoal que continuara trabalhando na secretaria nestas ocasiões.

Nas audiências, procurei sentar-me na cadeira ao lado do escrevente responsável por datilografar o que o juiz ditava ao longo dessa etapa processual. Nessa posição, eu conseguia escutar bem o que promotor, juiz, testemunhas e réu falavam. Além disso, ficar de frente para o público facilitava minha tarefa de observar como as pessoas que assistiam às audiências se comportavam. Eu não conseguia ouvi-las, mas se sentasse próximo a elas, não conseguiria escutar o que era dito na audiência, já que ninguém fazia uso de microfones.

Nos júris, a tarefa tornava-se um pouco mais delicada. Além da presença dos jurados, pelos quais estava bastante interessado, o público era bem maior e mais funcionários participavam do procedimento. Mas en-

tão, o que observar? De onde?

A princípio, procurei sentar-me numa das várias cadeiras que ficavam atrás do juiz e do promotor, num lugar onde eu pensava poder prestar a atenção em tudo o que ocorria no júri. Dessa posição, só não tinha uma visão muito clara do público. Ao longo das semanas, fui percebendo que poderia trocar de posição durante os júris. Assim, por exemplo, quando o advogado e o promotor faziam os debates orais, eu tentava me deslocar para uma cadeira de onde pudesse escutar melhor o que estava sendo dito e observar mais detalhadamente as reações dos jurados.

Mesmo definindo o que observar e de onde observar, restava saber o que anotar. Se as audiências duravam em média uma hora, alguns júris só terminavam à noite. Dos júris que assisti, todos começavam por volta das 14 horas e nunca terminavam antes das 19 horas. O mais longo teve seu fim às 22 horas.

Como definir o tipo de anotação a se fazer? Quão detalhadas deveriam ser as minhas notas? Eu deveria tentar anotar as frases por inteiro, palavra por palavra? Deveria colocar minhas impressões a respeito do que observara? Se eu anotasse uma fala por completo, poderia perder a fala seguinte. Se não anotasse, poderia perder uma ideia essencial. Enfim, ao longo da pesquisa, refleti bastante sobre esse processo de tomada de notas, até que defini fazer o que estivesse ao meu alcance, sem me preocupar com o que eu supostamente perdia. Como escreveu Dupret (2010), a pesquisa é feita na "ordem do possível".

Ademais, não há uma maneira correta ou natural de se escrever sobre o que se observa. Como as descrições envolvem questões de interpretação e de percepção, diferentes descrições das mesmas situações e eventos são possíveis. Essas descrições são escritas de diferentes pontos de vista; elas moldam e apresentam o que aconteceu de diferentes maneiras – em parte porque os pesquisadores observaram pessoas e ocasiões distintas, mas também porque cada um deles fez diferentes escolhas quando escreveram (Emerson, Fretz, & Shaw, 1995, p. 4-11). Assim, o conteúdo de meu bloco de anotações alterna entre algumas páginas mais densas, com diálogos completos e descrições detalhadas, e outras menos refinadas, com anotações de palavras-chave e ideias gerais.

Se esses problemas já apareciam durante as audiências e os júris, no trabalho interno os obstáculos eram ainda mais complexos. Eu não só tinha uma variedade de ações para anotar – afinal, eram mais de cinco pessoas trabalhando quase que a tarde toda num espaço aproximado de 70 m² – como teria de lidar com essas anotações de outra maneira. Ao contrário do que ocorria fora da secretaria, onde eu podia escrever em meu pequeno bloco quase que o tempo todo, dentro da secretaria, eu não me sentia à vontade para fazê-lo. Eu não queria que os funcionários se sentissem desconfortáveis e também não gostaria que eles me atrapalhassem fazendo perguntas. Eu estava ali numa dupla condição: estagiário/pesquisador; eles não. Estavam ali enquanto servidores públicos. Fazer anotações num bloco de papel o tempo todo não é algo comum de se ver numa secretaria de tribunal.

Tratava-se, portanto, de uma situação ambivalente, na qual eu gostaria de preservar a espontaneidade do momento, tomando notas assim que as coisas fossem faladas e as cenas fossem vistas, ao mesmo tempo em que achava que sacar o caderno de anotações e tomar notas poderia arruinar o momento e quebrar a confiança das pessoas. Afinal, as anotações interferem nas interações com as pessoas no campo; elas criam dificuldade em interagir com os outros enquanto se deseja observar e escrever sobre o que se observa (Emerson et. al., 1995, p. 17-38).

Eu deveria pensar numa forma de lidar com esse obstáculo. Minha ideia foi então deixar as anotações para momentos como o lanche e o final do expediente, quando eu fazia pequenas notas, as quais poderiam ativar minha memória à noite, quando voltava para casa e construía um caderno de anotações mais denso. Essa estratégia exigiu um esforço extra. Excetuando os dias de júri, eu costumava retornar às 18h30. Em geral, passava pelo menos mais uma hora e meia todos os dias ampliando e detalhando meu caderno de anotações. Embora cansativa, essa dinâmica possibilitava a reflexão a respeito do que havia visto no tribunal ao longo do dia. Escrever um caderno de campo mais denso depois da saída do campo de pesquisa possibilitava a construção de anotações

mais lógicas e detalhadas sobre o que eu experimentara ao longo do dia. Além disso, por questão de facilidade, decidi escrever essas anotações numa ordem cronológica, embora tivesse pensado em colocá-las no papel dividindo-as por temas.

Ainda em relação aos problemas práticos de pesquisa, o diálogo com a estagiária me colocou outra questão: como interagir com as pessoas? O que eu poderia falar? O que eu não poderia dizer? Eu estava lá há dois dias; definitivamente, eu não era um "membro". Aos poucos, no entanto, fui percebendo que não adiantava muito eu pensar nessas questões. Em um dos dias, logo na primeira semana, uma das escreventes me pediu para ajudá-la a levar alguns mandados até a Central de Mandados, que ficava no primeiro andar do mesmo prédio. No trajeto, ela procurou explicar passo a passo o que eu deveria fazer para cumprir essa tarefa. Ao final, ela disse: "Hoje eu irei junto com você, mas aos poucos você vai aprendendo e poderá ir sozinho.". Na volta, ela me perguntou sobre o mestrado: "Como funciona o seu mestrado? Você ganha bolsa? Paga alguma coisa?".

Essa conversa é significativa, pois mostra, mais uma vez, a posição ambígua na qual eu estava inserido. Se por vezes os funcionários do tribunal me viam como estagiário, procurando me ensinar as tarefas cotidianas de trabalho, em outras ocasiões, eu era reconhecido enquanto pesquisador, alguém que queria informações a respeito de como era o funcionamento da instituição. Em certa medida, essa posição diferenciada me dava uma autonomia que o estagiário não possuía. Eu, por exemplo, poderia parar de realizar uma tarefa interna e, desde que avisando antes à escrivã ou a um dos assessores – dependendo de qual era a tarefa que eu estava realizando – ir assistir às audiências e aos júris.

As interações com os demais funcionários levantavam também uma questão ética de pesquisa. Minha posição enquanto pesquisador exigia um cuidado muito especial no modo como trataria o que vivenciei ao longo do trabalho de campo. Meu trabalho não tem, de maneira alguma, o objetivo de denunciar alguém ou alguma prática. Não pretendo fazer avaliações morais ao longo do texto. Meu intuito, como já disse anteriormente, é descrever a organização das práticas sociais observadas. As pessoas sabem sobre o mundo em que vivem e no qual trabalham; precisam conhecê-lo para avançarem em meio à sua complexidade[6] (Becker, 1998). O que me diferencia delas não é uma capacidade distinta de examinar as coisas, mas uma posição diferente dentro da instituição e algum conhecimento metodológico que me permite perceber a organização dos fenômenos de acordo com determinadas regras que a ciência coloca aos pesquisadores.

Por fim, destaco outra cena interessante, ocorrida ainda na primeira semana, quando uma senhora foi até o balcão e cumprimentou a todos. Pelo jeito de falar, ela parecia estar embriagada. Ela procurava um determinado defensor público. A assessora do juiz a levou até sala de espera do defensor. Ela disse que a mulher estava mesmo com um baita "bafo de cana". Ao final, os escreventes perguntaram se eu iria colocar esse episódio da mulher bêbada – que chamou um deles de "tigrão" e a outra de "tigresa" – em minha dissertação: "Olha o que você vai escrever, hein" – disse ela. "A gente vai ser a sua banca avaliadora. Vamos querer ler isso, hein!" completou outro.

Essa passagem me fez refletir bastante a respeito do meu próprio trabalho. Por mais que um trabalho científico vá ser avaliado por uma banca acadêmica, ninguém melhor do que os próprios "membros" para analisar a descrição fina daquilo que lhes é familiar. De certa maneira, se eles se reconhecerem no que aqui está escrito, acredito que terei feito um bom trabalho.

6. O que a etnometodologia propõe é uma análise que leve em conta a maneira pela qual as pessoas, coletivamente, definem a situação na qual sua ação ocorre. Assim, o que o pesquisador tem de fazer é observar como as pessoas expressam essa definição por meio de suas ações. A etnometodologia, então, leva a sério as pessoas ordinárias, em situações ordinárias, fazendo uso da linguagem ordinária. Dessa forma, podemos definir a etnometodologia como o estudo dos etnométodos, isto é, das técnicas culturais utilizadas pelas pessoas para realizar suas tarefas práticas cotidianas. Trata-se, portanto, de uma sociologia compreensiva e praxeológica que, além de abolir a ideia de um método único para se entender todo o mundo social, leva a sério o sentido que as próprias pessoas dão às suas ações.

6 Pensando as entrevistas

Ter ido ao Tribunal do Júri todos os dias da semana, ao longo de um mês e meio, certamente me permitiu conhecer e experimentar uma imensidão de dinâmicas específicas e contextuais. Não ter me restringido à observação das sessões de julgamento do júri foi uma opção interessante, pois me abriu os olhos para uma ampla gama de práticas que, embora fundamentais para a realização ordenada do trabalho rotineiro, são negligenciadas pelas pesquisas em Direito e em Ciências Sociais.

Foi a partir de conversas com os escreventes que pude descobrir e entender como é feita, por exemplo, a seleção das pessoas para integrar a lista de jurados, de onde serão sorteados aqueles que efetivamente participarão do júri. Essas conversas diárias com os diferentes funcionários possibilitou também o acesso direto ao jurado mais antigo do tribunal, o qual foi o primeiro entrevistado. Permitiu, ademais, pensar em quais os jurados deveriam e poderiam ser entrevistados e por quê. De acordo com Coulon (1995):

> *Captar o ponto de vista dos membros não consiste simplesmente em escutar o que dizem nem mesmo em pedir-lhes que explicitem o que fazem. Isto implica situar as descrições deles em seu contexto, e considerar os relatos dos membros como instruções de pesquisa (p. 91).*

Ao longo das primeiras duas entrevistas, procurei então, seguir a sugestão de Coulon (1995) e deixei que os próprios membros me sinalizassem para onde caminhar. Como boa parte das conversas foi a respeito de suas experiências enquanto jurados e dos problemas práticos gerados pela função, ambos me sugeriram entrevistar o presidente e o vice-presidente da Associação dos Jurados de Juiz de Fora.

Embora tenha conseguido entrevistar o primeiro deles, preferi não contatar o segundo, porquanto aquele me dissera que este passava por problemas particulares bastante complicados.

Assim, embora tivesse a intenção de conversar com ambos, uma pesquisa possui um cronograma e um prazo a serem cumpridos, isto é, como diria Garfinkel (1984), a pesquisa é uma atividade prática e por esse motivo, deve terminar em algum momento; não podemos assim, passar a vida toda colhendo dados e experimentando essas idas e vindas do campo à análise, o que acaba gerando violações na "maneira como a pesquisa deveria ser feita".

7 Realizando as entrevistas

A ideia de realizar entrevistas com os jurados vem desde o início do projeto de pesquisa. A princípio, meu planejamento incluía também a realização de entrevistas do tipo semi-diretiva com outros funcionários envolvidos nas dinâmicas de trabalho do tribunal, tais como os advogados, os promotores, os escreventes, a escrivã, os assessores e o juiz. Entretanto, em razão do tempo escasso, da dificuldade de agendar datas e horários com cada um deles e da necessidade de se fazer um recorte de pesquisa menos amplo, optei por entrevistar apenas os jurados.

Além disso, de certa forma, as conversas diárias com os funcionários supriam parte dessa demanda. A necessidade de entrevistar os jurados se dava justamente porque meu contato com eles não era rotineiro.

Assim, a partir dessas entrevistas, eu buscava compreender melhor a entrada deles num contexto institucional marcadamente técnico e burocratizado, isto é, como eles dão conta de realizar suas tarefas práticas de jurados. Por se manifestarem pouco ao longo dos júris – ao menos oralmente – eu entendia essencial ouvi-los, mesmo que fosse num contexto completamente diferente, no caso, o de uma entrevista acadêmica.

Definir quem entrevistar é sempre um problema. De início, uma estratégia que me pareceu acertada foi a de escolher aleatoriamente, a partir da lista dos jurados do ano de 2012, um número praticável de entrevistados – inicialmente, pensei em algo em torno de dez a quinze pessoas. Essa ideia, no entanto, não durou muito tempo. Ainda no estágio, na terceira semana, um dos escreventes me apresentou a um jurado que segundo ele, era o mais antigo do tribunal – na entrevista, ele me disse que já trabalhava como jurado há 34 anos. Conversando com ele, uma infinidade de ideias passou pela minha cabeça. Aquele

senhor possuía uma experiência riquíssima dentro do tribunal. Ele tinha de ser o primeiro entrevistado. Assim, percebi que não adiantaria planejar uma lista de entrevistados *a priori*. Talvez fosse melhor eu deixar com que cada jurado me guiasse a outro, e assim por diante.

Agendar a primeira entrevista foi uma tarefa trabalhosa. Eu tinha dúvidas se os jurados aceitariam ser entrevistados. Além disso, refleti bastante a respeito do local onde as entrevistas deveriam ser realizadas. Assim que entrei em contato por telefone com o jurado, ele não se lembrou de mim e disse que seria um pouco complicado fazer a entrevista. Pediu então para que eu ligasse dali a uma semana. Quando voltei a contatá-lo, ele me pareceu mais solícito já que se colocou à disposição para conversarmos assim que eu pudesse. Sua única preocupação parecia ser a extensão da conversa. Disse então que a entrevista não passaria de quarenta minutos. Perguntei ainda onde ele se sentiria mais confortável para conversarmos. Ele disse que poderia ser em sua casa. Anotei o endereço e agendamos um horário no sábado, logo após o almoço, quando ele estaria em casa.

Não foi difícil encontrar o local da entrevista. A casa do jurado ficava próxima a uma avenida movimentada da cidade. Observando a vizinhança, repleta de casas antigas, algumas com pinturas desgastadas e portões velhos, inferi que se tratava de um bairro de classe média baixa. A fachada da casa estava má conservada e o jardim parecia mal cuidado, pois as plantas não estavam podadas. Havia um carro na garagem. Assim que toquei a campainha, ele me atendeu e fomos até o primeiro cômodo da casa, uma sala de televisão bem simples, com um sofá antigo e uma poltrona. Antes de entrar no assunto da entrevista, procurei conversar com ele um pouco. Falamos de futebol e de como a cidade estava crescendo espantosamente na última década. Isso me pareceu uma estratégia interessante para poder deixá-lo o mais relaxado possível.

Eu tinha também a preocupação de pedir a autorização para gravar a conversa[7]. O gravador seria uma ferramenta importante para eu poder me concentrar no entrevistado, não na tomada de notas, isto é, eu não queria danificar as interações ao longo da conversa olhando para o caderno de anotações. Por outro lado, o uso desse instrumento poderia inibi-lo de alguma maneira.

Ele aceitou a gravação. Deixei o gravador numa pequena mesa ao lado da poltrona onde ele estava sentado. Escolhi esse lugar porque imaginei que ali ele não olharia o tempo todo para o instrumento. Minha impressão inicial era de que o gravador havia o inibido um pouco no início. Suas respostas eram curtas e muitas vezes ele gaguejava um pouco ou demorava até dizer que "não se lembrava bem". Essa impressão, no entanto, talvez não seja a mais adequada. Isto porque mesmo depois de desligar o gravador, sua postura continuava a mesma. A situação só mudou quando eu dei por encerrada a entrevista: "Está certo Sr. Vilson[8], muito obrigado pela conversa". Essa frase marcou o final de um determinado tipo de interação. Depois disso, voltamos a conversar, só que sem "estarmos numa entrevista". Isso fez toda a diferença. As falas dele me pareciam mais espontâneas – eram falas mais longas, inclusive – e sua postura havia mudado; ele ria mais e não gaguejava. Essa cena é interessante para perceber que não é o simples uso do gravador que modifica a forma pela qual as pessoas interagem. O que faz de uma entrevista uma entrevista é seu caráter formal e seus marcadores de início e de fim. Ninguém começa ou termina uma interação cotidiana da forma pela qual eu o fiz na conversa com este jurado. O caráter mais formal e artificial – se comparado à maioria das interações

7. Segundo Sacks (1984): "It was not from any large interest in language or from some theoretical formulation of what should be studied that I started with tape-recorded conversation, but simply because I could get my hands on it and I could study it again and again, and also, consequentially, because others could look at what I had studied and make of it what they could, if, for example, they wanted to be able to disagree with me." (Não foi a partir de qualquer grande interesse pela linguagem ou de alguma formulação teórica do que deveria ser estudado que eu comecei a trabalhar com conversas gravadas em áudio; mas simplesmente porque eu poderia colocar minhas mãos nesse material e estudá-lo incessantemente; e também, consequentemente, porque os outros poderiam olhar aquilo que eu havia estudado e fazer o que eles pudessem, se, por exemplo, eles quisessem ser capazes de discordar de mim [tradução livre]).

8. Como este trabalho não possui qualquer objetivo de denunciar práticas ou pessoas, mas apenas compreender como as coisas efetivamente acontecem, todos os nomes são fictícios.

cotidianas – transforma a ação dos entrevistados em *"respostas-a-perguntas-de-entrevistas"*.

Essa experiência e minhas reflexões a respeito dela me fizeram modificar algumas características para a entrevista seguinte. Eu deveria minimizar essa formalidade e essa artificialidade. A retirada desses marcadores típicos de entrevistas seria um passo essencial. Além disso, eu decidi parar de me referir a esses encontros como "entrevistas", passando a denominá-los como "conversas".

O contato deste outro jurado me foi passado pelo primeiro entrevistado, justamente na conversa "pós-entrevista", quando ele comentou bastante a respeito da criação da Associação dos Jurados da cidade.

Marcar a conversa com ele foi bem mais fácil. Logo na primeira ligação, identifiquei-me como mestrando e esclareci meus interesses de pesquisa. Combinamos de conversar na manhã seguinte, em sua casa.

Assim como na entrevista anterior, não foi difícil encontrar o lugar combinado. A casa dele ficava no centro da cidade, numa rua movimentada, a duas quadras do fórum. Tratava-se de um prédio, com poucos andares. Chegando lá, toquei o interfone. Quem atendeu foi sua mulher, que pediu para eu subir até o terceiro andar. Ele me recebeu com gentileza e nos sentamos nos sofás de uma sala de estar. A gravação da conversa foi aceita. Eu procurei explicar que esse procedimento facilitaria o trabalho de análise posterior dos dados.

Ao longo da conversa, o jurado mostrou-se muito mais à vontade. Sua postura era bem diferente da do primeiro entrevistado, que me parecera inibido pela formalidade do encontro. Nesse sentido, uma cena me pareceu bastante interessante: em meio à entrevista, quando ele falava de como avalia o trabalho do advogado e do promotor ao longo do júri, ele fez referência à minha postura enquanto participante da conversa:

> *Leandro: - Eu te falei no princípio do nosso bate-papo. (...) Ele tem que perceber... Você tá falando comigo e tá com uma postura de que o papo está interessante. Se ele não estivesse interessante, você teria uma outra postura." [Ele movimenta-se no sofá, mostrando uma postura de quem estaria pouco interessado, com o corpo mais "jogado" no sofá].*

Essa fala é expressiva, pois mostra a importância da forma que o pesquisador se comporta ao longo de uma entrevista. O fundamental nessas cenas é parecer interessado, por mais que em determinados momentos da conversa isso seja uma tarefa árdua. O interesse do entrevistado é, muitas vezes, reflexo da postura do entrevistador.

Além disso, destaco também a forma pela qual as perguntas foram construídas contextualmente, ao longo de cada conversa. Eu não tinha perguntas pré-formuladas; não havia um roteiro. Em meu caderno, escrevia apenas algumas palavras-chave – decisão, rotina, ingresso no júri, associação de jurados, etc. – que poderiam me ajudar no caso de eu não perceber nenhuma pista deixada pelo próprio jurado.

As entrevistas com esses jurados me levaram a procurar o presidente da Associação dos Jurados da cidade de Juiz de Fora/MG. O contato foi feito pelo telefone, quando combinamos de nos encontrar num final de semana pela manhã, para conversarmos. Assim como nas entrevistas anteriores, apresentei-me como um estudante de mestrado que nutria um profundo interesse pelo júri e pela participação dos jurados neste tribunal.

A entrevista foi realizada numa praça próxima ao local onde nos encontramos. O local, embora aberto, não era barulhento, dando à gravação qualidade razoável.

O início da conversa deu-se com a seguinte manifestação: "Mas então, Fábio, o que é que você quer saber?".

Essa frase é definitivamente perturbadora porquanto, embora os objetivos de pesquisa sejam definidos pelo pesquisador, ao trabalhar sob a perspectiva da etnometodologia os assuntos importantes são dados pelos membros. Ao pesquisador, cabe a tarefa perceber a organização da experiência social daqueles que observa e com quem conversa ao longo da investigação.

De toda forma, eu tentava iniciar a conversa perguntando como a pessoa chegara até o Tribunal do Júri, procurando evitar qualquer interrupção enquanto o jurado construía sua resposta. As perguntas posteriores, assim, eram formuladas a partir do que eu havia entendido das respostas anteriores, sabendo, evidentemente, que o assunto principal da conversa era o Tribunal do Júri.

Além disso, sendo o presidente da associação dos jurados, e tendo eu explicitado meu conhecimento sobre essa condição logo no contato inicial, ele tendia a elaborar suas falas comentando sobre a "figura do jurado" e a "importância da associação".

Ao longo da entrevista, ele me perguntou quem mais eu havia entrevistado. Respondi que havia falado com dois de seus colegas e foram justamente eles que mencionaram seu nome. Ele então, perguntou se eu conversaria com mais alguém. Eu disse que pensava em entrevistar o vice-presidente da Associação e também alguns jurados novatos, para estabelecer uma comparação. Irônico, ele disse que talvez não fosse interessante entrevistar um novato, pois ele provavelmente não saberia nada sobre o Tribunal do Júri. Diante dessa reação, acabei entrevistando uma jurada que havia participado de poucos julgamentos, há cerca de dois anos. Ela foi minha última entrevistada.

Interessante destacar também a maneira pela qual a entrevista se encerrou:

> *Pascoal: – O que que eu posso te servir mais, Seu Fábio?*
> *Fábio: – Tá ótimo! Por mim...*
> *Pascoal: – Outra coisa. Se você se lembrar de outra coisa durante o período que você estiver fazendo o trabalho, você pode me ligar, de preferência à noite, porque...*
> *Fábio: – Fica mais fácil...*
> *Pascoal: – Fica mais fácil de eu falar com você. Durante o dia tem sempre alguém que interrompe... Porque lá é dinâmico. Você entende isso. Não é questão de... É que fica mais fácil da gente conversar. Pode ser à noite, depois das 7 horas, das 8 horas... Não tem problema, não. Pode me ligar.*

Essa passagem é importante porque ajuda a compreender o que uma pessoa espera de uma entrevista. O entrevistado possui uma ideia de por que ele foi escolhido. No caso, ele sabia que havia sido entrevistado por ser o presidente da Associação dos Jurados. Isso implica numa expectativa de que o entrevistador anseie por determinadas informações, no caso, sobre o Tribunal do Júri e a Associação dos Jurados. O entrevistado marca essa expectativa tanto no início da conversa, quanto no final.

Segundo Have (2004), "interviews are often deeply *moral* events with important implications and consequences for the interviewee, while interviewers do interviews as part of their standard professional routines" (p. 57).[9] Não é possível negar, portanto, a natureza diferente dos dados coletados nas entrevistas em relação àqueles advindos da observação participante. Nesse sentido, a pergunta essencial a ser respondida é: como aquilo que ocorre num contexto de entrevista pode se relacionar com o que é observado fora dela?

8 Intensificando a análise dos dados

Dizer que a análise dos dados coletados ao longo da investigação científica é um passo posterior à própria coleta me parece contraditório ao que experimentei ao longo do trabalho. Tanto a estrutura da pesquisa, quanto os problemas a serem estudados surgem de um processo dialético, entre as idas e vindas, do laboratório ao campo (Blumer, 1986; Geraldo, 2011). Durante todo meu estágio no tribunal, procurei refletir a respeito do que havia visto e experimentado a cada dia. Em meu caderno de campo, por exemplo, há uma série de comentários que me ajudaram e ainda me ajudam a definir um caminho de pesquisa. Isso reflete em boa parte das minhas escolhas posteriores, inclusive na forma como entrevistei os jurados. Assim, posso afirmar que a análise dos dados foi elaborada desde o início da investigação.

No entanto, não é falso afirmar que essa análise é intensificada a cada dia de pesquisa. E por um motivo

9. "(...) em geral, as entrevistas são eventos profundamente morais, com importantes implicações e consequências para o entrevistado, enquanto que os entrevistadores as fazem como parte das suas rotinas profissionais padrão" (tradução livre).

muito simples: a cada dia que se passava, possuía mais dados e mais reflexões sobre eles. Se no início eu tinha apenas uma vaga ideia do que era o Tribunal do Júri, o que as pessoas faziam lá e qual o papel dos jurados nesse processo, hoje, mais de um ano depois, tenho uma imagem bem menos nebulosa sobre todos esses fenômenos, graças à experiência adquirida no campo. Um exemplo: antes do meu primeiro dia no Tribunal do Júri, o que eu sabia a respeito dos critérios de escolha dos jurados era apenas o que está escrito no Código de Processo Penal, ou seja, que a lista seria elaborada, a pedido do juiz, a partir de indicações de autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários. Em conversas com os escreventes, entretanto, eles me contaram que a lista de jurados é feita por meio da justiça eleitoral; depois disso, é feita uma triagem pela escrivã, na qual ela tenta montar uma lista em que as pessoas sejam disponíveis para atuar nos júris. Assim, pessoas que moram muito longe do fórum e não teriam condições financeiras nem tempo para pagar uma condução na ida e na volta, são por vezes evitadas.[10]

Essa experiência é significativa em dois sentidos: no primeiro, ela valoriza a investigação empírica, pois mostra como o "direito nos livros" é bastante diferente do "direito em ação";[11] no segundo, ela reforça a ideia de que não faz muito sentido, nesse tipo de trabalho, pensar em hipóteses e problemas de pesquisa antes da ida ao campo.

Além do processo de seleção, minhas reflexões sobre as observações no campo e as entrevistas me permitiram perceber a importância da rotina de trabalho no tribunal e de sua relação com a criação da Associação dos Jurados e com a discussão sobre democracia e participação popular.

9 Considerações finais

A realização de uma pesquisa qualitativa implica em contornar determinados obstáculos. Antes de serem problemas teóricos, esses obstáculos são também questões práticas. O que estudar? Onde realizar a pesquisa? Quais métodos empregar? O que observar? Como observar? Como interagir com as pessoas? O que anotar? Como anotar? Todas essas são perguntas, além de serem pensadas, devem estar explícitas ao longo do trabalho de um pesquisador.

Dessa forma, o que tentei apontar neste artigo é como, ao longo de minha pesquisa no Tribunal do Júri, procurei lidar com todos esses aspectos práticos. Longe de ser um caminho contínuo, a pesquisa é uma construção que envolve muitas idas e vindas. Definir um objeto, construir uma problemática, realizar o trabalho de campo e analisar os dados coletados não são etapas sucessivas de uma investigação científica. Diferentemente, são movimentos reflexivos que parecem permear toda a prática acadêmica. Discutir uma pesquisa não é apenas, portanto, debater sobre seus resultados, mas, sobretudo, descrever como ela foi realizada.

10. Para mais detalhes do processo de seleção dos jurados no Tribunal do Júri de Juiz de Fora/MG, ver o capítulo 4 de minha dissertação de mestrado (Ferraz de Almeida, 2013).

11. Compreender o direito em ação é uma preocupação central dos estudos do "Law and Society", um movimento americano surgido após a 2ª Guerra Mundial, por meio da iniciativa de cientistas sociais interessados em analisar o direito (Friedman, 1986). Ele se diferencia da Sociologia do Direito por tenta acomodar não só as preocupações teóricas e metodológicas da sociologia, mas também das demais ciências humanas, como a ciências política, a antropologia, a economia e a psicologia. Dentre as principais temáticas trabalhadas, destacam-se os trabalhos sobre educação jurídica, administração da justiça e políticas públicas (Banakar, 2009).

10 Referências

Adorno, S. (1994). Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no Tribunal do Júri. *Revista USP- Dossiê Judiciário*, 132-151.

Banakar, R. (2009). Law Through Sociology's Looking Glass: Conflict and Competition in Sociological Studies of Law. In A. Denis; D. Kalekin-Fishman (Org.) *The New ISA Handbook in Contemporary International Sociology: Conflict, Competition, and Cooperation*. London: SAGE Publications.

Becker, H. (1998). *Tricks of the Trade*. Chicago: University Of Chicago Press.

Blumer, H. (1986). *Symbolic Interactionism:* Perspective and Method. Berkeley: University of California Press.

Coulon, A. (1995). *Etnometodologia*. Petrópolis: Vozes.

Dupret, B. (2010). A intenção em ação: Uma abordagem pragmática da qualificação penal num contexto egípcio. *Revista Ética e Filosofia Política, 2 (12)*, p. 109-140. Disponível em http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/06/12_2_dupret6.pdf

Emerson, R.; Fretz, R.; Shaw, L. (1995). *Writing Ethnographic Fieldnotes*. Chicago: University of Chicago Press.

Ferraz de Almeida, F. (2010). A construção do diálogo institucional: entre a Procuradoria do INSS e as Justiças Federal e Estadual. Ética e Filosofia Política*, 2* (12), 157-173. Disponível em http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/06/12_2_almeida9.pdf

Ferraz de Almeida, F. (2013). *Ninguém quer ser jurado: uma etnografia da participação dos jurados no Tribunal do Júri* (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil.

Figueira, L. E. (2007). *O ritual judiciário do tribunal do júri: o caso do ônibus 174* (Tese de Doutorado). Universidade Federal Fluminense, Brasil.

Fontainha, F. C. (2012). *Les (en)jeux du concours: Une analyse interactionniste du recrutement à l'École Nationale de la Magistrature.* Sarrebruck: Éditions Universitaires Européenes.

Friedman, L. M. (1986). The Law and Society Movement. *Stanford Law Review*, *38*, 763–780.

Garfinkel, H.; & Sacks, H. (1970). On Formal Structures of Practical Action. In McKinney, J.C.; Tiryakian, E.A. (Org.). *Theoretical Sociology*. New York: Appleton-Century-Crofts.

Garfinkel, H. (1984). *Studies in Ethnomethodology.* New York: Blackwell Pub.

Geraldo, P. H. B.; Fontainha, F. C.; & Veronese, A. (2010). Sociologia empírica do direito: uma introdução. *Ética e Filosofia Política*, 2 (12), 1-13.

Geraldo, P. H. B. (2011). *La Proximité au Palais: Une analyse de la socialisation des juges de proximité*. Sarrebruck: Éditions Universitaires Européenes.

Have, P. (2004). *Understanding Qualitative Research and Ethnomethodology*. London: Sage Pubications.

Kant de Lima, R. (1999). Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma Abordagem Comparativa dos Modelos de Administração de Conflitos no Espaço Público. *Revista de Sociologia e Política, 13,* 3-38.

Kant de Lima, R. (2008). *Ensaios de Antropologia e de Direito*: *Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Latour, B. (2010). *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge: Polity.

Latour, B.; & Woolgar, S. (1979). *Laboratory Life: The Social Construction of Scientific Fact*. Beverly Hills: Sage Publications.

Lorea, R. A. (2003). *Os Jurados Leigos: Uma Antropologia do Tribunal do Júri* (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil.

Lynch, M. (1997). *Scientific practice and ordinary action: ethnomethodology and social studies of science*. New York: Cambridge University Press.

Moreira-Leite, A. M. F. (2006). *Tribunal do Júri: O Julgamento da Morte no Mundo dos Vivos* (Tese de Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.

Nucci, G. S. (2010). *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Nucci, G. S. (2012). *Tratado Jurisprudencial e Doutrinário: Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Nuñez, I. S. (2012). *Dogmas e Doutrinas: Verdades Consagradas e Interpretações Sobre o Tribunal do Júri* (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal Fluminense, Brasil.

Rangel, P. (2007). *Tribunal do Júri: visões lingüística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Sacks, H. (1984). Methodological remarks. In Atkin-

son, J. M.; Heritage, J. (Org.) *Structures of Social Action: Studies in Conversation Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press.

Schritzmeyer, A. L. P. (2002). *Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado* (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil. Disponível em http://www.nevusp.org/downloads/down164.pdf

Schritzmeyer, A. L. P. (2007). Etnografia dissonante dos tribunais do júri. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP, 19*, 111-129.

Schritzmeyer, A. L. P. (2008). Afetos em jogo nos Tribunais do Júri. *São Paulo em Perspectiva, 21*, 70-79. Diponível em http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v21n02/v21n02_06.pdf

Streck, L. L. (2001). *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Tourinho Filho, F. C. (2012). *Código de Processo Penal Comentado* (vol. 2, 14 ed). São Paulo: Saraiva.

Tubenchlak, J. (1997). *Tribunal do Júri: contradições e soluções* (5 ed). São Paulo: Saraiva.

Data de submissão/Submission date: 30.01.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 26.06.2014

QUAL É A CONTRIBUIÇÃO DO DEBATE COM AS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA A PESQUISA JURÍDICA BRASILEIRA? Uma análise a partir da experiência empírica junto aos juizados criminais especiais cariocas //

Vera Ribeiro de Almeida[1]

Palavras-chave

Pesquisa empírica em direito / Justiça criminal consensual / Interdisciplinaridade

Sumário

1 Introdução
2 Escolhendo o objeto da pesquisa e sua correlação com os métodos empregados
3 A determinação do recorte geográfico
4 A opção pelos referenciais teóricos
5 Conclusão
6 Referências

Resumo

Este artigo sintetiza algumas observações relativas a uma pesquisa mais ampla e na qual foram empregados a literatura e os métodos provenientes das ciências sociais. Estes recursos se transformaram em um instrumental importante para a compreensão dos discursos dos operadores jurídicos e de suas práticas judiciárias, com ênfase no exame do consenso na justiça criminal carioca, pois a partir deles foi possível perceber o direito sob um viés não normativo. Para tanto, comparei os discursos oficiais (legal e doutrinário) com as práticas e discursos dos operadores do direito no que diz respeito à categoria "consenso" (e outras categorias que com ela se articularam). Ao dialogar com os resultados obtidos nesse exercício, pretende-se contribuir para a reflexão sobre os rumos da pesquisa jurídica brasileira e a indispensável interlocução com tais contribuições.

1. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, professora de Direito Penal e Processo Penal; pesquisadora do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos – InEAC/INCT e consultora acadêmica do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, junto ao Projeto Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

WHAT IS THE CONTRIBUTION OF THE DIALOGUE WITH SOCIAL SCIENCES FOR BRAZILIAN LEGAL RESEARCH? An analysis from an empirical study in the small claims criminal court in the city of rio de janeiro // *Vera Ribeiro de Almeida*

Keywords
Empirical research in law / Consensual criminal justice / Interdisciplinarity

Abstract
This paper synthesizes some observations regarding a broader research in which both literature and methods from social sciences were employed. These resources have become important instruments for understanding legal actors' speeches and their judicial practices, with an emphasis on the analysis of consensus building in the criminal justice system of the city of Rio de Janeiro. This emphasis was justified because in the course of such analysis it was possible to observe law through a non-normative perspective. In order to do so, we have compared the speeches (both legal and doctrinal) with the practices and speeches of the actors themselves about the "consensus" as a category. By discussing the results obtained with this exercise, we expect to contribute to the reflection about the paths of the Brazilian legal research and the indispensable dialogue with contributions from other fields.

1 Introdução

Este artigo resultou de algumas observações realizadas durante uma pesquisa que empregou a literatura e os métodos provenientes das ciências sociais, os quais se transformaram em um instrumental importante para a compreensão do discurso dos operadores jurídicos e de suas práticas judiciárias, com ênfase no exame do consenso na justiça criminal carioca.

O exercício consistiu em perceber que o discurso orientador da operacionalização, do "fazer" jurídico – denominado de doutrinário ou dogmático –, é um dado de observação para o pesquisador. Porém, este não é o único elemento que o direito oferece e pode ser observado. Uma pesquisa apoiada exclusivamente na doutrina ou somente na lei ou na jurisprudência, tende a apontar um dos variados aspectos da forma como os juristas compreendem e praticam a aplicação do direito no Brasil. Em sentido metafórico, seria apenas um dos lados de uma determinada moeda. Conjugando a estes dados os recursos das ciências sociais, como a etnografia e a observação participante, por exemplo, foi possível verificar que a lei, o discurso doutrinário e as próprias práticas judiciárias, ora se complementavam, ora se intercalavam na tarefa de indicar como a justiça consensual criminal se concretizava.

Apesar de trabalhos como os de Amorim, Burgos e Kant de Lima, *(2002), Kant de Lima (1983) e Oliveira (2004), entre outros, ressaltarem o quanto a pesquisa empírica vem contribuindo para a pesquisa jurídica, tal prática ainda é bastante incipiente entre os acadêmicos do direito, uma vez que ainda prevalecem os estudos semelhantes a pareceres jurídicos.*[2] Neste sentido já apontaram os trabalhos de Fragale e Veronese (2006); Fragale (2009); Geraldo, Fontainha e Veronese (2010); Nobre (2003); Oliveira e Adeodato (1996); e Oliveira (2004).

Geraldo et al. (2010) diagnosticaram os principais obstáculos da pesquisa jurídica brasileira, tanto no que se refere à questão de sua baixa institucionalização nos cursos de direito quanto à carência epistemológica e o isolamento do direito. Também apontaram algumas soluções para ampliar a produção científica no campo jurídico, tais como o fortalecimento do diálogo entre o direito e outras ciências empíricas para que os padrões acadêmicos aceitos na comunidade científica sejam partilhados pelo direito e a criação de plataformas (infraestruturas) para a realização maciça de pesquisas jurídicas empíricas, nos moldes difundidos por autores estrangeiros como Epstein e King (2002a, 2003), conforme alertaram Fragale (2009, p. 6021) e Geraldo et al. (2010).

Estas análises foram extremamente importantes por demarcarem o momento a partir do qual foi enfatizada a necessidade de fomento e maior rigor científico para as pesquisas jurídicas entre nós. Neste sentido, Fragale (2009, p. 6013) afirmou que um dos fatos contribuintes dessa fase foi a orientação do Plano Nacional de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, 2005), que elegeu algumas subáreas como prioritárias para formação em nível de mestrado e doutorado em direito, as quais exigiam o diálogo com outras áreas do conhecimento orientadas pela atividade empírica, como as que tratavam da proteção da propriedade intelectual, do acesso à justiça ou do desenvolvimento e regulação.

A questão que passa a ser discutida, logo em seguida, é exatamente de que forma as pesquisas jurídicas irão se apropriar das técnicas e literaturas de outras áreas do conhecimento para serem instrumentalizadas pelos próprios pesquisadores do direito? Como isso vai se dar e quais são as técnicas e teorias que vão orientar as pesquisas empíricas em direito?

É certo que a pesquisa realizada por um integrante do campo jurídico,[3] mesmo que *bem educado* na li-

2. De acordo com Nobre (2003) e Epstein & King (2002, p. 9-10), as pesquisas que seguem o modelo de parecer jurídico, no sentido técnico-jurídico da expressão, apenas coletam diversos argumentos e empregam aqueles que confirmam a tese pré-estabelecida pelo autor da pesquisa, sendo tal modelo despido de qualquer rigor científico.

3. Adequando o discurso ao olhar que as ciências sociais têm do direito, adota-se a expressão utilizada por Bourdieu (2001, p. 212), para quem o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito, no qual se defrontam agentes investidos da competência, ao mesmo tempo social e técnica, de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social, cuja preocupação central é a reprodução. O autor questiona as bases

teratura das ciências sociais, não o transformará em cientista social, isso é, não o fará olhar o campo jurídico de fora para, de fora dele, nele entrar, virar nativo[4] e poder dele falar. Da mesma forma, uma pesquisa realizada por um cientista social, sobre institutos ou sistemas jurídicos, não o transformará em jurista. Como já afirmou Bárbara Lupetti (2010, pp. 127-152), as ciências sociais podem servir para o direito como um ferramental auxiliar para permitir ao pesquisador estranhar o direito, enxergar nele incoerências e poder, digamos, denunciá-las, como também pode servir para compreender como o campo jurídico é construído e alimentado por uma gama de processos decisórios e representações originárias da própria socialização profissional dos operadores jurídicos. E mais: não raramente, o pesquisador se perguntará se deseja que sua contribuição seja ao direito ou às ciências sociais.

Uma vez que as pesquisas empíricas em direito têm origem nos estudos das ciências sociais, isto é, foram estudos de certa forma externos ao campo do direito, que tomaram o direito como objeto de estudo, as participações de juristas que se aventuram em tal atividade foram apontadas como obras de "pioneiros", inconformados com o excessivo formalismo do direito. Estes estudos se apropriavam de algumas técnicas de pesquisa das ciências sociais, resultando, muitas vezes, de grande esforço individual, mas, dificilmente, integravam um programa institucionalizado e continuado de pesquisa, ainda que algumas linhas de pesquisa chegassem a se destacar (Oliveira & Adeodato, 1996).

Mais adiante, no intuito de institucionalização dessas pesquisas, surgiu a proposta de emprego das teorias sociais em pesquisas jurídicas não apenas para abastecer a visão sociológica do direito como uma análise acessória, mas sim como um conjunto de premissas, métodos, conceitos e hipóteses, enquanto consequência das técnicas de pesquisa que analisam o direito como fenômeno, o direito em ação (Geraldo et al., 2010).

do direito moderno como o formalismo e a codificação, que para ele seriam instrumentos voltados à manutenção da dominação entre os profissionais em relação aos profanos.

4. A expressão "nativos" refere-se aos integrantes do grupo social observado na pesquisa, como lembra Zaluar (1988, p. 122).

Para adicionar a essa discussão as percepções de quem está socializada neste saber técnico[5] e interessada em estudar os institutos e instituições jurídicas, descrevo neste artigo algumas escolhas e orientações adotadas em uma pesquisa empírica em que utilizei métodos qualitativos de inspiração etnográfica, desenvolvida no âmbito do meu mestrado em direito entre 2010 e 2012. Nesta pesquisa, busquei a descrição densa das práticas e significados empregados na oferta da transação penal em alguns Juizados Especiais Criminais localizados na Baixada Fluminense. Sendo assim, este artigo se propõe a indicar alguns aspectos da construção de uma pesquisa jurídica que dialogou com as ciências sociais, especialmente a antropologia jurídica, apresentando alguns dados dessa reflexão.

2 Escolhendo o objeto da pesquisa e sua correlação com os métodos empregados

A partir da descoberta de documentos coletados junto a alguns Juizados Especiais Criminais da Baixada Fluminense nos anos de 2002 a 2004 e que registravam uma prática bastante peculiar no que se referia à espécie de pena alternativa aplicada – pois eles descreviam a obrigação de doação de sangue como resultado da transação penal –, é que surgiu o interesse em pesquisar a aplicação da transação penal.

O instituto da transação penal foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou e regulamentou tanto os Juizados Especiais Cíveis Estaduais quanto os Criminais, sendo destinado às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas

5. A minha socialização acadêmica iniciou-se em 1980, na Universidade Federal Fluminense – UFF, onde me graduei, sendo seguida pelos cursos de especialização, dentre eles, em Direito Penal, Didática e Metodologia de Ensino realizado pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá. Fui servidora pública concursada, por mais de dezesseis anos, exercendo o cargo de escrivão da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, advogo na área criminal e sou professora de graduação em direito em diversas instituições de ensino superior e há mais de vinte anos, durante os quais venho lecionando as disciplinas Direito Penal e Direito Processual Penal, dentre outras. Também atuo como pesquisadora junto ao InEAC - Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos e ao IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

as contravenções penais e os crimes a que a lei penal comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (conforme o artigo 61 da lei). A transação penal está prevista no artigo 76 desta lei, ao estabelecer que é atribuição do Ministério Público, por meio dos promotores de justiça, ofertar a proposta de aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multas àqueles que porventura tenham praticado tais infrações.

Além disso, quando criada a transação penal, a justificativa para o seu emprego era a de que se tratava de um mecanismo que tinha por finalidade a promoção do diálogo entre as partes envolvidas nas referidas infrações penais. Contudo, apesar de tal procedimento representar um benefício para o jurisdicionado, em termos de aproximação com o Judiciário, o que foi observado na prática é que ele adquire um caráter impositivo e obrigatório, afastando, portanto, o diálogo como já mencionei em outro momento (Almeida, 2011, 2014).

Desta forma, a doação de sangue registrada nesses documentos se destacava em virtude de sua originalidade, já que não prevista no ordenamento jurídico, o qual, segundo os autores pesquisados, é orientado pelos princípios constitucionais[6] da legalidade e da anterioridade da lei penal que afirmam não poder ser imposta uma pena (ou ser instituído um crime) sem sua prévia cominação em lei (conforme artigos 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República de 1988 e 1º do Código Penal). Sendo assim, desde o primeiro contato com tais documentos, a ausência de informações justificando aquela opção causou grande curiosidade, até porque estes exemplos sugeriam a existência de uma ampla possibilidade de escolha de penas praticada pelos juizados.

Logo, o que motivou a pesquisa foi o descompasso entre o discurso legal e doutrinário, de um lado, e a prática jurídica, do outro. Segundo os princípios constitucionais citados, a noção que supostamente deveria orientar a aplicação da pena estava fundada na ideia de que qualquer assunto penal, como a criação de crimes ou de penas, ficaria reservado à lei em seu sentido formal (Toledo, 1994). Assim, em virtude desta aparente hermeticidade do sistema penal, divulgada pelos discursos doutrinário e legal, não poderia existir pena sem *prévia legislação*. As decisões oriundas dos Juizados Especiais Criminais Estaduais, no entanto, contradiziam tais discursos.

A descoberta de transações penais impondo a doação de sangue foi, então, a mola propulsora para uma investigação posterior, que levaria em consideração os relatos dos atores protagonistas destas práticas judiciárias, a fim de levantar como eram escolhidas as penas alternativas aplicadas nas transações penais e como estes atores justificavam suas escolhas. O objeto desta pesquisa consistiu, portanto, em investigar: i) quais eram as práticas judiciárias descritas pelos próprios atores sociais (promotores de justiça lotados nos Juizados Especiais Criminais Estaduais) relativas à criação das penas propostas; ii) quais eram as justificativas de suas escolhas; e iii) onde estava ancorada a legitimidade desta possibilidade de escolha.

Este estudo se justificava pelo fato de ele se debruçar sobre mecanismos jurídicos que alguns autores apontavam como tendo caráter marcadamente garantista do modelo de Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição brasileira de 1988 (artigo 1º). Neste modelo, que tem como referencial o discurso de Ferrajoli (2002), os direitos fundamentais previstos na Constituição devem se tornar efetivos.[7]

6. Dentre os autores que exprimem a noção de *princípios*, Canotilho (2002) é citado por diversas fontes consultadas, por afirmar que se trata de uma ideia fundamental na qual se baseia todo um sistema de normas. "É a ideia básica que dá coerência sistêmica a um determinado conjunto de normas, fazendo com que elas se inter-relacionem. A ideia de um colar auxilia na percepção da função dos princípios no sistema jurídico. O princípio para os sistemas jurídicos fariam o papel do fio que une as contas de um colar, sem o qual o colar não passa de um amontoado de contas. Os princípios podem estar positivados e explícitos ou não. Quando implícitos, os princípios são extraídos da exegese do sistema e, ainda assim, continuam sendo a ideia fundamental que dá coerência a um sistema ou a um subsistema de normas de um determinado ordenamento jurídico" (pp. 1123-1126).

7. O autor Luigi Ferrajoli vem sendo adotado como referência de Teoria do Estado por ser considerado adepto da concepção de Estado garantista. Segundo tal concepção, o aparelho estatal tem como precípua finalidade a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Em outras palavras, este autor privilegia a primazia dos direitos fundamentais constitucionais sobre os interesses do Estado e da Administração Pública, preconizando a submissão

De tal forma que no Estado Democrático de Direito, a lei e, em especial, a Constituição, desempenha o papel de limitador da atividade estatal para garantir o respeito aos direitos fundamentais do cidadão, através da observância do princípio da legalidade, previsto nas legislações constitucional e infraconstitucional. Além disso, no perfil do Estado garantista, o princípio da legalidade em matéria penal assume sua feição mais rígida e é chamado de princípio da reserva legal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

Para atingir esta proposta, percebi que o exame exclusivo da lei ou da doutrina não forneceria os elementos necessários à compreensão das justificativas dos operadores jurídicos, embora ambas constituíssem as primeiras fontes da abordagem pretendida. Assim, optou-se pelo emprego conjunto dos métodos próprios das ciências sociais como a realização de entrevistas abertas, a observação participante e a descrição etnográfica do ambiente e dos comportamentos dos agentes onde as transações penais ocorreram conforme Cicourel (1975) e Malinowski (1978).

Este caminho foi seguido a partir do momento em que observei que, embora o discurso orientador das práticas judiciárias seja um discurso no qual o direito é visto como "dever-ser" (o discurso dogmático), ele também pode ser visto como um dado de observação. O direito como prática social poderia ser observado não como diz a doutrina ou a lei, mas sim, pela realidade empírica, muito embora desta realidade façam parte o discurso legal, o discurso doutrinário e as próprias práticas judiciárias, que ora se complementam, ora se intercalam na aplicação do direito no Brasil.

Inicialmente, as entrevistas com os promotores de justiça pareciam suficientes para a análise pretendida, mas logo no primeiro contato com um juizado da Baixada Fluminense compreendi que o caminho seguido pela transação penal variava de acordo com as especificidades das rotinas adotadas em cada Comarca, já que neste órgão, além dos promotores de justiça, também os conciliadores e funcionários dos cartórios ofereciam a transação penal. Estes últimos operadores faziam a leitura das propostas de transações penais, previamente formuladas por escrito pelos promotores, as quais eram inseridas nos autos dos processos, antes da realização das audiências de conciliação. Assim, estes operadores funcionavam como uma espécie de porta-vozes dos promotores de justiça e que, por esta razão, também foram ouvidos na pesquisa.

As entrevistas realizadas com conciliadores e funcionários dos cartórios aconteceram nas salas onde ocorreram as audiências conciliatórias, durante ou logo após o término desses atos, conforme a conveniência dos entrevistados. Já os promotores de justiça foram entrevistados em seus gabinetes, localizados em prédios das respectivas sedes do Ministério Público, ou no interior dos juizados, conforme o caso. Para tanto, foi necessário o agendamento de data e horário das entrevistas, que foi solicitado diretamente aos secretários ou auxiliares dos promotores de justiça. Todas as entrevistas foram abertas, isto é, não foram elaboradas perguntas fechadas ou aplicação de questionário. Após a apresentação do assunto, os entrevistados discorriam sem serem interrompidos. Em algumas ocasiões, logo em seguida à observação de suas práticas, pedi esclarecimentos sobre o sentido ou significado de algumas falas ou orientações que eles haviam formulado. Todas as entrevistas ocorreram em tom coloquial e foram gravadas por meio eletrônico, com a prévia autorização dos entrevistados. Ao todo foram entrevistados sete promotores de justiça, seis conciliadores e quatro funcionários dos cartórios dos juizados.

No material levantado procurei identificar as categorias recorrentes que pudessem ter relação com a problemática escolhida. A *lacuna da lei* surgiu nas entrevistas realizadas como uma categoria central, a partir da qual se justificavam as escolhas destes operadores quanto à proposta de penas oferecidas

do aparelho estatal ao princípio da legalidade estrita (Ferrajoli, 2002). Para ele, todos os agentes públicos estariam submetidos às leis gerais e abstratas que disciplinam seus comportamentos e o exercício de suas funções, obedientes às garantias dos direitos fundamentais do cidadão. No Brasil, as doutrinas que adotam o garantismo como discurso existente entre nós não defendem a mudança da nossa estrutura jurídica - o que seria necessário para a adequada aplicação deste discurso -, mas apregoam somente uma reinterpretação da estrutura existente. Desta forma, tais concepções não ultrapassam o plano da retórica.

nas transações penais de cada caso. Vale dizer, a ausência de dispositivo na Lei nº 9.099/95 prevendo as modalidades de penas possíveis para as propostas das transações foi entendida por estes operadores como liberdade ou permissão dada pelo legislador, franqueando-lhes a criação das penas que julgassem convenientes, conforme o caso. Outras categorias também foram levantadas, mas a lacuna da lei serviu de base para as justificativas dos operadores quanto à possibilidade de criação de penas, independente da orientação legal e doutrinária sobre os princípios constitucionais anteriormente indicados. Esta descoberta permitiu a reflexão sobre as representações destes operadores quanto ao papel do Judiciário, da lei e das atividades por eles desenvolvidas.

Diante da provável autonomia e liberdade dos promotores de justiça na escolha e criação das penas, suscitadas pelos exemplos de doação de sangue coletados, o exercício consistiu em confrontar os dados colhidos no campo com o tratamento legal e doutrinário da matéria, objetivando investigar e explicitar as categorias que informaram o discurso jurídico brasileiro acerca do *princípio da legalidade* e da concepção do processo como garantia constitucional, bem como os pontos em que os discursos doutrinários, legal e o dos operadores, convergiam e divergiam.

O exame das práticas destes operadores foi realizado a partir da participação da pesquisadora, como ouvinte, das audiências de conciliação. Na prática, é nessas audiências que a transação penal é oferecida ao acusado, logo após a verificação da impossibilidade de consenso entre os envolvidos. A rotina, as falas e os gestos praticados pelas partes foram apontados em um caderno de campo, que serviu de apoio complementar à técnica da gravação de vozes. Destes recursos foram retiradas as observações consideradas importantes para ilustrar o caminho da transação penal e a forma como ela ia sendo operacionalizada.

A etnografia é um método que obriga o pesquisador a estabelecer relações, selecionar interlocutores, transcrever textos, levantar genealogias, mapear campos, manter um diário, e assim por diante. Geertz (2008), citando a noção de Gilbert Ryle,[8] afirma que não são as técnicas ou os processos determinados que definem este empreendimento, mas sim, "o esforço intelectual que ele representa: um risco elaborado para uma 'descrição densa'" (p. 4). Além disso, por sua própria natureza, a pesquisa etnográfica exige que o pesquisador dependa da assistência e do auxílio de outras pessoas, seja no ingresso, seja na manutenção ou em seu retorno ao campo. É metodologia que demanda, portanto, além do tempo e da disponibilidade do pesquisador, comum a toda as espécies de métodos, sua capacidade de interação. Por outro lado, muitas vezes, um ato que à primeira vista poderia parecer irrelevante, serviu para revelar aspectos importantes do campo. Assim, por exemplo, a análise exclusiva das pautas de audiências – documentos que informam os horários e a ordem de realização desses atos – poderia descrever o cumprimento e a observação dos horários ali estabelecidos, no entanto, a reiterada visita ao mesmo Juizado permitiu verificar que o atraso dos conciliadores responsáveis por essas audiências preliminares era uma prática costumeira. As reclamações dos jurisdicionados quanto a esses atrasos, tendo em vista que convocados para comparecerem nos horários estabelecidos nas pautas, também foram observadas com certa frequência, indicando certo desagrado com o serviço prestado.

E mais, a pesquisa de campo também me permitiu, entre outras observações, verificar que as propostas de transações penais, lidas pelos conciliadores, eram previamente formuladas por escrito pelos promoto-

8. A discussão de Ryle sobre "descrição densa" está presente nas obras "Pensando e Refletindo" e "O Pensar dos Pensamentos". A partir do exemplo de garotos piscando rapidamente o olho direito (um deles a piscadela seria decorrência de um tique involuntário; no outro, seria para imitar este, enquanto no terceiro, seria uma piscadela conspiratória a um amigo), o autor vai traçar a diferença entre o que denomina de "descrição superficial" e a "descrição densa", comparando a descrição do simples contrair as pálpebras para imitar o tique nervoso e a farsa do amigo, traduzida em um código público (cultural), no qual agir assim significa um ato conspiratório. Segundo ele, o objeto da etnografia seria "uma hierarquia estratificada de estruturas significantes em termos dos quais os tiques nervosos, as piscadelas, as falsas piscadelas, as imitações, os ensaios das imitações são produzidos, percebidos e interpretados, e sem as quais eles de fato não existiriam (nem mesmo as formas zero de tiques nervosos as quais, como *categoria cultural,* são tanto não-piscadelas como as piscadelas são não-tiques), não importa o que alguém fizesse ou não com sua própria pálpebra" (Geertz, 2008, p. 5).

res e inseridas nos autos dos procedimentos, antes mesmo da realização das audiências de conciliação. Assim, além de estes operadores funcionarem como uma espécie de porta-vozes dos promotores de justiça essas práticas não promoviam o consenso sobre a penalidade aplicada, já que formulada a transação sem a participação do jurisdicionado envolvido no conflito.

Estes dados não foram percebidos pelos operadores jurídicos, diante da naturalização de tal práxis pelo campo. Todavia, eles revelam o olhar e o sentir de quem ainda estranha a forma como a prestação jurisdicional é realizada entre nós. Logo, a observação participante e a etnografia constituíram técnicas importantes no levantamento de tais dados.

Todas essas considerações obrigaram-me a avaliar constantemente a forma pela qual examinava o ambiente e as inter-relações pessoais que aconteciam à minha volta e aquelas que eu mesma construí, buscando, sempre que possível, empregar um olhar de um *não-nativo.* Além disso, na tradução dos dados precisei explorá-los ao máximo, apesar da preocupação com uma descrição enfadonha. Por fim, também foi necessário distinguir, de um lado, os resultados da observação direta e das declarações e interpretações nativas e, de outro, as minhas inferências pessoais.

No exame empreendido, as rotinas dos atos praticados nos juizados revelaram certa hierarquização, especialmente, nas audiências conciliatórias que foram realizadas tanto pelos conciliadores (ou funcionários dos cartórios), quanto pelos promotores de justiça. Nos primeiros casos, a primeira audiência (preliminar ou conciliatória) se caracterizou como ato realizado, exclusivamente, pelos conciliadores, mas quando os acusados não aceitavam a transação penal (previamente formulada nos autos), esta mesma audiência era então repetida, algum tempo depois, pelos promotores de justiça. Esta segunda audiência preliminar foi denominada pelo campo de "especial", embora possuísse a mesma finalidade da primeira. Assim, o que restou comprovado foi a repetição da mesma audiência somente com o fim de reforçar a aplicação da transação penal, pois quando esta era aceita logo na primeira audiência, não se promovia a reprodução deste ato para confirmar a aceitação da transação.

A principal questão que orientou a reflexão sobre estes dados teve como foco central a análise da transação penal, por haver neste instituto - inspirado nos do sistema de *Common Law* -, um caráter de natureza marcadamente democrático, como afirmam os discursos jurídicos, uma vez que pressupõe a participação do "acusado" na escolha da pena, assim como pressupõe, em tese, uma possibilidade de escolha do cidadão, que poderia transacionar ou não.

Como Kant de Lima (2010) já afirmou, o nosso sistema penal mantém uma forte índole inquisitorial, assentado não apenas na influência da inquisição romana, desde a sua origem, mas também por manter, até hoje, um procedimento sigiloso, cartorial e dotado de fé pública: o inquérito policial, que inaugura, na maioria das vezes, a ação judicial.[9] Assim, inserida nesse sistema, a atualização prática da transação penal acaba adquirindo feições peculiares, na medida em que pressupõe a convivência dos dois sistemas jurídicos: um dialógico, universal e consensual e outro solilóquio, particular e baseado no dissenso entre as partes, o que cria problemas que os operadores e os cidadãos enfrentam cotidianamente no Brasil.

9. Criticando João Mendes de Almeida Junior acerca da opção por um sistema misto (acusatório e inquisitório), supostamente seguido pelo Brasil, Kant de Lima esclarece que as "investigações preliminares – protegidas pelo sigilo, mas capazes de produzir um instrumento cartorial com fé pública contra o acusado, feito à revelia deste, na versão da inquirição-devassa/inquérito policial – estão ... associadas à superioridade do Estado sobre a Sociedade, à desigualdade entre os segmentos da sociedade ... e à cautela de um Estado 'tutor' em tornar públicos os conflitos para não ferir a intimidade das pessoas". E completa afirmando que no nosso caso, o Estado, separado da sociedade, "fiscaliza-a através de seus funcionários e, sigilosamente, está em permanente busca de erros e transgressões de seus componentes, sempre alvos de uma suspeita oficial e sistemática. Estes, uma vez identificados, são coletados em testemunhos e outros procedimentos, 'reduzidos a termo' nos 'autos' de um inquérito sigiloso para o acusado e para terceiros; escrito, elaborado e homologado por uma autoridade cartorária, o que lhe dá fé pública. Ao cabo, é enviado ao promotor, para que este, satisfeito com os seus elementos, faça a denúncia. Só então o acusado toma conhecimento da acusação, que já traz em si avançada presunção de sua culpa, devidamente consolidada" (Kant de Lima, 2010, pp. 36 e 41).

3 A determinação do recorte geográfico

Como decidira realizar uma pesquisa de campo, uma das primeiras escolhas foi o local ou os locais que examinaria. Ocorre que a escolha dos juizados onde a pesquisa seria desenvolvida foi determinada por uma série de fatores. Antes de visitar os juizados observados, arrisquei o contato direto com estes operadores, optando pelos órgãos situados no Centro da cidade do Rio de Janeiro, pela proximidade com o curso de mestrado onde eu estudava. Contudo, ao final de dois meses insistindo nesta estratégia, percebi que não seria possível realizar a pesquisa em prazo suficiente para a conclusão do curso. Isso porque os promotores de justiça com quem tive contato justificaram a ausência de tempo, em face do acúmulo de funções, do ritmo intenso das audiências, entre outros motivos que constituíram obstáculos sérios para este objetivo, não obstante a facilidade de contato com estes operadores e o tratamento sempre cortês e gentil que todos me dispensaram.

Foi uma conversa informal com um promotor de justiça, meu colega do curso de mestrado, que facilitou o percurso e o acesso aos juizados observados na pesquisa. Isto porque, depois de aceitar meu pedido de participar da entrevista, este colega indicou outro promotor de sua relação de amizade e a partir destes contatos, todas as demais entrevistas passaram a ser agendadas previamente e realizadas graças às indicações que os próprios promotores entrevistados faziam aos seus colegas de profissão. Desta forma, sem estas indicações e disponibilidades, provavelmente a pesquisa não teria atingido o resultado pretendido.

Mesmo com essas indicações, ao ingressar no campo outras descobertas foram reveladas. Na maioria das vezes a minha apresentação como estudante de mestrado em direito e interessada em descrever as práticas relacionadas à transação penal foi suficiente para conseguir o acesso aos documentos e aos ambientes dos juizados, bem como o contato com as pessoas que neles operavam e eram atendidas, não sendo exigida qualquer outra condição ou apresentação de documento comprovando minhas afirmações. Por outro lado, onde houve o meu reconhecimento como advogada militante na área penal, percebi que, inicialmente, os operadores não se sentiram muito à vontade com a minha presença, criando certos entraves no manuseio dos procedimentos das audiências ou no acesso às partes envolvidas nos litígios. Todavia, como enfatizei desde o primeiro contato qual era a finalidade dessa participação, e isso ficou visível com a minha frequência contínua àqueles ambientes, essas resistências iniciais foram se reduzindo. O diálogo com estes operadores permitiu que eles me vissem como uma profissional socializada em seu conhecimento técnico e que com eles guardava alguma semelhança e proximidade.

Como a delimitação geográfica da pesquisa foi fixada em razão da dinâmica das indicações sucessivas dos operadores, isso possibilitou a observação de quatro Juizados Criminais da Baixada Fluminense, um da região metropolitana e outro da região serrana do Rio de Janeiro.

4 A opção pelos referenciais teóricos

O curso de pós-graduação em direito oferecido pela Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, onde realizei meu mestrado (2010 a 2012), pode ser inserido na orientação do Plano Nacional de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, 2005), em face do diálogo do direito com outras áreas do conhecimento orientadas pela atividade empírica.

Nele, foram oferecidas disciplinas oriundas da antropologia e da sociologia jurídica, ministradas por profissionais como Roberto Kant de Lima, Maria Stella Amorim e Regina Lúcia Teixeira Mendes e, graças a essas influências, pude optar por uma abordagem multi e interdisciplinar.

Estas contribuições também me permitiram perceber que os dados com que o pesquisador se depara no campo do direito, ou seja, os fatos que podem ser observados e admitidos como dados, são os efeitos que tramitam nos tribunais, em razão das práticas, dos símbolos e significados ali produzidos, conforme Garapon (1997). Eles são a realidade, e para o pesquisador, são o mecanismo ou processo pelo qual se restauram, se mantêm ou se modificam certas relações sociais definíveis entre pessoas e grupos, como afirma Radclife-Brown (1973, p. 245). De acordo com Radclife-Brown (1973), a lei é parte da maquinaria

pela qual se mantém certa estrutura social e o sistema de leis de determinada sociedade só pode ser plenamente compreendido se estudado em relação com a estrutura social. Reciprocamente, a compreensão da estrutura social exige, entre outras coisas, um estudo sistemático das instituições legais. A lei é, desta forma, um dado do campo. Mas não é o único. Somam-se a ela os diversos discursos que orientam este campo, bem como a observação de suas práticas.

Por isso, seguindo estas orientações e, para examinar o local onde o direito é operacionalizado, adotei a noção sociológica que considera o campo do direito como um campo de disputa de poder, enquanto segmento da vida social, diretamente ligado às decisões que vão definir as normas jurídicas a serem adotadas, assim como a forma mais adequada de sua interpretação. Trata-se assim de um campo privilegiado de contenda de visões acerca do mundo, de interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica (Bourdieu, 1989, pp. 209-255).

Esta análise permitiu entender que as relações de forças específicas do direito (Bourdieu, 1989), além de orientarem sua estrutura, determinam as lutas de concorrência que acarretam a consagração de certos autores jurídicos, os quais se tornam seus "porta-vozes", na medida em que vão orientar a formação profissional dos operadores e serão citados nas salas de aula dos cursos de graduação, nas petições e nos discursos dos advogados e até mesmo nas decisões dos tribunais. São eles os doutrinadores jurídicos, os quais, de acordo com Geertz (2006), constroem um saber denominado de dogmática jurídica, enquanto saber próprio do campo jurídico, "que consiste em reunir e organizar, de forma sistemática e racional, comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor forma de interpretá-la; é através dela que o direito se reproduz nesse campo" (p. 26).

Ao lado dos doutrinadores, o campo jurídico também é dominado pelas orientações dos órgãos jurisdicionais. Especialmente no Brasil tais órgãos possuem a hegemonia da dicção do direito em virtude do princípio do livre convencimento do juiz. Embora não previsto expressamente no texto constitucional, esse princípio está descrito nas legislações processuais (civil, penal e trabalhista)[10] e é visto pelo campo jurídico como consequência *natural do princípio da judiciaridade ou judiciarista,* que possui *status* de princípio constitucional (previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988), segundo o qual: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Estes intérpretes judiciais, portanto, estão no topo da hierarquia da estrutura exegética do direito, como já afirmou Teixeira Mendes (2008, p. 14).[11]

A justiça brasileira pode ser entendida de acordo com a análise de Bourdieu (2001, p. 214), na medida em que está organizada de forma estritamente hierárquica, tanto no que diz respeito às instâncias judiciais, quanto às normas e fontes que conferem autoridade às decisões dessas instâncias. A autoridade dessas instituições é reconhecida, por exemplo, pela localização da Constituição e da jurisprudência dos tribunais superiores na ordem que o campo jurídico estabelece como legítima, dentre a enumeração das fontes do direito. Como este autor declara, há para os que fazem parte deste campo jurídico e também para os profanos, a ideia (convencimento) de que o direito tem seu fundamento em si mesmo – ou seja, é autônomo em relação às pressões sociais externas –, tomando como base a Constituição – norma máxima, da qual se deduzem todas as normas inferiores. É esta ideia (convicção) que controla e mantém funcionando o campo jurídico e seus intérpretes, de forma coesa e autônoma (Bourdieu, 2001).

Embora a interpretação não seja fenômeno exclusivo do campo jurídico, neste campo a atividade interpretativa guarda certas peculiaridades, como Teixeira Mendes (2011, p. 35) já afirmou ao analisar a categoria do livre convencimento dos juízes. Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico

10. Princípio, em direito e segundo a dogmática jurídica, é uma ideia fundamental na qual se baseia todo um sistema de normas (Canotilho, 1997, pp. 1123-1126). Na lei infraconstitucional, o princípio está previsto nos artigos 131 do Código de Processo Civil e 157 do Código de Processo Penal e, implicitamente, nos artigos 8º e parágrafo único e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

11. De acordo com esta autora, também participam desta estrutura outros operadores, tais como os promotores de justiça (integrantes do Ministério Público), os Defensores Públicos, advogados, estagiários e funcionários dos cartórios judiciais, integrando as hierarquias mais subalternas (Teixeira Mendes, 2011, pp. 14-15).

estão em jogo lutas políticas, já que a leitura é uma forma de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. O campo jurídico produz um saber que é marcado pela concorrência de inúmeras discussões a respeito de várias maneiras de se interpretar a mesma regra ou o mesmo instituto. Teixeira Mendes (2011) lembra que por mais que os juristas possam se opor a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que está à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. Segundo a autora,

> *"a concorrência entre os intérpretes está limitada pelo fato de decisões judiciais só poderem distinguir-se de simples atos de força política na medida em que se apresentam como resultado de uma interpretação regulada, reconhecida" (Teixeira Mendes, 2011, p. 35).*

Desta forma, entende-se que a estrutura judicial e a hierarquia das normas causam, assim, certa coesão entre os intérpretes, por mais diversas que sejam as suas interpretações, na medida em que suas interpretações seguem apoiadas no texto constitucional e no entendimento manifestado pelo Tribunal hierarquicamente superior. A hierarquia das normas e a estrutura judicial acabam conferindo ao direito a aparência de algo transcendental, como afirmado por Bourdieu (2001), ou seja, algo independente do mundo em que está inserto, e esta aparência auxilia o efeito simbólico de desconhecimento da dominação imposta, de tal forma que a dominação não é vista como tal, mas como ordem natural das coisas.

Como Bourdieu (2001) também já afirmou, é ilusória a autonomia absoluta do Direito em relação às pressões externas. Segundo ele, o rompimento com os esquemas de interpretação formais ou estruturais, comuns nesse campo, e que são, muitas vezes, antagônicos, possibilitaria promover novas leituras do Direito, "no sentido de compreendê-lo no contexto das relações sociais que compõem a sociedade" (Bourdieu, 1989, p. 212). Em outras palavras, as práticas e os discursos jurídicos devem ser tomados como fruto deste campo, determinado por relações de forças sociais que o estruturam e por uma lógica que delimita os espaços possíveis do Direito, onde os "operadores do direito" concorrem pelo monopólio do direito de dizer o Direito (Bourdieu, 1989, p. 212-225).

Neste sentido, Kant de Lima (1995a) já disse que o mundo jurídico é estabelecido e legitimado, internamente, como uma esfera à parte das relações sociais. Ocorre que, em realidade, o direito não pode ser estudado de forma dissociada do seu campo social de atuação porque ele é parte do controle social. Em sendo assim, o direito não pode ser visto como um saber monolítico.

Para tomar o direito como objeto de estudo, é preciso compreender como o mundo jurídico age e interage com o campo social, a fim de se compreender, por exemplo, as classificações obtidas da luta pelo monopólio da dicção do direito e suas implicações. Esta análise permite apontar que, no sistema jurídico brasileiro, a multiplicidade de interpretações resultantes da forma específica de construção do saber jurídico (originária da disputa pelo prestígio de *dizer o direito*), caracterizada pelo dissenso, impede que o sentido ou significado das normas seja compatibilizado tanto pelos operadores do campo jurídico, quanto pelos cidadãos, implicando em tratamentos distintos, mesmo quando idênticas as demandas examinadas (Teixeira Mendes, 2011, pp. 25-30).

Em outras palavras, quando essa exegese é pautada em reflexões de caráter multidisciplinar algumas representações que não são do domínio dos jurisdicionados e, na maioria das vezes, nem mesmo configuram suas expectativas, podem ser reveladas. Em muitos casos estas representações acarretam, dentre outras consequências, o sentimento de insegurança jurídica, enquanto sentimento de distribuição desigual de justiça e reprodutor do sentido de impunidade ou injustiça, como Amorim (2009) já afirmou acontecer com as decisões em torno dos contratos comerciais.

E mais, Geertz (2008, p. 249), outra referência antropológica, constrói a categoria *sensibilidade jurídica* para designar o sentimento de justiça de uma determinada cultura. Segundo o autor, toda e qualquer cultura tem uma sensibilidade jurídica que pode ou não se aproximar da nossa, mas que não é única,

nem absoluta. Sensibilidade jurídica é o complexo de operações utilizado por uma sociedade para relacionar princípios abstratos desse direito. Para este autor, o processo judicial é um componente cultural de determinado grupo social e entendê-lo como tal significa pressupor que todo processo jurídico envolve um comportamento que tem a finalidade de simplificar os fatos vividos, amoldando-os às normas. Nesse sentido, a própria operação que transforma o processo judicial em um sistema de descrição do mundo, ou seja, a descrição jurídica do fato, já é, por si mesma, normativa (Geertz, 2008, pp. 261-262). Vale dizer, os fatos analisados são, eles próprios, interpretações, enquanto a normatividade dessa interpretação (narrativa) indica que ela é feita tendo em vista um dever-ser. O que o direito faz é representar, à sua maneira, a forma como os fatos e os conflitos são representados por leigos. A *sensibilidade jurídica* de uma cultura consistiria justamente na forma como ela concebe tal movimento.

Ora, se as formas de prestações jurisdicionais operam conforme as sensibilidades jurídicas locais, traduzindo as normas e interpretando os fatos por meio de fórmulas produzidas por estas mesmas sensibilidades jurídicas, é, provavelmente, a variação resultante desta operação que tem causado os principais impasses relativos à eficácia da nossa justiça estatal, uma vez que é comum, entre nós, a importação de institutos jurídicos próprios de sensibilidades jurídicas alienígenas, imaginando que estes poderiam produzir os mesmos efeitos que produzem no seu sistema jurídico original.[12] A atualização desses institutos importados segundo a nossa sensibilidade jurídica, frequentemente gera o sentimento de insegurança para os jurisdicionados e o afastamento do sentimento de igualdade.

Sendo assim, o direito foi visto neste estudo como parte constitutiva da sociedade, tal como a arte ou a religião. A única característica que os diferencia é o fato de caber ao primeiro a administração dos conflitos sociais, embora o controle social não seja a única função do direito. Sua especificidade permite também construir a própria vida social. Segundo Geertz (2000),

> *O direito, mesmo um tipo de direito tão tecnocrata como o nosso, é, em uma palavra, construtivo; em outra, constitutivo; em uma terceira, formacional. Uma perspectiva seja qual for sua origem, segundo a qual a adjudicação passa a ser forma voluntária de disciplinar desejos, ou uma devida sistematização de deveres, ou uma harmônica harmonização de comportamentos – ou que ela consiste em uma articulação de valores coletivos tacitamente residentes em precedentes, estatutos e constituições – contribui para uma definição de um estilo de vida social (diríamos, uma cultura?) tanto quanto perspectivas que afirmassem que a virtude é a glória do homem, ou que o dinheiro faz o mundo girar, ou que acima de uma floresta de periquitos está uma marquise de periquitos, o fariam. Essas noções são parte daquilo que a ordem significa; são pontos de vista da comunidade, e não seus ecos (pp. 328-329).*

Portanto, a justiça formal seria uma dentre as várias formas de administração dos conflitos presentes na sociedade e inserido num contexto de pluralismo jurídico (Santos, 1997). O direito seria uma forma específica de representar a realidade fática por meio do processo judicial. Este consistiria, segundo Geertz (2008),

> *Na descrição de um fato de tal forma que seja possível aos advogados defendê-lo, ao juiz ouvi-lo e aos jurados solucioná-lo, nada mais é do que uma representação (...) o argumento aqui (...) é que a parte 'jurídica' do mundo (...) é parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, e sim do que aconteceu aos olhos do direito (p. 259).*

Neste sentido, de Lima (1995b, p. 9) afirma que o saber jurídico é um sistema de representações sobre a sociedade, seus fundamentos e seu modo de produção e reprodução, produzindo conteúdos e orientações formais para as ações sociais, de modo que devem sempre se adequar às formulações legais, aos

12. Sobre a importação de institutos e os sistemas jurídicos em uma abordagem comparada, ver Kant de Lima (1995b, 2008 e 2010, principalmente).

artigos, regulamentos e leis para que se tornem eficazes e legítimos.

A partir destas orientações contidas nos dados colhidos do campo, foi possível olhar criticamente o direito brasileiro, seus institutos e instituições.

Por fim, outro instrumental importante para a pesquisa jurídica diz respeito à forma de pensar que orienta a prática dos operadores jurídicos. Assim, na análise das diversas modalidades de transação penal propostas para os autores das infrações de menor potencial ofensivo, foi indispensável o estudo a respeito das representações sociais.

A Escola Sociológica Francesa preocupou-se, sobretudo, com duas questões centrais: o que os homens pensam? E quem são aqueles que pensam? Haveria nesta proposta o interesse de investigar como a sociedade é pensada pelos seus integrantes, ou seja, como a sociedade se pensa, e como são construídas as representações coletivas que dão sentido à sociedade, as quais tornam a vida em grupo possível (Cardoso de Oliveira, 1979, p. 33).

De acordo com Durkheim (1989, p. 328), o comportamento individual sofre influência do meio social, enquanto as representações individuais e coletivas interferem no meio social. Assim, as representações tornam-se autônomas e são exteriores aos indivíduos. Para este autor, as representações coletivas *traduzem o modo como o grupo se pensa em suas relações com os objetos que o afetam*.

Seguindo a orientação de Durkeim, Moscovici (2007) denominou de *representações sociais* as representações que fabricamos – acerca de um objeto, de uma sociedade, de um estudo científico etc. – e resultam de um esforço constante de tornar real algo que é incomum (não-familiar), ou que nos dá um sentimento de desconhecido. Assim, as representações sociais constituem um exercício de superação do desconhecido, que passa a ser integrado em nosso mundo mental e físico, de tal forma que

> *o que estava longe, parece ao alcance de nossa mão; o que era abstrato torna-se concreto e quase normal (...) as imagens e ideias com as quais nós compreendemos o não-usual apenas trazem-nos de volta ao que nós já conhecíamos e com o qual já estávamos familiarizados (Moscovici, 2007, p. 58).*

As categorias de pensamento, por sua vez, são noções que permeiam todas as classificações e ordenamentos que um grupo social faz do mundo. Trata-se de uma classificação das coisas, fundada em juízos e valores que o grupo atribui a elas (Durkheim, 1989, pp. 513-516). De acordo com esta argumentação, não basta que os homens se relacionem socialmente para que as categorias fundamentais do entendimento humano sejam construídas. É preciso que este relacionamento seja realizado dentro de um grupo previamente constituído e que este grupo possua uma identidade definida, pois somente assim é que a noção de *totalidade*, que orienta o pensamento coletivo (e é a essência das categorias), seja desenvolvida. Assim, por exemplo, quando classificamos a nossa justiça como *morosa*, estamos atribuindo à totalidade da prestação jurisdicional brasileira o atributo da morosidade, em razão dos valores, representações sociais ou coletivas, produzidos pela nossa sociedade à respeito da Justiça.

Ao mesmo tempo, comparando as categorias presentes em Durkeim e Mauss, Cardoso de Oliveira (2011), afirma que segundo estes autores,

> *"as categorias fundamentais do entendimento não poderiam ter sua origem numa consciência individual, pois não se confundem com as representações que fazemos de nossas experiências individuais ao nível da sensibilidade (através de nossos poderes sensoriais)" (p. 3).*

As categorias são, segundo o autor, os conceitos mais gerais que existem. Citando Durkheim, o autor explica que isso se deve ao fato de que elas se aplicam

> *"a todo o real e, da mesma maneira que não estão ligadas a nenhum objeto particular, são independentes de todo sujeito individual: elas são o lugar comum onde se encontram todos os espíritos. Além do mais estes se encontram aqui necessariamente; pois a razão, que não é outra coisa que o conjunto das categorias fundamentais, é investida de uma autoridade que não podemos subtrair à vontade."*

(Durkheim, 1973, p.526)

E Cardoso de Oliveira (2011) continua afirmando que,

> *"embora as categorias do entendimento não se confundam com o conceito de representações coletivas, o argumento de Durkheim no sentido de distinguir estas últimas das representações individuais pode nos trazer algum esclarecimento a respeito do caráter social daquelas: '... Se se pode dizer, sob certos aspectos, que as representações coletivas são exteriores com relação às consciências individuais, é porque não derivam dos indivíduos considerados isoladamente, mas de sua cooperação, o que é bastante diferente...'" (p.3).*

A teoria das representações sociais não se vincula obrigatoriamente a nenhum método, embora seja conveniente articular a coleta de dados às técnicas de tratamento dos mesmos (Sá, 1998). Seguindo esta linha de pensamento, no exame realizado foi confrontada a descrição etnográfica das práticas dos atores que interagem nos Juizados Especiais Criminais com as representações destes mesmos atores a respeito destas práticas. Deste conjunto de dados foram explicitados os valores, interesses e expectativas exteriorizadas no "fazer" e no "dizer" destes operadores, enumerando-os e classificando-os, conforme sua correlação de sentido.

Estas orientações foram importantes para o estudo do direito produzido nos Juizados Especiais Criminais Estaduais visitados e onde foram realizadas as análises específicas sobre a operacionalização da transação penal, pois, é com as práticas sócio-culturais e com a comunicação de massa que o estudo das representações sociais mantém as relações mais significativas. Como afirma Sá (1998), todas as correntes no campo das representações afirmam "a importância de se levar em conta as práticas de uma dada população ou conjunto social quando da pesquisa de suas representações" (p. 43).

Sendo assim, foi deslocado o olhar para as motivações e interações entre promotor de justiça e jurisdicionado, com a finalidade de perceber, nos atos de oferecimento e aceitação deste procedimento, as representações produzidas pelos atores envolvidos. Através dessas representações, procurou-se identificar as categorias que determinavam a variação das penas aplicadas pelo Ministério Público.

Dentre outros aspectos, a teoria das representações sociais foi um instrumento importante para a pesquisa porque no contato com o campo escolhido foi observado que praticamente a unanimidade dos operadores possuía (e agia conforme) representações acerca da *presunção de culpa* dos jurisdicionados, já que suas decisões se basearam, quase exclusivamente, nas informações contidas nos termos circunstanciados – documentos que instruíam os procedimentos dos juizados criminais – ou nas falas das vítimas, sendo desprezadas as declarações dos acusados (Almeida, 2011).

Esta prevalência da acusação – seja decorrente do acolhimento das informações (mesmo concisas) dos termos circunstanciados, seja em razão da supervalorização da fala da vítima – opõe-se à ideologia da justiça consensual, ou dialógica, afirmada pela doutrina jurídica. Isto revelou que mesmo havendo a orientação doutrinária e jurisprudencial segundo a qual a transação penal é um instituto de natureza negocial, o campo permaneceu reproduzindo práticas inquisitoriais, estendida a todas as etapas do procedimento: do termo circunstanciado às ofertas das transações penais. Logo, apesar da afirmação do exercício do consenso nestes casos, o que regeu as práticas não estava descrito na lei, na doutrina ou na jurisprudência. Havia outra lógica presente no ato de oferta das transações penais, pautada principalmente nas representações dos operadores dos juizados sobre a culpa dos jurisdicionados infratores, de um lado e, de outro, a autoridade e o papel que estes profissionais desempenhavam nestes órgãos.

Vale dizer, os dados levantados indicaram que as decisões dos promotores de justiça se basearam em parâmetros pautados em uma sensibilidade jurídica peculiar do próprio campo. E esta sensibilidade, na maioria das vezes, estava ligada a fatores diversos (tais como, a escolaridade do jurisdicionado, sua situação econômica e financeira, seu pertencimento ou não ao campo jurídico, entre outros), sem considerar, no entanto, os motivos do crime e a culpabilidade do infrator.

O silêncio da lei quanto aos critérios a serem seguidos pelos operadores ou sobre as espécies de pena a serem ofertadas nas transações penais, de certa forma, foram apresentados como justificativa para a aplicação da variedade de opções traduzidas nas diferentes ofertas das transações penais, mesmo quando as infrações penais foram idênticas. Essa justificativa deu azo à criação de penas como a de doação de sangue, a cesta básica canina[13] e tantas outras inovações encontradas durante a pesquisa de campo. Quando perguntado sobre a previsão do princípio da legalidade na Constituição Federal e a hierarquia dessa norma sobre a lei especial dos juizados (Lei nº 9.099/95), um dos promotores de justiça entrevistados argumentou o seguinte:

> *"Aqui, nas infrações da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, eu ofereço a cesta básica, principalmente nos casos de ameaça, apesar do STF ter dito que não poderia. Eu ofereço mesmo assim. Ele (referindo-se ao STF) que venha se sentar nesta cadeira! Quem está sentado nesta cadeira (apontando para a sua própria) é que sabe o que acontece. Eu faço e pronto! A cesta básica não está nem prevista em lei, mas é uma conversão que a gente faz..." (Promotor X).*

Tal como visto inicialmente, nos casos de aplicação de doação de sangue, as práticas e os discursos dos operadores dos juizados revelaram certa representação acerca da autonomia e liberdade na dicção do direito, através das quais se abriu espaço para ampliar, reduzir, inserir e retirar conteúdos da lei, esvaziando a utilidade protetora da legalidade e seu caráter democrático e isonômico. Em outras palavras, não foi percebido (ou revelada tal percepção) que legítima e justa seria a decisão conforme a lei, porque esta resultou de um processo legislativo representativo, de índole democrática. A partir dessa e outras observações foi possível considerar que no "fazer" desses operadores, ou melhor, na aplicação do direito, ficou evidente a luta pelo "poder de dizer o direito" (Bourdieu, 1989).

Foi também percebido que o conjunto e a multiplicidade de critérios empregados na tarefa de oferecer a transação penal – que poderiam representar a adequação da lei ao caso concreto –, acarretaram distintas soluções e tratamentos, ocasionando também a insegurança do jurisdicionado. Isso ficou demonstrado quando foi percebido que em crimes sob a mesma tipificação legal e praticados sob as mesmas circunstâncias e motivos, receberam quantidades de doações de sangue variadas, nos casos coletados inicialmente, em um dos juizados da Baixada Fluminense. Mais tarde, por ocasião da pesquisa para o mestrado e examinando outros juizados, também foi percebida essa variação, quando idênticas infrações penais receberam penas diversas. Isso aconteceu, por exemplo, em duas lesões corporais simples (artigo 129, do Código Penal), praticadas entre casais de namorados em razão de ciúmes provocados pelos parceiros e para os quais foram aplicadas cestas básicas nos valores de R$100,00 (cem reais) para um e R$300,00 (trezentos reais) para o outro. Quando indaguei o promotor de justiça que aplicou estas transações sobre a justificativa desse tratamento diferenciado, este argumentou que atentara para a situação econômica dos autores do fato, pois assim acreditava estar aplicando a pena "conforme o caso". Todavia, segundo informações registradas nos respectivos procedimentos, o maior valor da penalidade foi aplicado justamente ao agressor que na época se encontrava desempregado.

Pude então constatar que a legitimidade das decisões dos promotores de justiça decorreu do conhecimento especializado (Kant de Lima, 2010) – traduzido, principalmente, no rigor da aprovação nos concursos para ingresso nesta carreira, e/ou no tempo de desempenho da carreira, conforme levantado nas entrevistas com os operadores –, e esse conhecimento especializado autorizaria, dentre outras condutas, a atividade classificatória que determinou quem, dentre os jurisdicionados, deveria se submeter à pena;

13. A cesta básica canina consistiu na entrega de medicamentos, material de higiene e rações para os animais sobreviventes das enchentes causadas pela chuva forte que atingiu a região serrana do Rio de Janeiro nos anos de 2002 a 2005. Em que pese a genuína preocupação com a sobrevivência dos cães, o promotor de justiça que instituiu essa novidade também justificou seu emprego em razão do silêncio da lei. Todavia, é ao menos curioso o fato de que o princípio da legalidade (contido na fórmula *não há crime nem há pena sem prévia cominação legal*) estivesse previsto na Constituição Federal (artigo 5º, XXXIX) e no Código Penal (artigo 1º), sendo ambas as normas proibitivas da criação de pena não prevista em lei.

em qual circunstância e em que medida. Como esta classificação foi realizada de forma secreta e com base em diversas subjetividades, as transações penais que descreveram essas classificações acabaram adquirindo uma feição penalizadora e inquisitorial.

Desta forma, quando o direito brasileiro importa institutos estrangeiros originários de países democráticos – como a transação penal – sob a justificativa da necessidade de construção de um sistema jurídico democrático, esta afirmação somente tem validade no plano retórico. Isto porque, quando estes institutos são atualizados pelas práticas e representações dos aplicadores, essas avessas às do instituto importado, acabam sofrendo profundas distorções, que acarretam a perda do seu matiz democrático.

Desta forma, nos casos examinados, os princípios constitucionais, especialmente o da legalidade e da anterioridade da lei penal, na prática, apresentaram um caráter meramente retórico, em vista da prevalência do argumento de quem tinha o poder de dizer o direito. E mais, inserida no nosso sistema penal com o fim de promover o consenso, a transação penal cede passo às representações arraigadas em práticas inquisitoriais, onde sempre prevalece a suspeição de culpa dos jurisdicionados.

5 Conclusão

Este artigo pretende contribuir para a reflexão sobre os rumos da pesquisa jurídica brasileira, a partir da experiência resultante de uma pesquisa empírica já desenvolvida, enquanto exemplo de apropriação dos métodos e da literatura das ciências sociais, por meio da indicação dos resultados obtidos e das técnicas utilizadas para desenvolvê-la.

Ao se empregar os métodos das pesquisas sociais no exame das práticas dos operadores jurídicos, especialmente no que se referiu à operacionalidade das transações penais nos Juizados Especiais Estaduais Criminais do Rio de Janeiro, a investigação demonstrou que, diversamente do contido nas leis e nas interpretações de seus textos, o campo jurídico produz orientações próprias e diversas, pautadas em representações que muitas vezes resultaram em diferentes formas de solução dos conflitos sociais que chegaram ao Judiciário e, com isso, o ideal isonômico previsto constitucionalmente como elemento do Estado Democrático de Direito, passou a constituir mero discurso retórico.

Além dos referenciais jurídicos, a pesquisa de campo e o emprego de métodos das ciências sociais, como a observação participante e entrevistas, entre outros, demonstraram que as práticas dos operadores jurídicos constituem dados que, apesar de nem sempre serem explorados pelo campo jurídico, indicam ora uma complementaridade, ora uma sobreposição entre o discurso legal, o discurso doutrinário e as próprias práticas judiciárias. É justamente a variação nas formas de prestação jurisdicional daí resultante o principal objeto para a compreensão dos institutos, dos problemas, dos paradoxos e das crises que o Judiciário brasileiro enfrenta.

A partir dessas informações, a pesquisa qualitativa e investigatória acerca da operacionalização de um instituto proveniente de outras tradições jurídicas, como é a transação penal – objeto da pesquisa – precisava levar em conta esta concorrência múltipla da aplicação do direito. Em outras palavras, o estudo exclusivo do conjunto de documentos legais que cuidam do instituto (Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, entre outros) daria somente uma visão parcial acerca de sua introdução e manutenção em nosso sistema jurídico. Da mesma forma, seria insuficiente a revisão isolada da extensa quantidade de obras dogmáticas relativas ao tema, já que são opiniões dos autores a respeito da melhor interpretação legal, mas que não explicam como este instituto é atualizado nas práticas cotidianas. Por outro lado, as decisões judiciais coletadas e que explicitavam a aplicação deste instituto, apontaram uma variedade de soluções, cujos fundamentos não foram identificados pelo mero exame analítico.

Para saber como a aplicação da transação penal acontecia na prática, foi necessário inicialmente ir a campo e observar o ambiente das salas de audiências, dos corredores dos fóruns, assim como o contato com a linguagem e o vocabulário jurídico, o uso das vestimentas dos operadores jurídicos, os gestos que estes manifestam durante suas práticas reproduzem imagens, rituais e atos, que **são** dotados de

simbolismos, tal como Garapon (2008) chamou a atenção.

Tais simbolismos, apesar de serem sentidos pelos atores, dificilmente são traduzidos ou compreendidos por quem não pertence a esse ambiente. A linguagem, os rituais e os espaços jurídicos, principalmente, são dominados por aqueles que conseguem compreendê-los e compartimentalizá-los neste espaço: os operadores. E o mais curioso, é que a incompreensão desses simbolismos tem uma finalidade específica: as categorias de percepção e de apreciação deste conjunto de informações não são destinadas a quem não é especialista, pois como lembra Bourdieu (2001, pp. 212-232) em sua análise do campo jurídico francês, há uma crença na competência técnica e o ingresso neste campo implica a capacidade reconhecida (e atribuída pelo próprio campo) de interpretar os textos jurídicos, os quais consagram uma visão pretensamente justa do mundo social.

É neste campo que se debatem os profissionais investidos de competência técnica e social na luta pelo monopólio do direito de dizer o direito. Assim, reproduzindo uma lógica totalmente hermenêutica e inacessível aos profanos, o direito se torna um instrumento autoritário e de dominação, "na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem do seu funcionamento" (Bourdieu, 2001, p. 211). Como este embate entre os técnicos somente é admitido neste campo, há a ilusão de que ele é autônomo em relação às pressões sociais e políticas externas ao campo jurídico (Bourdieu, 2001). Esta análise permite compreender, por exemplo, por que a jurisdição brasileira se distancia cada vez mais da concepção comum de equidade.

Desta forma, para dar conta de tal tarefa optei por uma metodologia própria das ciências sociais, mas pouco comum para uma estudante de direito habituada exclusivamente às pesquisas bibliográficas: a pesquisa empírica, o trabalho de campo e a observação participante. A intenção foi enfatizar o método etnográfico, seguindo a orientação de Malinowski (1978), ou seja, empregando um olhar disciplinado, um olhar que apreende a realidade dentro do esquema conceitual fornecido pela teoria antropológica para levantar os dados etnográficos necessários à compreensão do *outro*.

Através desse emprego foi possível verificar que a dicção do direito no Brasil é uma operação baseada na relação "saber *versus* poder" (Kant de Lima, 2010), de tal forma que, mesmo diante de um sistema legal incentivador do consenso, nas práticas relativas à administração institucional dos conflitos sociais dos Juizados Especiais Criminais observados predominou o argumento de autoridade, que despreza o argumento resultante da reflexão e do convencimento de todas as partes legítimas envolvidas no processo.

6 Referências

Almeida, V. R. (2011). Presunção de inocência ou presunção de culpa? Algumas representações sobre a transação penal, XX Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf

Almeida, V. R. (2014). *Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica em Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Amorim, M. S.; Burgos, M., & Kant de Lima, R. (2002). Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, 10 (40)*, 255-281.

Bourdieu, P. (1989). *O poder simbólico*. Lisboa: Bertrand Brasil.

Bourdieu, P. (2001). *A economia das trocas simbólicas* (5 ed). São Paulo: Perspectiva.

CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). (2005). *Plano nacional de pós-graduação (2005-2010): Subsídios preliminares da área de ciências sociais aplicadas*. Disponível em http://www.if.ufrgs.br/public/spin/2005/spin415/pnpg2005-2010.pdf

Capez, F. (2009). *Curso de Direito Penal: Parte Geral* (3 ed). São Paulo: Saraiva.

Cardoso de Oliveira, R. (1979). Introdução a uma Leitura de Mauss. In R. Cardoso de Oliveira (org.). *Mauss*. São Paulo: Editora Ática.

Cardoso de Oliveira, R. (1998), *Sobre o pensamento antropológico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

Cardoso de Oliveira, R. (2008). *O Material, o simbólico e o contra-indutivo: uma trajetória reflexiva* (Concurso público de titularidade, Departamento de Antropologia). Universidade de Brasília, Brasil.

Código Penal (1940). Brasília. In *Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal* (6 ed, 2014). São Paulo: Saraiva.

Código de Processo Penal (1941). Brasília. In *Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal* (6 ed, 2014). São Paulo: Saraiva.

Constituição Federal (1988). Brasília. In *Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal* (6 ed, 2014). São Paulo: Saraiva.

Durkheim, E.. & Mauss, M. (2000). Algumas Formas Primitivas de Classificação. In J. A. Rodrigues (org.). *Emile Durkheim*. São Paulo: Editora Ática.

Epstein, L. & King, G. (2002). The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review. 69 (1)*, 1-133.

Fragale Filho, R., & Veronese, A. (2004). A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação, 1 (2),* 53-70.

Fragale Filho, R. (2008). Panorama atual da pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV: Pesquisa em Direito e Desenvolvimento, 5 (5)*, 21-31.

Garapon, A. (1997). *Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. São Paulo: Piaget.

Garapon, A. (2001). *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan.

Garapon, A. (2008). *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

Geertz, C. (2008). *A interpretação das culturas***.** Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos.

Geertz, C. (2006). O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In C. Geertz (org.). *O Saber Local: novos ensaios em antropologia interpretativa* (8 ed). Petrópolis: Vozes.

Geraldo, P. B.; Fontainha, F.; & Veronese, A. (2010). Sociologia empírica em direito: uma introdução. *Revista Ética e Filosofia Política, 12 (2),* 1-13.

Greco, R. (2004). *Curso de direito penal: Parte Geral* (4 ed). Rio de Janeiro: Impetus.

Kant de Lima, R. (1983). Por uma Antropologia do Direito no Brasil. In J. de Arruda Falcão. *Pesquisa Científica e Direito.* Recife: Massangana.

Kant de Lima, R. (1995a). *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Kant de Lima, R. (1995b). *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* (Tese de Titularidade do Departamento de Antropologia). Universidade Federal Fluminense, Brasil.

Kant de Lima, R. (2008). *Ensaios de Antropologia e de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Kant de Lima, R. (2010). Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico, 2*, 25-51.

Lupetti Baptista, B. (2010). A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições. In R. Kant de Lima; L. Eilbaum & L. Pires (orgs.). *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada* (2 vol). Rio de Janeiro: Garamond Universitária.

Malinowski, B. (1978). *Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos de Nova Guiné melanésia* (2 ed). São Paulo: Abril.

Mori Madeira, L. & Engelmann, F. (2013). Estudos sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil. *Revista Sociologias, 15, 32,* 182-209.

Nobre, M. (2003). Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Novos Estudos Cebrap, 66,*145-154.

Oliveira, L. & Adeodato, J. M. (1996). *O Estado da Arte da Pesquisa Jurídica e Sócio Jurídica no Brasil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários.

Oliveira, L. (2004), *Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sóciojurídica na pós-graduação em direito*. In L. Oliveira. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal.

Radclife-Brown, A. R. (1973). *Estrutura e função na sociedade primitiva*. Petrópolis: Vozes.

Sá, C. P. (1998). *A construção do objeto de pesquisa em representações sociais.* Rio de Janeiro: Editora da UERJ – Eduerj.

Santos, B. S. (1997). Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In J. E. Faria (org). *Direito e justiça: A função social do judiciário* (3 ed). São Paulo: Ática.

Teixeira Mendes, R. L. (2011). *O princípio do livre convencimento motivado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Zaluar, A. (1988). Teoria e prática do trabalho de campo: alguns problemas. In R. R. Cardoso (org). A aventura antropológica: teoria e pesquisa. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Data de submissão/Submission date: 23.02.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 30.06.2014

RACISMO OU NÃO? A percepção de estudiosos do direito sobre casos com conteúdos racistas // *Gislene Aparecida dos Santos[1], Helton Hissao Noguti[2], Camila T. M. B. Matos[3]*

Palavras-chaves
Pesquisa de opinião / Insultos raciais / Racismo / Lei Antirracismo

Resumo
Este artigo apresenta os resultados de pesquisa sobre as percepções de estudantes e profissionais do Direito sobre casos que continham insultos raciais e que foram julgados e arquivados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Discutimos o significado do racismo perante a lei e para a sociologia. Em seguida, apresentamos os nossos métodos de investigação, incluindo o questionário, os nossos métodos de amostragem, e nossos achados. Com uma amostra de 112 questionários preenchidos, podemos concluir que os estudantes e profissionais do Direito não têm nenhum critério fácil para orientar as suas respostas. Tudo depende da intrepretação de quem lê os casos, e há uma enorme margem para subjetividade resultante da dificuldade de interpretar insultos raciais e crimes raciais através do direito penal brasileiro. Argumentamos que esconder essa subjetividade sob os pressupostos do direito positivo é o que permite que ideias sobre negros e racismo presentes no imaginário social continuem a contribuir para o não-reconhecimento de casos de discriminação racial.

Sumário

1 Introdução
2 Racismo: uma interpretação sociológica
3 Marcos legais
4 Estratégias e procedimentos
4.1 Escolha do instrumento de pesquisa
4.2 Seleção dos locais para a realização da pesquisa
4.3 Aplicação do questionário
5 Resultados
6 Discussão
7 Considerações Finais
8 Referências

1. Livre docente pela Universidade de São Paulo. Professora do Curso de Gestão de Políticas Públicas na Escola de Artes, Ciências e Humanidades e do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
2. Discente de Gestão de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo.
3. Mestranda em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RACISM OR NOT? The perception of legal scholars about legal cases with racist content // *Gislene Aparecida dos Santos, Helton Hissao Noguti, Camila T. M. B. Matos*

Keywords
Survey / Racial insults / Racism / Antiracism Law

Abstract
This article presents the results of a research on the perceptions of law students and legal professionals on cases containing racial insults that were judged by the Appeal Court of the State of São Paulo. We discuss the meaning of racism for the law and for sociology. Then, we present our research methods, including the questionnaire, our sampling methods, and our findings. With a sample of 112 completed questionnaires, we conclude that law students and legal professionals do not have clear criteria to guide them in their responses. Instead, their varied and highly subjective interpretations are a result of the difficulties in interpreting racial insults and racial crimes through the Brazilian criminal law. We argue that hiding this subjectivity under the assumptions of positivistic law allows ideas about blacks and racism that persist in the social imaginary to contribute to the misrecognition of incidents of racial discrimination.

1 Introdução

Neste texto, discutimos os resultados de pesquisa de opinião realizada como parte do projeto *"Experiências de Desrespeito. O impacto do motivo edênico na percepção da injúria racial4".* Nossa intenção foi investigar como foram percebidos casos julgados pelo judiciário paulistano referentes a atos com conteúdos racistas.

Inicialmente, nosso intuito era o de realizar as entrevistas com um público aberto e indiferenciado, contudo, após o início do projeto, observamos que seria mais importante para nossos estudos que a pesquisa de opinião tivesse como alvo os estudiosos do direito, compreendendo, nesse caso, estudantes e profissionais que já atuam na área. Acreditamos que, por serem eles os responsáveis pela aplicação da lei que é imediatamente associada com a efetivação da justiça nas sociedades democráticas, seria fundamental verificar como avaliam o fenômeno da discriminação racial.

Nosso artigo se inicia com uma breve apresentação sobre os sentidos do termo racismo, em acordo com a literatura acadêmica que discute o fenômeno. A literatura demonstra que o que tem sido assumido como racismo, nas ciências sociais, não é o mesmo que tem sido aceito na área jurídica e entre os estudiosos do direito. Esses últimos tendem a vincular a identificação do crime de racismo a evidências e a uma materialidade que negam o caráter sutil aos quais as práticas de racismo estão comumente vinculadas. Na sequência, apresentamos os marcos legais dentro dos quais o crime de racismo e injúria racial são definidos. Deste modo, cremos que seja possível identificar os conflitos entre uma e outra perspectiva de interpretação deste fenômeno. Após esses contrapontos, apresentamos nossas estratégias e instrumentos de pesquisa por meio dos quais objetivamos investigar como esse fenômeno é percebido pelos estudiosos do Direito. Analisamos o material coletado, discutimos e apresentamos nossas conclusões.

4. Agradecemos à FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo pelo financiamento à pesquisa que ora resulta neste artigo. As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade dos autores e não refletem necessariamente a visão da FAPESP. Processo nº 2010/12609-1, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

2 Racismo: uma interpretação sociológica

O tema do racismo tem sido discutido à exaustão nas ciências sociais. Autores como Guimarães (2004), Munanga (1999), Santos (2002), Schwarcz (1993) mostram que o racismo surge na cena política brasileira como "doutrina científica" quando se aproxima a abolição da escravatura e, consequentemente, a possibilidade da igualdade política e formal entre os brasileiros. Contudo, a criação de hierarquias por meio das quais se estabeleciam os lugares que cada grupo humano ocupava e deveria ocupar em razão de suas características, é muito mais antiga.

Quijano (2000) aponta para o fato de que a exploração dos negros e dos indígenas por meio de características que os marcavam como "não gente" é anterior ao século XIX e data do momento da colonização das Américas quando, pela primeira vez, a hierarquização, a exploração e a violência voltaram-se contra todo um contingente de povos que passaram a ser designados, de modo geral, como índios e negros. Muito embora os argumentos se alterem (de religiosos para biológicos para culturais etc), desde então, assistimos os ajustes que a hierarquização em razão da cor e depois a ideologia racista realizou para continuar a existir, apropriando-se dos discursos de seus opositores para se atualizar e manter as estruturas de dominação (Quijano, 2000; Taguieff, 1998).

Santos (2012) considera que racismo, no Brasil, opera por meio da criação e da manipulação de estratégias que atuam na esfera pública e na esfera privada de modo que aquilo que diz respeito à esfera privada e às subjetividades seja utilizado para camuflar a estruturação do racismo na esfera pública e nas instituições, mesmo naqueles destinadas à proteção dos indivíduos como as destinadas à segurança pública.

Sobre modos de operação na esfera privada, Nogueira (1998) mostra como o preconceito de marca (e que, por ser preconceito, diz respeito à esfera privada) estabelece hierarquias sociais através da gradação das cores da pele fazendo com que os mais claros (e os brancos) ocupem os lugares de maior prestígio.

Também não se pode perder de vista a análise de Fernandes (2007), que discute o modo como os brasileiros lidam com a negação de seus preconceitos e do racismo. Fernandes avalia a existência de algo que denomina como uma "realidade moral reativa" por meio da qual, o que se destaca no universo sociocultural não é o preconceito de cor, mas o preconceito de "não ter preconceito".

Para Fernandes (2007), existem normas e regras por meio das quais se pode falar do racismo no Brasil; normas sobre como o tema pode ser abordado e os ajustamentos preconceituosos admitidos; e, no espaço público, um silêncio ou uma fala cercada de sutilezas. Também, há a exigência de "um certo decoro" no trato do assunto, uma certa intimidade e privacidade, um dever de zelar para que não se quebre a estrutura hierárquica vigente na sociedade.

Atualmente, especialmente no norte das Américas, discute-se um novo ajuste da ideologia racista denominado *color-blind racism*. Trata-se de um racismo que não se alicerça mais nos discursos que salientam as diferenças e hierarquias raciais, mas que, ao contrário, constrói-se salientando aspectos perfeitamente humanos que poderiam estar mais presentes em alguns grupos do que em outros.

Essa nova faceta do racismo teria se iniciado (e continua se atualizando) logo após o êxito dos movimentos pelos direitos civis dos EUA. Ele se constitui de modo a, por um lado, apoiar e a manter os privilégios associados à brancura e, por outro, apropriar-se e distorcer algumas das estratégias, conceitos e discussões realizadas pelos proponentes das políticas de reconhecimento, fazendo com que a defesa do reconhecimento de identidades seja transformada em novas formas de hierarquização (Santos, 2012).

A ideologia do *color-blind racism* é capaz de explicar as desigualdades raciais como resultados de dinâmicas aparentemente não raciais ou não racializadas como fora a política do *Jim Crow* (política segregacionista adotada nos estados do sul dos EUA de 1876 a 1965) ou do *apartheid* (política segregacionista adotada na África do Sul entre 1948 e 1994).

Bonilla-Silva (2010) está entre os autores que demonstram a diferença entre o *Jim Crow* e o *color-blind racism*. Enquanto o primeiro explicaria a posicão social dos negros como resultado de sua inferioridade biológica e moral, o segundo evitaria esses argumentos, considerados fáceis. No lugar do racismo biológico, seria criado um novo modo de racionalização da situação social das minorias como sendo produtos de dinâmicas do mercado, decorrentes de fenomenos naturais ou das limitações culturais dos próprios negros (ou das minorias). Essas práticas seriam sutis, institucionais e aparentemente não raciais.

Toda uma nova forma de construção de discursos e linguagens teria sido criada para sustentar o *color-blind racism*. Em vez de dizer que Deus colocou os negros na posição de servidão, é sugerido que eles não progridem porque não trabalham o suficiente. No lugar de dizer que negros não são bem-vindos, criam-se estratégias de não acolhida porque eles (os negros) não se sentiriam bem ou confortáveis em alguns locais. No lugar de se criarem bairros segregados, simplesmente não se mostram todas as opções de compra ou aluguel de imóveis quando os clientes são negros ou solicitam-se aluguéis a um valor inacessível para as populações negras. Na área de empregos, o autor nomeia a existência de uma *"smiling face" discrimination* (ações feitas com um sorriso discriminatório no rosto) que se soma à frase: *"Nós não temos emprego agora, mas, por favor, verifique mais tarde"* como forma de negar emprego aos negros. Além disso, as ofertas de emprego são postadas em redes exclusivas. No caso daqueles que conseguem empregos, pagam-se salários menores aos funcionários negros ou oferecem-se a eles posições que não correspondem ao seu nível de formação educacional, ou ocupam-nos em empregos com pouca possiblidade de ascensão.

Guimarães & Huntley (2000) consideram que, no Brasil, também há uma sutileza na discriminição racial a qual se manifesta por meio de práticas similares às descritas por Bonilla-Silva (2010). Tais práticas evidenciam que o racismo sutil opera como uma ideologia que oculta as barreiras raciais presentes nos modos como são distribuídos os bens e os recursos gerando desigualdade no acesso à justiça e aos direitos fundamentais. No caso específico do Judiciário, o que se avalia é que essa ideologia pode estar pre-

sente nos argumentos que afirmam não haver provas materiais ou existirem equívocos nos procedimentos ao longo do inquérito que impediriam a punição do racismo (Racusen, 2002; E. Santos, 2010).

Essa literatura evidencia que, embora no Brasil não tenha havido políticas segregacionistas institucionalizadas pelo Estado, a discriminacao racial se estruturou de um modo que também estabelece hierarquias associadas à cor da pele.

Contudo, é na sutileza da discriminacao que pode residir toda a dificuldade de apreensão do fenômeno pelos operadores do direito. A nós interessa investigar como e se essa ideologia, dispersa no imaginário social, manifesta-se na apreciação feita pelos estudiosos do direito de casos com conteúdos raciais.

3 Marcos legais

Tratando-se do tema da justiça no Brasil, alguns autores têm se dedicado a investigar a forma como o poder judiciário e a polícia acabam por operar de maneira discriminatória. Autores como Adorno (1995, 1996), Conceição (2010), Duarte (2002), Rios (2008), Silva Jr. (2002), entre outros, proporcionam a compreensão da forma como o racismo institucional, a discriminação indireta e direta ocorre no contato dos negros com os agentes da lei, da segurança e com os operadores do direito. Tais autores evidenciam em suas análises o tratamento diferenciado para brancos e negros na distribuição da justiça e na punição dos réus, sendo os negros mais duramente punidos e vigiados do que os brancos.

Quando nos voltamos para as políticas públicas, não são poucos os estudiosos – entre os quais destacamos Theodoro (2008), Silva Jr. (2010) e Santos (2012) – que sugerem uma melhor formação dos agentes da segurança pública para que lidem, de maneira não discriminatória, com a população pobre e negra.

Segundo a Lei nº 7.716/1989, o racismo é assim tipificado: "*Será punido na forma desta Lei os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*". Já no Código Penal Brasileiro, há o capítulo de "crimes contra a honra" que são aqueles que atingem as pessoas em seus atributos intelectuais, físicos e morais, afetando sua valorização (ou apreço) pela coletividade e, desta forma, a sua autoestima. No Código Penal, promulgado em 1940, o crime de injúria, definida no artigo 140 - "*Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro*" – é tipificado (ou qualificado) por preconceito no §3º: "*Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*". A injúria qualificada por preconceito tem as penas aumentadas.

Muito embora digam respeito aos crimes associados ao preconceito de raça e cor, segundo a lei há diferença entre injúria qualificada por preconceito e o racismo, em si mesmo. A injúria consiste em uma ofensa contra uma única pessoa, atingindo-lhe o decoro e a percepção de si mesma, caracterizando a chamada ofensa à honra subjetiva. Já o racismo é compreendido como discriminação a qual tem como objeto um grupo inteiro de pessoas.

Injúria diz respeito à lesão da honra subjetiva da vítima, a qual, até o ano de 2009 era considerada um crime de ação penal privada por disposição expressa no artigo 145 do Código Penal. Com a edição da Lei nº. 12.033/2009, o referido dispositivo foi alterado, passando a ser considerado um crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Contudo, as definições legais e a aplicação da lei podem encontrar barreiras no imaginário social descrito acima. Nosso objetivo é verificar se, na amostra coletada por nós, esse fenômeno é observado e se os profissionais do Direito operam dentro de horizontes interpretativos que, como vimos, tendem a reproduzir, naturalizar e atualizar a hierarquização entre brancos e negros e a não enxergar as violências sofridas por esta segunda parcela da população.

4 Estratégias e procedimentos

4.1 Escolha do instrumento de pesquisa

O instrumento escolhido foi um questionário inspirado na escala de atitude no modelo Likert, por meio do qual os entrevistados afirmam seus graus de con-

cordância ou discordância com algumas afirmações por meio da qual se poderia observar como avaliavam os casos apresentados por nós referentes à injúria racial e racismo.

Elaboramos o instrumento para a realização do "piloto" da pesquisa. O instrumento passou por várias versões até que optamos por uma que contivesse informações resumidas sobre os casos investigados por nós.

Em primeiro lugar, coletamos e estudamos, em nosso banco de dados (composto por 119 inquéritos e processos julgados e arquivados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no período de 2003 a 2011), os casos tipificados como injúria racial ou racismo e resumimos as histórias como se fossem versões reduzidas de Boletins de Ocorrência (B.O.) para que os estudiosos do direito pudessem se manifestar sobre os casos a partir de uma linguagem mais familiar a eles.

Em um segundo momento, realizamos uma pesquisa na Internet em bancos de fotos de acesso livre para que fosse possível encontrar imagens que pudessem se assimilar ao fenótipo (preto, pardo) indicado nos documentos analisados. A intenção era, além das informações sobre os documentos, inserir fotos ilustrativas para que os participantes, munidos de dois elementos (imagens e dados), respondessem sobre os casos.

A última etapa na realização do questionário consistiu na organização de informações em um folheto no qual, além dos casos, havia identificação da equipe de pesquisa, orientadora, instituição de vínculo e grupo de pesquisa e uma pequena folha introduzindo a pesquisa e explicando o caráter voluntário da participação.

4.2 Seleção dos locais para realização da pesquisa

Após a elaboração do questionário e aplicação do "piloto", definimos os procedimentos para a seleção dos locais de pesquisa.

Fizemos uma lista tanto com nomes de faculdades de direito (particulares e públicas) como com cursos preparatórios (para o exame da OAB e concursos) na área do direito, locais onde poderíamos encontrar respondentes. Para poder ter acesso facilitado aos estudantes, identificamos os nomes e endereços dos coordenadores de todos os cursos e entramos em contato com eles solicitando autorização para a realização da pesquisa dentro da instituição.

No caso de uma das instituições de ensino onde aplicamos o questionário, optamos por nos comunicarmos com docentes do curso de Direito solicitando autorização para a realização de pesquisa em suas salas de aula. Como retorno, recebemos a autorização para a realização da pesquisa em três instituições de ensino. No que tange aos cursos preparatórios, a aplicação foi realizada nas portas de quatro instituições em diferentes regiões da cidade de São Paulo, pois não foi autorizada a entrada nos locais.

Cabe ressaltar que escolhemos realizar a pesquisa na cidade de São Paulo porque nela se concentra uma grande diversidade de povos e culturas e devido a seu histórico como a maior cidade brasileira. Bastide & Fernandes (2008) já apontavam, no estudo clássico sobre preconceito de cor, o significado especial de São Paulo (já naquele momento) para esse tipo de investigação.

> *A cidade de São Paulo apresenta, para o estudo do preconceito de cor, um significado especial, pois, transformou-se, em menos de meio século, de uma cidade tradicional numa metrópole tentacular, o maior centro industrial da América Latina. O processo realizou-se com tal rapidez que ainda coexistem, lado a lado, sobrevivências da sociedade escravista e inovações da sociedade capitalista. (Bastide & Fernandes, 2008, p. 21).*

4.3 Aplicação do questionário

A aplicação do questionário piloto revelou que a primeira versão era muito extensa (continha 10 casos e várias perguntas), o que exigia muito dos respondentes. Aqueles que se recusaram a participar da pesquisa indicaram como motivos tanto não ter tempo para responder ao questionário como o fato dele ser muito longo. Também houve casos de rejeição após perceberem que as perguntas envolviam a temática do racismo. Não precisamos a porcentagem das recusas.

A partir disso, optamos por elaborar uma versão menor com quatro casos a serem analisados e com um número reduzido de questões. Mesmo no formato reduzido, houve muitas recusas pelos mesmos mo-

tivos descritos acima: falta de tempo, muitas questões e não queriam se envolver com o tema. Ou seja, o tamanho do questionário, de fato, não alterou em muito a razão das negativas. Contudo, conseguimos alguns respondentes.

Observamos que, na última versão do questionário, tomamos distância de algo que aferisse os resultados somente por meio da escala Likert pois, além de indagar sobre concordância com algumas questões, abrimos espaços para perguntas cujas respostas eram abertas.

O questionário foi composto por quatro casos, dois ilustrados por fotos e dois sem nenhuma ilustração. Abaixo apresentamos as narrativas:

CASO 1: Mariana quer ir à delegacia para relatar o que segue. Trabalha como professora de ensino fundamental. Faltando três minutos para o término da aula, uma aluna pediu para ir ao banheiro. Mariana disse para que aguardasse o sinal, mas a criança urinou na roupa. Após a saída dos alunos, os pais da criança entraram na escola e se dirigiram à professora dizendo: *"Safada, sem vergonha, macaca*. *Quando você sair, vamos estourar sua cara*!"

CASO 2: Paulo quer ir à delegacia para relatar o que segue. Afirma que Fernando, cliente, esteve na oficina mecânica onde ele trabalha para fazer o reparo de um veículo. Paulo estava fazendo os reparos quando Fernando passou a lhe dizer: "*seu macaco, preto, filho da puta*". No dia seguinte, Fernando retornou à oficina. Paulo decidiu ter uma conversa com ele e perguntou por que proferiu aquelas palavras. Fernando respondeu que o mecânico era "*preto*" e iria fazer "*serviço de preto*".

CASO 3: Fernanda (foto) quer ir à delegacia para relatar o que segue. Dirigiu-se a uma empresa na manhã de ontem para participar de seleção de trabalho como pesquisadora. Foi informada que todas as vagas para o cargo anunciado haviam sido preenchidas. Mas, antes de voltar para casa, passou na residência de sua amiga que lhe informou que havia sido contratada na parte da tarde do mesmo dia e que ainda havia vagas disponíveis. Fernanda quer denunciar a empresa.

CASO 4: Miguel, músico (foto) quer ir à delegacia para relatar o que segue. Informa que foi hostilizado por seguranças de um *shopping center* quando se dirigiu ao local para a realização de um show. Os seguranças teriam dificultado seu acesso ao estabelecimento, o seguido, cercado e dito que teriam agido assim por terem ocorrido roubos no local e por ele corresponder ao perfil dos ladrões.

Após a leitura dos casos, o entrevistado deveria responder questões nas quais indicava sua concordância ou discordância com o fato do caso ser apresentado à justiça, como o tipificaria e, caso não concordasse com a apresentação à justiça, os motivos de sua discordância.

Abaixo, a ilustração do questionário aplicado. Ressaltamos que as fotos são somente ilustrações que correspondem ao fenótipo encontrado nos processos ou inquéritos estudados e que as imagens foram encontradas em bancos de imagens de acesso livre para fins não comerciais.

A pesquisa foi realizada em diferentes locais entre os dias 3 de setembro e 5 de novembro de 2013 em dias e horários alternados para tentarmos encontrar respondentes. No total, foram respondidos 112 questionários.

5 Resultados

Optamos por classificar todos os respondentes como estudiosos do direito, sem qualquer outra diferenciação. No que tange à percepção de que seriam casos próprios a serem apresentados à justiça, observamos que, na média ponderada dos respondentes, 69% concordaram que seriam casos a apresentar à justiça, 23% discordaram e 6% nem concordaram nem discordaram e 2% não responderam.

CASO 4:

Miguel, músico, (foto) quer ir à delegacia para relatar o que segue. Informa que foi hostilizado por seguranças de um shopping center quando se dirigiu ao local para a realização de um show. Os seguranças teriam dificultado seu acesso ao estabelecimento, o seguido, cercado e dito que teriam agido assim por terem ocorrido roubos no local e por ele corresponder ao perfil dos ladrões.

Diante desse episódio você:

1 - Concorda que ele seria um caso a ser apresentado à justiça ( )
2- Discorda que ele seria um caso a ser apresentado à justiça ( )
3- Não discorda nem concorda ( )

Se respondeu (2) ou (3) para a pergunta acima, dê até três motivos que expliquem sua decisão.

1_____
2_____
3_____

Se respondeu (1) para a pergunta acima, informe como você tipificaria o caso?
Resp.:
_____

Por que o tipificaria desta forma?
Resp.:
_____

PESQUISA DE OPINIÃO

Convidamos você a participar, voluntariamente, da pesquisa a seguir cujo objetivo é coletar a opinião de estudantes e profissionais do Direito sobre os casos que constam desse folheto.

Não é necessário se identificar em nenhum momento da pesquisa.

Se concordar em participar, responda às questões a partir do que você pensa sobre cada caso.

Você não precisa assumir qualquer posição (de defesa, acusação, vítima, acusado, juiz, promotor, advogado etc...), basta indicar o que pensa.

Agradecemos por sua colaboração

Atenciosamente:

Equipe de Pesquisa

POR FAVOR, DEVOLVA O FOLHETO AOS PESQUISADORES AO FINALIZAR.

Figura 1. *Parte frontal.*

CASO 1:

Mariana quer ir à delegacia para relatar o que segue. Trabalha como professora de ensino fundamental. Faltando três minutos para o término da aula, uma aluna pediu para ir ao banheiro. Mariana disse para que aguardasse o sinal, mas a criança urinou na roupa. Após a saída dos alunos, os pais da criança entraram na escola e se dirigiram à professora dizendo: "Safada, sem vergonha, macaca. Quando você sair, vamos estourar sua cara!"
Diante desse episódio você:
1 - Concorda que ele seria um caso a ser apresentado à justiça ( )
2- Discorda que ele seria um caso a ser apresentado à justiça ( )
3- Não discorda nem concorda ( )
Se respondeu (2) ou (3) para a pergunta acima, dê até três motivos que expliquem sua decisão.
1_____
2_____
3_____

Se respondeu (1) para a pergunta acima, informe como você tipificaria o caso?
Resp.:
_____

Por que o tipificaria desta forma?
Resp.:
_____

CASO 2:

Paulo quer ir à delegacia para relatar o que segue. Afirma que Fernando, cliente, esteve na oficina mecânica onde ele trabalha para fazer o reparo de um veículo. Paulo estava fazendo os reparos quando Fernando passou a lhe dizer: *"seu macaco, preto, filho da puta"*. No dia seguinte, Fernando retornou à oficina. Paulo decidiu ter uma conversa com ele e perguntou por que proferiu aquelas palavras. Fernando respondeu que o mecânico era *"preto"* e iria fazer *"serviço de preto"*. Diante desse episódio você:

1 - Concorda que ele seria um caso a ser apresentado à justiça ( )
2- Discorda que ele seria um caso a ser apresentado à justiça ( )
3- Não discorda nem concorda ( )
Se respondeu (2) ou (3) para a pergunta acima, dê até três motivos que expliquem sua decisão.
1_____
2_____
3_____

Se respondeu (1) para a pergunta acima, informe como você tipificaria o caso?
Resp.:
_____

Por que o tipificaria desta forma?
Resp.:
_____

CASO 3:

Fernanda (foto) quer ir à delegacia para relatar o que segue. Dirigiu-se a uma empresa na manhã de ontem para participar de seleção de trabalho como pesquisadora. Foi informada que todas as vagas para o cargo anunciado haviam sido preenchidas. Mas, antes de voltar para casa, passou na residência de uma amiga que lhe informou que havia sido contratada na parte da tarde do mesmo dia e que ainda havia vagas disponíveis. Fernanda quer denunciar a empresa.

Diante desse episódio você:

1 - Concorda que ele seria um caso a ser apresentado à justiça ( )
2- Discorda que ele seria um caso a ser apresentado à justiça ( )
3- Não discorda nem concorda ( )

Se respondeu (2) ou (3) para a pergunta acima, dê até três motivos que expliquem sua decisão.

1_____
2_____
3_____

Se respondeu (1) para a pergunta acima, informe como você tipificaria o caso?
Resp.:
_____

Por que o tipificaria desta forma?
Resp.:
_____

Figura 2. *Parte posterior.*

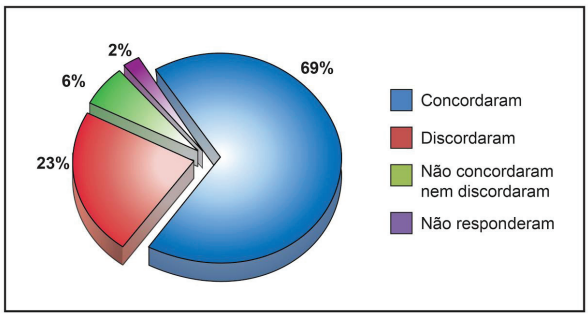

Gráfico 1. *Percentual de concordância dos respondentes com que os quatro casos fossem apresentados à justiça.*

Considerando cada um dos quatro casos analisados, separadamente, observamos que a maioria dos respondentes concordou que os casos deveriam ser apresentados à Justiça.

Merece destaque o fato de que optamos por organizar as informações em tabelas para facilitar a visualização e a comparação entre os casos. Conforme demonstrado anteriormente por meio de imagens, apenas a primeira pergunta do questionário era fechada, todas as demais permitiam respostas abertas de modo que cada respondente tipificou ou argumentou acerca dos casos livremente.

Nas tabelas, incluímos uma coluna com as respostas que foram dadas (agrupadas em categorias mais gerais) e as porcentagens dos respondentes que as ofereceram. Como as respostas eram livres e abertas, os campos vazios indicam que nenhum respondente, naquele caso, mencionou aquela resposta.

	Concorda	Discorda	Não concorda e nem discorda	Não respondeu
Caso 1	81%	11%	5%	3%
Caso 2	93%	3%	3%	1%
Caso 3	39%	54%	6%	1%
Caso 4	65%	22%	9%	4%

Tabela 1. *Percentual de concordância dos respondentes com que cada caso fosse apresentado à justiça.*

Quando perguntados como tipificariam os quatro casos apresentados, as respostas variaram de acordo com as informações contidas na tabela abaixo:

SE VOCÊ CONCORDA COM QUE O CASO SEJA APRESENTADO À JUSTIÇA, COMO O TIPIFICARIA?				
TIPIFICAÇÃO	**CASO 1**	**CASO 2**	**CASO 3**	**CASO 4**
Racismo, injúria e ameaça	4%			
Racismo	25%	37%	79%	64%
Racismo e ameaça	10%			
Racismo e injúria		5%		
Racismo e discriminação		4%		
Ameaça	8%			
Injúria	7%	14%		6%
Injúria e ameaça	8%			
Injúria racial	9%	16%		
Injúria racial e ameaça	9%			
Discriminação	4%		16%	14%
Ofensa à honra		3%		
Difamação e injúria		2%		
Difamação e racismo		2%		
Outros	16%	17%	5%	16%

Tabela 2. *Tipificações indicadas pelos respondentes.*

POR QUE TIPIFICARIA DESTA FORMA?				
ARGUMENTOS	**CASO 1**	**CASO 2**	**CASO 3**	**CASO 4**
Devido às ofensas e ameaças	85%			
Existência de previsão legal	15%	13%		
Ofensas proferidas		87%		
Recusa do emprego devido à cor			85%	
Informação divergente por parte da empresa			15%	
Racismo				15%
Atitude dos seguranças				61%
Discriminação				17%
Outros				7%

Tabela 3. *Argumentos apresentados pelos respondentes para justificar as tipificações indicadas por eles.*

No campo do questionário, quando perguntamos aos entrevistados "Por que tipificaria desta forma?", obtivemos as respostas na Tabela 3.

É possível observar, portanto, que os argumentos variam de acordo com cada caso. Embora a maioria dos respondentes tenha concordado que os casos tivessem elementos suficientes para serem apresentados à justiça e tenham indicado racismo e injúria racial como a tipificação mais adequada aos casos apresentados, os dados acima mostram uma exceção.

No "Caso 3", a maioria dos respondentes não concordou que houvesse elementos suficientes para que o caso fosse apresentado à justiça. Somente 39% dos respondentes concordaram que seria um caso a ser apresentado à justiça contra 54% que discordaram, 6% não discordaram nem concordaram e 1% que não responderam.

No "Caso 1", a maioria dos respondentes (25%) o tipificou como racismo com o argumento de que o fizeram devido às ofensas e ameaças (85% dos respondentes). Já no "Caso 2", 37% dos respondentes indicaram o racismo como a tipificação legal adequada em razão das ofensas proferidas (opção de 87% dos respondentes). Quando analisamos o "Caso 4", constatamos que 64% também avaliaram o caso como racismo, assim o tipificando. Contudo, o argumento oferecido foi um pouco mais vago ao indicar as atitudes dos seguranças como o motivo para essa tipificação (justificativa dada por 61% dos respondentes). E, por fim, no "Caso 3", 79% dos respondentes tipificaram o caso como racismo em razão da recusa de emprego devido à cor (motivo encontrado em 85% das respostas).

Os argumentos apresentados para a não concordância com que os casos fossem apresentados à justiça se encontram na Tabela 4.

6 Discussão

O presente estudo apresenta algumas limitações. É possível que o nível de formação dos respondentes possa ter influenciado o modo como compreenderam os casos apresentados visto que entrevistamos tanto estudantes quanto profissionais que já atuaram na área (não foi feita distinção entre estudantes e profissionais na avaliação das respostas). A ausência dessa diferenciação também tornou difícil identificar em que medida as tipificações mais precisas e fundamentadas em argumentos jurídicos teriam sido oferecidas por profissionais que já atuavam na área ou por estudantes e, ainda, quem, dentre eles, se ateria a categorizações mais amplas (baseadas no senso comum ou em literaturas gerais) para identificar um fato como racismo, injúria racial etc. Embora tenha sido solicitado aos respondentes que se manifestassem a partir de seus conhecimentos sem assumir qualquer posição identificada (juiz, promotor, advogado, vítimas ou acusados), não foi possível, neste

estudo, controlar ou classificar as respostas em acordo com o conhecimento do direito que pode variar entre quem já atua na área e quem ainda é aprendiz do ofício, entre outros fatores. A ausência de elementos que compõem e configuram o processo jurídico como um todo, os quais poderiam facilitar o enquadramento de acordo com a legislação penal, também pode ter influenciado a apreciação dos casos pelos respondentes. Além disso, cor e raça não foram considerados como variáveis quer nas respostas dadas pelos entrevistados, quer como fatores de indução. Desta forma, temos alguns elementos que nos impedem de oferecer uma avaliação mais sofisticada e conclusiva sobre o tema em análise.

SE VOCÊ DISCORDA - OU NÃO CONCORDA NEM DISCORDA - DE QUE O CASO SEJA APRESENTADO À JUSTIÇA, JUSTIFIQUE.				
ARGUMENTOS	**CASO 1**	**CASO 2**	**CASO 3**	**CASO 4**
Pode ser resolvido pela própria escola	43%			
Pais e professora errados	13%			
Sugere conciliação entre pais e professora	13%			
Professora errada	18%			
Pais errados	13%			
Problema não jurídico		25%		
Depende se o rapaz se sentiu ofendido ou sofreu racismo		25%		
Faltam provas		50%	46%	40%
Não tinha o perfil da empresa			18%	
Existência de outros motivos para a não contratação			36%	
Ausência de dolo				32%
Coincidência de perfil com os criminosos				19%
Pode ser resolvido no Shopping				6%
Esfera civil, não penal				3%

Tabela 4. *Argumentos apresentados pelos respondentes para justificar sua discordância de que os casos fossem apresentados à justiça.*

Apesar dessas limitações, cremos que os resultados alcançados possam ser interessantes para avaliarmos alguns aspectos. É possível observar que a previsão legal (argumentos jurídicos) aparece em menor proporção que outras justificativas para a tipificação indicada pelos respondentes (ver Tabela 3). Somente 15% dos respondentes no "Caso 1" e 13% no "Caso 2" apresentaram essa argumentação. Percebe-se, também, que os respondentes buscaram evidências por meio das quais fosse possível justificar a tipificação indicada por eles. Argumentos ligados à especificidade de cada caso, sobretudo aqueles que associam a tipificação diretamente às ofensas ou agressões sofridas pelas vítimas (85% no "Caso 1", 87% no "Caso 3", 61% "Caso 4"), cumpririam a função de vincular as provas materiais à tipificação indicada. Verificamos que, apesar das limitações apresentadas na coleta e organização dos dados, tanto a partir de categorias legais mais estritas quanto a partir de concepções amplas e/ou do senso comum, o racismo foi aponta-

do como presente nos casos analisados.

No caso da discordância de que os casos tivessem algum valor legal, os respondentes optaram pela escolha, majoritariamente, de argumentos que indiquem a ausência de provas ou dolo (50% no "Caso 2"; 46% no "Caso 3"; 72% no "Caso 4", conforme Tabela 4).

Dos casos apresentados, de acordo com os processos, o "Caso 3" foi punido pela justiça. O acusado foi condenado à pena de dois anos de reclusão, fixando-se o regime inicial semiaberto, com base no artigo 4º da Lei 7.716.[5] Tivemos notícia de que o "Caso 1" e o "Caso 4" receberam condenação apenas na seara cível. O "Caso 2" teve a denúncia rejeitada com fundamento no disposto no artigo 395, II e III, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008.

Em referência ao "Caso 3", nesse ponto, é imperioso destacar que o que se busca tutelar é justamente o direito à igualdade de condições no mercado de trabalho, conforme preceitua a Constituição da República no artigo 7º, XXX, o qual veda o estabelecimento de critérios para fins de admissão correspondentes ao sexo, cor, idade ou estado civil do candidato à vaga de emprego (Silva & Silva, 2012, p. 60).

Logo, o elemento discriminatório contido na recusa do recrutador não tinha nenhuma relação com qualquer justificativa racional que pudesse permitir, no caso, a quebra da isonomia, segundo a linha de entendimento esposada por Mello (2000), o qual preceitua que deve haver uma correlação lógica entre o fator discriminatório e a desigualdade procedida.

Na sentença, não poderia ser diferente a conclusão do juiz ao considerar que o acusado praticou discriminação racial ao, no exercício da função de recrutador na empresa, negar emprego à vitima alegando já estarem preenchidas todas as vagas que havia anunciado no jornal, quando de fato, tal informação era falsa e outras pessoas brancas foram contratadas no mesmo dia, após a entrevista da vítima, para exercer a mesma função.

Contudo, curiosamente, o "Caso 3" foi exatamente o que obteve a maior porcentagem de respondentes que consideraram que não havia elementos suficientes para que fosse apresentado à justiça (54% discordaram de que fosse apresentado à justiça contra 39% que concordaram, 6% que não concordaram nem discordaram e 1% que não respondeu à pergunta).

Isso demonstra, de certa maneira, que para os entrevistados que responderam não haver elementos suficientes para apresentação de ação penal, o problema residiria justamente na dificuldade de se demonstrar o racismo devido à falta de critérios ou referências legais mínimas para a contratação de pessoal no campo da iniciativa privada (Silveira, 2007, p. 176), além do fato do "Caso 3" não oferecer maiores descrições sobre se a candidata ao emprego possuiria as qualificações mínimas que o cargo exigia.

Porém, destacamos que dentre as respostas que indicaram haver adequação na judicialização dos casos, o "Caso 3" foi o que obteve maior porcentagem de tipificação como racismo (79% dos respondentes – dentre os 39% que optaram pela judicialização do caso – assim o tipificaram. Ver Tabela 2).

Por outro lado, o "Caso 2" (cuja denúncia foi rejeitada após ser reclassificado pelo judiciário como injúria qualificada), obteve a maior porcentagem de respondentes que consideraram que deveria ser apresentado à justiça (93% de respondentes que consideraram que deveria ser apresentado à justiça contra 3% que discordam, 3% que não concordaram nem discordaram e 1% que não respondeu), e foi tipificado pelos respondentes como racismo (37% dos respondentes) ou injúria racial (16%) em razão das ofensas proferidas (87%).

5. Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada. Pena: Reclusão de dois (2) a cinco (5) anos. (grifo nosso).
§1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.
§2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências. (Lei 7.716, 1989).

Acerca dos tipos penais solicitados, o racismo é o exercício de uma atitude de preconceito contra determinado grupo racial (Silva & Silva 2012, p. 25), sendo portanto, encarado aos olhos dos legisladores brasileiros, como de maior gravidade, e por isso, possui albergue constitucional no artigo 5º, XLII, configurando o racismo como crime inafiançável e imprescrítivel, sujeito à pena de reclusão.

Apesar de a ofensa ter sido dirigida a um grupo em geral por meio do vocábulo "serviço de preto", o promotor, na análise do caso, não entendeu ser cabível propositura de ação penal por não identificar componentes de racismo, ainda que a tipificação solicitada pelo ofendido quando na ocasião do boletim de ocorrência tenha sido baseada no artigo 20 da Lei 7.716:

> *Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*
>
> *Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Lei 7.716, 1989).*

Ao apreciar o caso, o Magistrado acabou por reconhecer que a tipificação penal correta deveria ser a prevista no artigo 140, §3º do Código Penal, cujo delito corresponde à injúria qualificada (racial), e devido à ausência de propositura de queixa-crime, foi determinado o arquivamento. Ou seja, o caso foi descaracterizado como racismo e caracterizado como injúria racial.

Como dito antes, o artigo 140, §3º do Código Penal sofreu uma alteração em 2009 por meio do advento da lei 12.033/09, que passou a estipular que a injúria racial não seria mais ação penal privada, e sim, condicionada à representação do ofendido. Porém, destacamos que, como os fatos descritos no "Caso 2" ocorreram antes da alteração legislativa, a denúncia foi recusada com o fundamento de que, por não ter sido proposta a queixa-crime pela vítima, acabou por decorrer o prazo decadencial de seis (6) meses conforme artigos 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal, sendo a denúncia rejeitada por extinção da punibilidade nos ditames do artigo 107 do Código Penal.

Nos argumentos da sentença, o juiz determinou o arquivamento do processo com fundamento no disposto no artigo 395, incisos II do Código de Processo Penal o qual indica que a denúncia ou queixa poderão ser rejeitadas quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

Diante do "Caso 2" concreto e completo, observamos que, os representantes da Lei (promotor e juiz) compreenderam que, embora a vítima tenha sido ofendida de maneira grave ("preto filho da puta", "urubu", "macaco", "todo preto é ladrão", "preto quando não caga na entrada, caga na saída," "não quero serviço de preto no meu carro" e "você não vai conseguir provar nada na justiça porque é preto"), a denúncia deveria ser rejeitada porque não existiam elementos suficientes para caracterizá-la como racismo. Segundo eles, não havia sido praticado nenhum ato de discriminação, nem havia sido induzido ou incitado o preconceito de raça, cor, etnia. Assim, faltaria ao Ministério Público legitimidade para propor a ação penal.

Algumas perguntas podem surgir. Pode ser indagado, por que, num contexto de discriminação racial latente como no caso supracitado, os juristas não tenham conseguido vislumbrar o crime de racismo? Seria devido à gravidade do mesmo o que gera um temor na tipificação do crime? Isso se deveria ao entendimento de que no Brasil há uma verdadeira democracia racial e tais ofensas não deveriam ser levadas a sério? A mudança na tipificação seria uma forma de "reparar" o dano, embora não tenha mais a vítima o direito à queixa-crime? Ou, simplesmente, teria o crime do racismo se tornado invisível? Os limites de nossa investigação e dos dados coletados não nos permitem responder a essas questões. Entretanto, observamos a discrepância entre o que o âmbito jurídico logra punir como racismo a partir de critérios legais e o que a literatura sociológica identifica como o mesmo fenômeno.

7 Considerações finais

Podemos concluir que, nos casos apresentados por nós, os entrevistados não encontraram elementos seguros por meio dos quais pudessem guiar suas respostas. Aparentemente, tudo dependeu da interpretação de quem leu os casos. Isso indica que há uma enorme margem para subjetivismo. Esse subjetivismo pode estar associado à dificuldade de inter-

pretação das normas penais referentes aos crimes de injúria racial e racismo. Contudo, esse mesmo subjetivismo não é assumido, visto que se considera que a lei opera a partir de critérios positivos e objetivos. É exatamente nesse subjetivismo que residem as possibilidades de manutenção das hierarquias descritas ao longo do nosso artigo, a partir da perspectiva sociológica de Bonilla-Silva (2010), Fernandes (2007), Guimarães (2004), Quijano (2004) e Santos (2010), que definem os modos de operação do racismo sutil.

Também é possível inferir que as respostas oferecidas refletem o senso comum segundo o qual, diante de pessoas negras (evidenciadas pelas fotos das vítimas) dando início a procedimentos judiciais, criem-se expectativas de alguma queixa de racismo. Ou que, diante dos pequenos boletins de ocorrência com informações limitadas, os respondentes simplesmente operaram um raciocínio lógico de verificar se continham elementos suficientes para tipificá-los em alguns dos tipos penais que eles conheciam.

Além disso, tais aspectos nos levam a indagar se, de fato, os procedimentos institucionais e legais do Poder Judiciário não estariam entre os componentes que dificultam a condenação, devido ao alto número de inquéritos que são arquivados por decadência.

De todo modo, o que podemos afirmar à guisa de conclusão é que estamos diante de duas percepções diferentes para o fenômeno do racismo. Em acordo com a lei, existiriam dois crimes: a injúria racial e o racismo que, para serem punidos, dependeriam de provas materiais que raramente são encontradas. Na perspectiva sociológica, ambos não passariam da mesma prática e da mesma modalidade: o racismo sutil e mascarado (Guimarães & Huntley, 2000; Bonilla-Silva, 2010). O que impediria a punição do racismo, na perspectiva sociológica, seria uma interpretação subjetiva, impregnada pelo imaginário social, dificilmente admitida pelos pressupostos de positividade e objetividade jurídica (Racusen, 2002).

A legislação não conseguiria alcançar aquilo que a sociologia define como racismo e que refletiria, mais de perto, a vivência das vítimas da discriminação racial (e por isso tem-se a percepção de que os crimes não são punidos). Do ponto de vista jurídico, aquilo que é descrito e vivido como racismo no cotidiano das relações sociais dificilmente poderá ser punido já que não deixa provas materiais nem testemunhas (que são os alimentos das ações judiciais).

Concluímos que sem que se olhe para o fenômeno do racismo a partir de uma perspectiva interdisciplinar será impossível tanto alcançá-lo em sua completude como puni-lo em sua especificidade.

8 Referências

Adorno, S. (1995). Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos estudos, 43,* 45-63.

Adorno, S. (1996). Racismo, criminalidade violenta e justiça penal: réus brancos e negros e perspectiva comparativa. *Revista Estudos Históricos, 9 (18),* 283-300.

Bastide, R., & Florestan, F. (2008). *Brancos e Negros em São Paulo.* São Paulo: Global.

Bonilla-Silva, E. (2010). *Racism without racists*. New York: Rowman & Littlefield Publishers.

Conceição, I. A. (2010). *Racismo estrutural no Brasil e penas alternativas: os limites dos direitos humanos acríticos*. Curitiba: Juruá.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (1941). Disciplina o Código de Processo Penal Brasileiro. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (1940). Disciplina o Código Penal Brasileiro. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

Duarte, E. (2002). *Criminologia e racismo*. Curitiba: Juruá.

Fernandes, F. (2007). *O negro no mundo dos brancos.* São Paulo: Global.

Guimarães, A. S. A. (2004). Preconceito de cor e racismo no Brasil. *Revista de Antropologia, 47 (1)*, 9-44.

Guimarães. A.S.A., & Huntley, L. (Orgs.). (2000) *Tirando a máscara. Ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra.

Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (1989). Define os crimes de preconceito de raça ou cor. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm

Lei 12.033, de 29 de setembro de 2009. (2009). Altera a redação do parágrafo único do art. 145 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 referente ao Código Penal Brasileiro, tornando pública condicionada a ação penal em razão da injúria que especifica. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12033.htm

Mello, C. A. (2000). *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* São Paulo: Malheiros.

Munanga, K. (1999). *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil.* Petrópolis: Vozes.

Nogueira, O. (1998). *Preconceito de marca*. São Paulo: EDUSP.

Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of world-systems research, 11 (2)*, 342-386.

Racusen, S. (2002). Race, nation, and justice: punishing prejudice in a racial democracy (Brazil). *Ethnos Brasil, 1,* 63-82.

Rios, R. (2008). *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Santos, E. (2010). *Racismo e injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal de São Paulo, Brasil.

Santos, G.A. (2002). *A invenção do ser negro*. São Paulo/Rio de Janeiro: EDUC/PALLAS/FAPESP.

Santos, G. A. (2012). *Reconhecimento, utopia, distopia. Os sentidos das políticas de cotas raciais*. São Paulo: Annablume/FAPESP.

Santos, T. V. A. (2012). *Racismo Institucional e violação de direitos humanos no sistema de segurança pública: um estudo a partir do Estatuto da Igualdade Racial* (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, Brasil.

Schwarcz, L. (1993). *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e pensamento racial no Brasil, 1870-1930.* São Paulo: Companhia das Letras.

Silva, A., & Silva, A. C. (2012). *Crimes de racismo.* São Paulo: JH Mizuno.

Silva Jr., H. (2002). *Direito de igualdade racial*. São Paulo: Juarez de Oliveira.

Silva Jr., H. (2010). *Políticas públicas de promoção da igualdade racial*. São Paulo: CEERT.

Silveira, F. A. (2007). *Da criminalização do racismo.* Belo Horizonte: Del Rey.

Taguieff, P.A. (1998). *La force du préjugé: essai sur le racisme et sus duples*. Paris: Gallimard.

Theodoro, M. (Org.). (2008). As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil. Brasília: IPEA.

Data de submissão/Submission date: 20.02.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date:

DECISÕES POLÍTICAS DO PODER JUDICIÁRIO: três estudos de caso e algumas diretrizes teórico-metodológicas para sua análise // *Igor Suzano Machado*[1]

Palavras-chave

Judicialização da política / Controle de constitucionalidade / Análise de discurso / Hegemonia

Sumário

1 Introdução: analisando a decisão judicial como decisão política

1.1 As bases teóricas e metodológicas da pesquisa

1.2 A definição do objeto

2 Estudos de caso

2.1 Primeiro estudo de caso: direito de greve e ativismo judicial

2.2 Segundo estudo de caso: pesquisas com células-tronco e judicialização da moralidade

2.3 Terceiro estudo de caso: competição eleitoral e regulação judicial da política

3 Redescrição analítica: articulando os dados empíricos ao referencial teórico escolhido

4 Conclusão: consequências da tomada da decisão judicial como decisão política

5 Referências

Resumo

O presente trabalho parte do pressuposto de que a decisão judicial precisa ser considerada como uma decisão política para ser compreendida inteiramente. Esta consideração há de ser pautada por orientação teórica específica, em geral não explorada para dar inteligibilidade a este fenômeno no Brasil. Assim sendo, o estudo a ser aqui desenvolvido busca analisar importantes decisões recentes da justiça brasileira e, partindo da teoria da hegemonia de Antonio Gramsci e desenvolvida contemporaneamente por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, interpretá-las como decisões políticas no seguinte sentido: em determinado contexto, certo grupo social se compreende como antagonizado por outro grupo e, estrategicamente, busca estabelecer, por mecanismos judiciais, nova hegemonia política, que efetive suas demandas enquanto interesses particulares que podem ser representados como interesse geral. A partir de três estudos de caso sobre pontos controversos da interferência do Poder Judiciário na política – o ativismo judicial, a judicialização da moral e a regulação judicial da competição eleitoral –, a pesquisa busca operacionalizar tal referencial analítico e propor diretrizes teóricas e metodológicas para pesquisas empíricas sobre a relação entre a política e a justiça no Brasil.

1. Professor de Teoria Social do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Viçosa. Graduado em Direito (FDV-ES) e em Ciências Sociais (UFES), mestre em Sociologia (IUPERJ-UCAM) e doutor em Sociologia (IESP-UERJ, com estágio de doutorado em University of Essex).

POLITICAL DECISIONS FROM THE JUDICIARY: three case studies and some theoretical and methodological guidelines for their analysis // *Igor Suzano Machado*

Keywords
Judicialization of politics / Judicial review / Discourse analysis / Hegemony

Abstract
This paper assumes that judicial decisions are political decisions, and that this is a condition for fully understanding them. Therefore, the work here is guided by a specific theoretical approach that is not usual in the understanding of judicialization of politics in Brazil: the theory of hegemony. This theory had its starting point in the work of Antonio Gramsci and has found important contemporary developments in the works of Ernesto Laclau and Chantal Mouffe. Thus, this paper aims to analyze important recent decisions of the Brazilian Judiciary as political decisions in the following sense: in a particular context, a specific social group is understood as antagonized by another group and strategically seeks to establish, by judicial mechanisms, a new political hegemony that materializes their private demands as a general interest. Relying on three case studies that deal with controversial points of the interference of Judiciary in politics – judicial activism, the judicialization of morality and the judicial regulation of electoral competition – this research aims to operationalize this analytical framework and to propose some theoretical and methodological guidelines for empirical research regarding the relationship between politics and justice in Brazil.

1 Introdução: analisando a decisão judicial como decisão política

1.1 As bases teóricas e metodológicas da pesquisa

Não vale a pena retomar em profundidade o debate sobre a chamada judicialização da política e a interferência do Poder Judiciário em funções tradicionalmente atribuídas aos poderes Legislativo e Executivo. A literatura internacional e nacional sobre o tema é vasta. Para citar apenas dois exemplos, no campo internacional destaco a obra de Tate e Vallinder (1995), A expansão global do Poder Judiciário e, no Brasil, a de Werneck Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999), A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Apesar das perspectivas críticas acerca dessa abordagem do fenômeno, como a de Koerner, Inatomi & Baratto (2011) em Sobre o Judiciário e a judicialização, tomarei aqui tal referencial como ponto de partida para minha análise.

Assim, considerando o contexto de importantes decisões políticas sendo tomadas pelo Judiciário, inicio a discussão perguntando: quais poderiam ser bons parâmetros teóricos e metodológicos para a análise empírica da famigerada politização do poder Judiciário? A presente pesquisa busca responder a tal questionamento ancorada, tanto em termos teóricos quanto metodológicos, na chamada "Escola de Essex de análise de discurso" – grupo de pesquisadores e conjunto de pesquisas que têm como orientação principal a teoria social e política desenvolvida na Universidade de Essex em torno das ideias de Ernesto Laclau acerca da política contemporânea e a análise de sua formação discursiva.

Dessa forma, o estudo a ser aqui desenvolvido busca analisar importantes decisões recentes da justiça brasileira e, partindo da teoria da hegemonia de Antonio Gramsci e desenvolvida contemporaneamente por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2006), interpretá-las como decisões políticas no seguinte sentido: em determinado contexto, certo grupo social se compreende como antagonizado por outro grupo e, estrategicamente, busca estabelecer, por mecanismos judiciais, nova hegemonia política, que efetive suas demandas enquanto interesses particulares que podem ser representados como interesse geral. A partir de três estudos de caso sobre pontos controversos da interferência do Poder Judiciário na política – o ativismo judicial, a judicialização da moral e a regulação judicial da competição eleitoral –, a pesquisa busca operacionalizar tal referencial analítico e propor diretrizes teóricas e metodológicas para pesquisas empíricas sobre a relação entre a política e a justiça no Brasil.

Conforme destacam Marianne Jørgensen e Louise Phillips (2002), em *Análise de discurso como teoria e método* [Discourse analysis as theory and method],

> *Mesmo que a análise de discurso possa ser aplicada a qualquer área de pesquisa, ela não pode ser usada junto a qualquer referencial teórico. Crucialmente, ela não pode ser utilizada como um método de análise separado de suas fundações teóricas e metodológicas. Cada perspectiva de análise de discurso que apresentamos não é apenas um método de análise de dados, mas um todo teórico e metodológico – um pacote completo. Esse pacote contém, primeiro, premissas filosóficas (ontológicas e epistemológicas) quanto ao papel da linguagem na construção social do mundo, segundo, modelos teóricos, terceiro, guias metodológicos de como analisar determinada área de pesquisa, e quarto, técnicas específicas de análise. Na análise de discurso, teoria e método estão entrelaçadas e os pesquisadores devem aceitar as premissas filosóficas básicas como forma de utilizar a análise de discurso como sua metodologia de pesquisa empírica (p. 3-4).*[2]

Tendo em vista este alerta inicial, as mesmas autoras identificam três abordagens de análise de discurso, enquanto teoria e método interligados, que são objeto de análise mais detalhada ao longo de seu livro: a teoria do discurso de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe; a análise crítica de discurso; e a psicologia discursiva. Conforme dito anteriormente, este artigo é teórica e metodologicamente filiado à Escola de Essex de análise de discurso, isto é, embasado na primeira vertente de análise de discurso descrita no livro de Jørgensen e Phillips (2002), que tem fulcro na teoria de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2006).

2. Tradução livre do autor.

Gostaria de chamar atenção, no entanto, para alguns pressupostos comuns às diferentes perspectivas de análise de discurso que acredito serem importantes para o presente trabalho. Primeiramente, gostaria de chamar a atenção para o fato de que a análise de discurso é uma abordagem que pressupõe uma dimensão construcionista das formações discursivas, que, assim, não seriam apenas uma forma de tornar inteligível, por via da linguagem, algo que não tem natureza linguística. Conforme salienta Rosalind Gill (2013), "estritamente falando, não existe uma única 'análise de discurso', mas muitos estilos diferentes de análise, e todos reivindicam o nome" (p. 244). O que estas perspectivas partilham, completa a autora, "é uma rejeição da noção realista de que a linguagem é simplesmente um meio neutro de refletir, ou descrever o mundo, e uma convicção da importância central do discurso na vida social" (p. 244). Isto é, "os analistas de discurso estão interessados nos textos em si mesmos, em vez de considerá-los como um meio de 'chegar a' alguma realidade que é pensada como existindo por detrás do discurso – seja ela social, psicológica ou material" (p. 247).

Como consequência de sua perspectiva construcionista, as diferentes formas de análise de discurso compartilham ainda os seguintes pressupostos: 1. uma postura crítica perante o conhecimento dado; 2. o reconhecimento da especificidade histórica e cultural das formas como vemos e compreendemos o mundo; 3. a convicção de que o conhecimento é socialmente construído; e 4. a ligação necessária entre conhecimento – construção social de objetos, fenômenos e ou problemas – e ações e processos sociais (Burr apud Jørgensen & Phillips, 2002, p. 5; Gill, 2013, p. 245).

Devido a tais pressupostos, é uma crítica comum ao método de análise de discurso a acusação de que seu resultado não é mais do que outro discurso, de mesma estatura epistemológica que os discursos que são por ela analisados (Jørgensen & Phillips, 2002, p. 177; Gill, 2013, p. 266). Tal constatação, no entanto, é reconhecida pelos pesquisadores que utilizam a análise de discurso como método, que, assim, não a entendem exatamente como crítica, mas apenas como confirmação das suas premissas (Gill, 2013, p. 266). Os pesquisadores em análise de discurso têm, dessa maneira, buscado padrões de validade de seus resultados que fogem de cânones positivistas da ciência, apostando, especialmente 1. na coerência interna da pesquisa; 2. na avaliação por pares dentro do campo das ciências e suas lógicas e regras próprias; e 3. na proficuidade da pesquisa que, de alguma forma, seja inovadora em termos de produção de conhecimento (Jørgensen & Phillips, 2002, p. 171-174).

Há também pesquisadores que têm buscado formas criativas de administrar o problema, por exemplo, dando mais espaço em suas pesquisas às hesitações do próprio pesquisador ou ao ponto de vista dos pesquisados, além de mais espaço para construções textuais fora dos padrões formais exigidos pela ciência, como narrativas de conteúdo mais poético (Jørgensen & Phillips, 2002, p. 182-188). Tais expedientes, contudo, também estão sujeitos aos mesmos limites e a abordagem construcionista, segundo outro grupo de autores, não precisa negar as vantagens do conhecimento científico apenas por reconhecer seu caráter perspectivo e não universal. Por isso, autores como Jason Glynos e David Howarth (2007), além das já mencionadas Jørgensen e Phillips (2002), continuam a chamar atenção para como se evitar os riscos de a análise de discurso, por exemplo, limitar-se a confirmar o discurso analisado, perdendo, inclusive, capacidade crítica. É o risco de uma perspectiva que, segundo Glynos e Howarth (2007), apenas produz uma auto-intepretação contextualizada.

Contudo, não se deve daí recair no risco de outra ordem, de apontar "mecanismos de causalidade", que ignoram por completo a subjetividade dos produtores do discurso analisado. Para Glynos e Howarth (2007), por mais que se fale em mecanismos e não leis gerais de causalidade, tal perspectiva ainda guardaria resquícios dessa compreensão positivista da ciência, reduzindo a explicação à sua variante de explicação causal e mantendo sua fé, ainda que de forma mais distante, na capacidade preditiva da ciência. Contra esses riscos, os autores abandonam a possibilidade de explicação por indução e dedução nas ciências humanas, apostando, por seu turno, em explicações por retrodução, em que mais do que mecanismos causais ou contextualizações de autoexplicações, o analista estaria interessado nas lógicas que subjazem às práticas discursivas a serem analisadas. Tendo isso em vista, com base na teoria do discurso de Laclau e

Mouffe (2006) e na psicanálise lacaniana, os autores sugerem como parâmetro de explicação crítica nas ciências sociais e políticas as lógicas social, política e fantasmática3 (Glynos & Howarth, 2007, p. 1-8).

Neste ponto, Glynos & Howarth vão ao encontro de uma orientação metodológica acionada por Jørgensen e Phillips, como forma de teorizar a posição do pesquisador que o capacita a identificar e se precaver contra o conhecimento pressuposto, por exemplo, do senso comum, ou das auto-representações dos autores dos discursos os quais analisa. Essa forma que as autoras apresentam para tanto é a que chamam de "redescrição analítica". Segundo elas

> *Basil Bernstein sugere que nós pensamos em teorias como "linguagens de descrição" e a aplicação de uma teoria como a tradução do material empírico para esta linguagem. Por meio deste processo de tradução, alguns dos aspectos tomados por óbvios do material pesquisado são desnaturalizados. Todas as abordagens de análise de discurso expostas neste livro proporcionam a possibilidade de redescrever o material empírico coletado. Por exemplo, a teoria do discurso e da articulação de Laclau e Mouffe e seus conceitos de significantes flutuantes, mitos e assim por diante, podem ser vistos como uma forma de linguagem capaz de descrever o material empírico sob um prisma diferente daquele em que ele descreve a si mesmo (Jørgensen & Phillips, 2002, p. 189).*[4]

A proposta de Glynos e Howarth (2007) também faz uso das categorias de Laclau e Mouffe (2006) como forma de descrição possível do material empírico, enquadrando-o sob as lógicas social e política – além da lógica fantasmática, que tomam da psicanálise lacaniana. A categoria de "articulação", também tomada das obras de Laclau e Mouffe (2006), desempenha aqui papel fundamental. Contra uma herança legada pelo positivismo às ciências, segundo a qual a explicação se dá por subsunção dos fatos à teoria, Glynos e Howarth (2007) chamam atenção para como o pesquisador não opera tal subsunção, mas sim procede a uma articulação entre teoria e material empírico que transforma os dois lados articulados, formando um novo discurso em que a teoria e os dados empíricos não possuem o mesmo significado que possuíam antes de serem articulados pelo pesquisador.

Creio que a "redescrição analítica", tal como proposta por Jørgensen e Phillips (2002), encaixa-se bem nessa perspectiva, sendo a principal orientação metodológica que seguirei na análise dos dados empíricos neste texto. Sendo assim, com base em como Glynos e Howarth (2007) operacionalizam essa redescrição tendo como fonte a teoria do discurso de Laclau e Mouffe (2006), irei me concentrar na análise da lógica política presente na construção da decisão judicial, sem negligenciar também a lógica social – e, em alguns casos, fantasmática – que subjaz a algumas operações do judiciário. Logo, conforme ficará mais claro adiante, o presente trabalho partirá da consideração da decisão judicial como decisão política, para, com base nisso, submetê-la a uma análise de discurso tal como descrita acima.

1.2 A definição do objeto

Considerar a decisão jurídica como uma decisão política, por mais que seja algo contestado por determinados autores, não é novidade. O positivismo kelseniano considerava a decisão jurídica como construção de norma e, nesse sentido, baseada em opção política. De qualquer maneira, o positivismo, no que tange à sua pretensa compreensão científica da norma, isolava-a de seus reconhecidos aspectos morais e políticos, analisando-a especificamente sob o prisma formal. Por esta perspectiva, não caberia à ciência jurídica analisar a dimensão material da norma, isto é, os seus aspectos políticos ou morais. O presente trabalho, no entanto, está inserido no campo das ciências sociais, que, assim como as teorias jurídicas rivais do positivismo, nunca negligenciaram a dimensão material do direito – nem mesmo em Weber (2004), que acreditava que a dimensão formal da norma jurídica era sua principal dimensão no direito moderno, tornando-se importante influência do próprio Kelsen.

Por isso, este estudo faz o caminho contrário do positivismo jurídico: parte do pressuposto de que a decisão jurídica é uma decisão política para, exatamente

3. O termo "lógica fantasmática" refere-se, neste texto, à lógica calcada na fantasia.
4. Tradução livre do autor.

nisso, fundamentar a sua análise. Assim sendo, partindo da teoria da hegemonia, que tem como ponto de partida a obra de Antonio Gramsci e encontra importante desenvolvimento contemporâneo na obra de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2006), busca-se analisar importantes decisões recentes da justiça brasileira e interpretá-las como decisões políticas no seguinte sentido: em determinado contexto, certo grupo social se compreende como antagonizado por outro grupo e, estrategicamente, busca, por mecanismos judiciais, estabelecer nova hegemonia política, que efetive suas demandas enquanto interesses particulares que podem ser representados como interesse geral.

O fio condutor capaz de guiar a seleção dos casos empíricos pesquisados foram os temas de debate dos três primeiros capítulos da obra Juízes na democracia contemporânea, organizada por Robert Badinter e Stephen Breyer (2004). Foram selecionadas sentenças que refletem três dilemas fundamentais à atividade dos juízes em regimes democráticos contemporâneos. São eles: o ativismo do Judiciário, ao substituir os demais poderes na tarefa legislativa; o funcionamento do Judiciário como um pontificado laico, ao agir como espécie de substituto moral das religiões; e o exercício pelo Judiciário da supervisão do processo eleitoral, em detrimento de partidos e eleitores. Mesmo que não esgotem o tema da judicialização da política no Brasil, tais casos permitem que se reflita sobre aspectos centrais desse problema por tratarem de casos paradigmáticos que funcionam como metáforas de toda uma categoria presumida importante (Glynos & Howarth, 2007, p. 203). Tendo isso em vista, serão analisados os seguintes casos:

// Mandados de Injunção (MI) nº 670, 708 e 712, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) regulou o direito de greve do servidor público - caso de "ativismo" em que o Poder Judiciário teria cumprido funções, em tese, do Legislativo e Executivo;
// Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, em que o STF decidiu sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias e, assim, tocou em questões de forte conotação moral, aproximando-o do que foi chamado no livro de um pontificado laico;
// ADIs nº 3.999 e 4.086, nas quais o STF confirmou a fidelidade partidária exigida em resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), interferindo diretamente na competição eleitoral.

Conforme dito anteriormente, tais decisões serão analisadas como decisões políticas, isto é, ações estratégicas que buscam amortizar um antagonismo social e produzir a consolidação de uma hegemonia na qual, de forma precária e contingente, um determinado grupo consegue representar seus interesses particulares como interesse geral.

Ao analisar a decisão judicial dessa maneira, o estudo oferece uma leitura alternativa da recente "judicialização da política" no Brasil. Em primeiro lugar, não considera a decisão judicial uma decisão eminentemente técnica, que encontra na sua politização um desvio. Pelo contrário, usando a distinção estabelecida por Laclau e Mouffe (2006) e retomada por Glynos e Howarth (2007) entre o "social" e o "político", o trabalho busca explicar porque haveria decisões jurídicas aparentemente técnicas que seriam, em última instância, políticas. Em segundo lugar, não considera a decisão judicial como decisão moral, isto é, decisão que representa a consagração de uma justiça universal. Nisso, afasta-se tanto de juristas como Ronald Dworkin, quanto de sociólogos como Jürgen Habermas. Por fim, mesmo que negue o universalismo liberal como dimensão a ser buscada pela integridade do Direito, o trabalho também não aceita uma hiperfragmentação de tipo pós-moderna. Ou seja, aceitar a dimensão política da decisão jurídica, seguindo o referencial teórico de Laclau e Mouffe (2006), não implica afirmar nem que ela seja moralmente universal nem completamente particularista, mas sim encará-la como um particular que consegue representar o universal.

Assim, o presente trabalho propõe integrar ao estudo do Direito a categoria hegemonia e uma concepção "sinedótica" do movimento político, ou seja, uma concepção da política baseada no que, em termos retóricos, poder-se-ia considerar uma sinédoque: a substituição do todo pela parte. Isto é, a totalidade, o universal, direciona a ação política em geral, e nesse caso especificamente, a ação jurídica - mas não como um pressuposto, e sim como um horizonte. Toda universalidade é, dessa forma, uma particularidade que logra representar-se como universal por conseguir

reunir, em torno de si, uma série de demandas que conseguem emergir por encontrar, nessa particularidade, o mais adequado significado para um significante que, por representar uma totalidade impossível em última instância, é tendencialmente vazio – conforme será explicado adiante. A coincidência, sempre precária e reversível, entre esse significado particular e esse significante da universalidade é o que Laclau e Mouffe (2006) consideram como hegemonia.

A hegemonia apareceria dessa forma como um jogo de equivalências e diferenças; uma prática política que se tornaria especialmente visível numa sociedade marcada pela transparência dos antagonismos e pela contingência das identidades, na qual seria possível reorganizar os elementos de seus discursos constitutivos de forma a aglutinar ou excluir interesses e reposicionar barreiras delimitadoras da identidade de seus agentes. Com isso, é possível identificar quatro dimensões da hegemonia, que seriam:

1. a desigualdade de poder lhe é constitutiva e, dessa forma, um grupo ou constelação de grupos particular estará em melhores condições do que outros para representar o todo, articulando interesses a seu redor e carregando em si a possibilidade de vitória frente ao adversário (Laclau, 2007, p. 59). Contudo,
2. há hegemonia somente se se supera a dicotomia universalidade/particularidade; a universalidade só existe se se encarna numa particularidade – e a subverte – mas nenhuma particularidade pode, de maneira inversa, tornar-se política se não se converteu também em locus de efeitos universalizantes (Laclau, 2007, p.61). Mas para que consiga isso
3. a hegemonia requer a produção de significantes de vacuidade tendencial – como ordem, liberdade, igualdade, etc. – que, ao mesmo tempo que mantêm a incomensurabilidade entre universal e particulares, permite que os últimos assumam a representação do primeiro (Laclau, 2007, p.62). Portanto,
4. o terreno no qual se estende a hegemonia é o da generalização das relações de representação como condição da ordem social (Laclau, 2007, p.63).

Esse é o terreno também sobre o qual se desenrolará a análise de discurso das decisões judiciais pretendida neste trabalho. Trata-se aqui de uma análise que considera essas decisões como um tipo específico de decisão política, isto é, como um tipo de decisão que pretende superar um antagonismo pela consolidação de hegemonia capaz de representar, de forma parcial e precária, uma particularidade como universal. Retomando os ensinamentos de Glynos e Howarth (2007), trata-se de se debruçar sobre a lógica política que fundamenta as decisões judiciais, como forma de explicá-las de uma perspectiva sociológica construcionista. Segundo os autores, a lógica política seria focada nos aspectos diacrônicos de uma prática ou regime de práticas, seja em termos de como essas práticas ou regime emergem, seja em termos de como são contestados e/ou transformadas (Glynos & Howarth, 2007, p. 141). Esse novo olhar sobre as decisões judiciais forneceria um conjunto de diretrizes para a análise empírica do que ocorre no Poder Judiciário, especialmente num contexto de judicialização da política, centrado no seguinte conjunto de pontos:

1. Identificação do evento que possibilita a ação política, a que Laclau (2007) chama de "deslocamento". Trata-se de uma espécie de "emergência do real" (em termos lacanianos) que exige reacomodação de cadeias discursivas que não mais dão conta de "domesticar" os acontecimentos dentro da rotinização a que Laclau e Mouffe (2006) chamam de social, exigindo a presença do que eles consideram propriamente uma decisão política.
2. Identificação da assimilação do deslocamento como um antagonismo, em que são observadas duas identidades em conflito, uma das quais vendo na outra um bloqueio à sua plena realização.
3. Identificação do esvaziamento de significado de um significante que, representando uma plenitude ausente, funciona tanto como ponto nodal capaz de articular os elementos de uma determinada construção discursiva, como ponto de disputa e pressão por parte de discursos concorrentes em busca de hegemonia.
4. Identificação dos motivos estratégicos de utilização do Judiciário como arena para a ação política e conquista da hegemonia, em detrimento de outras instâncias da esfera política ou da sociedade civil.
5. Avaliação crítica da construção discursiva hegemônica, não apenas no que tange ao descortina-

mento de outras opções concorrentes, como também de sua submissão à lógica "fantasmática" ou à lógica não política.

2 Estudos de caso

2.1 Primeiro estudo de caso: direito de greve e ativismo judicial

O primeiro caso estudado se refere ao julgamento conjunto dos Mandados de Injunção no 670 (de 2002), 708 (de 2004) e 712 (de 2004), pelo STF, tendo como relator, primeiramente, o ministro Maurício Corrêa e, depois, o ministro Gilmar Mendes. Para melhor contextualizar o caso, primeiro faz-se necessário explicar em que se constitui o Mandado de Injunção. Tal instrumento jurídico foi previsto pela Constituição de 1988 como um remédio institucional contra a omissão legislativa tida como inconstitucional, isto é, quando o legislativo deixar de legislar assunto que a Constituição lhe exigiu regulamentação para tornar viável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O mecanismo foi previsto como forma de garantir a efetividade constitucional, para que a vigência dos preceitos ditados pelos legisladores da constituinte não tivesse seus efeitos obstruídos pela falta de ação do legislador ordinário.

Por exemplo, a Constituição prevê um direito, mas condiciona seu exercício à regulamentação prevista em lei. Nesse caso, se o Congresso Nacional não promulga tal lei, pode o cidadão que se sinta prejudicado impetrar Mandado de Injunção para que a lei seja promulgada e seu direito garantido. Um caso clássico, que é justamente o tema dos mandados de injunção 670, 708 e 712, é a omissão quanto à regulamentação do direito de greve do servidor público, garantido explicitamente no texto constitucional, mas igualmente condicionado a regulamentação a ser descrita em lei – inicialmente, por lei complementar, mas, depois da Emenda Constitucional no 19/1998, por lei ordinária.5 E, tal lei, até então, não havia sido promulgada, no caso, pelo Congresso Nacional.

A complicação que se depreende daí é clara: qual deve ser o efeito do julgamento de um mandado de injunção? Ordenar ao Poder Legislativo que legisle sobre o direito constitucional previamente garantido? Ou, mais do que isso, autorizar o Poder Judiciário a exercer ele próprio uma função legislativa ante a inércia do parlamento? Declarar a mora legislativa e nada mais? Do ponto de vista dos seus efeitos, a tutela concedida através de mandado de injunção beneficia apenas aquele que ingressou com a ação ou também os demais possíveis afetados pela não regulamentação daquele direito? Essas foram algumas questões que atravessaram não só os mandados de injunção em análise, mas também outros mandados de injunção anteriores que versavam sobre o mesmo tema. Interessante notar que, nos mandados de injunção anteriormente ajuizados, os respectivos órgãos julgadores entenderam que o mandado de injunção serviria apenas ao reconhecimento da inércia legislativa, quando muito, estipulando um prazo para que tal lacuna legal fosse sanada, mas sem conter meios de tornar tal prazo coercitivo, deixando-o apenas como uma recomendação ao legislador. Contudo, nas ações aqui analisadas o entendimento predominante foi outro: diante da inércia do Legislativo, o Judiciário deveria formular a regra ainda não criada no legislativo.

Por que essa mudança de posicionamento do STF? Teria o tribunal recorrido a novos argumentos ou fontes jurídicas capazes de justificar a nova conclusão? Ou teria se adequado a um novo paradigma que indicaria uma nova orientação jurisprudencial? Como os ministros justificaram a pertinência democrática de atuação normativa tão ativa e transformadora por parte da Corte Constitucional? Uma análise mais aprofundada do teor dos votos dos ministros pode ajudar a clarificar essa mudança de posição no STF e é a isso que o trabalho se dedica agora.

Um primeiro fato que chama atenção nos votos dos ministros é que, ao contrário do que se poderia supor, a linguagem utilizada é predominantemente pessoal e subjetiva e não impessoal e objetiva. Dife-

5. Essa mudança constitucional tinha por objetivo, justamente, simplificar o procedimento para a aprovação da lei que regulamentaria o direito de greve do servidor público, diante da demora para a sua aprovação. De fato, a aprovação de lei ordinária requer apenas maioria simples e não qualificada, como no caso da lei complementar.

rentemente de se colocarem como "porta-vozes" de uma lei que leva necessariamente a uma direção no julgamento, os ministros usam expressões que sugerem a pessoalidade de suas decisões, como "a meu ver", "ao meu sentir", "não me parece", "o que proponho", além de vários verbos conjugados na primeira pessoa do singular como "creio", "entendo", etc. A exceção mais nítida fica por conta do decano Celso de Mello, de estilo bastante peculiar, que usa uma linguagem hiperbólica, mas objetiva e impessoal, com expressões como "revela-se essencial", "é preciso proclamar" (M.I. no 708, pp. 117-124). Quando há subjetividade, ela é passiva – "podem levar-me" (M.I. no 708, p. 130) – fazendo da argumentação do ministro a demonstração de uma força superior à qual ele é incapaz de resistir e se vê forçado a decidir em determinada direção. Mesmo que não seja exatamente a "boca inanimada da lei", como na célebre metáfora de Montesquieu, o ministro Celso de Mello tenta se pôr no papel de uma "boca inanimada" da qual saem palavras de origem outra. Mas, ao menos nesta decisão, ele é um caso à parte. Em geral, os ministros assumem linguisticamente sua responsabilidade pessoal nos votos que proferem.

Os ministros também não fazem uso de argumentos considerados utilitaristas, a não ser de maneira acessória, aditando-os à fundamentação já consolidada sobre a linguagem dos direitos e dos princípios e buscando a integração com o conteúdo da Constituição, das leis ordinárias e das suas próprias decisões.

Quanto às fontes utilizadas para justificarem seus votos, mesmo sem o formalismo de considerar a lei como fonte genuína e exclusiva, os ministros fazem uso de fontes tradicionais da hermenêutica jurídica: a Constituição, as leis, o direito comparado e a doutrina. Os ministros também se mostram bastante preocupados com a distinção entre a sua função e as funções legislativas do parlamento. Mesmo ao proferir decisões que concretizam "sentenças de perfil aditivo" – isto é, que adiciona texto novo às leis sob análise no julgamento – eles tentam diferenciar funções legislativas e regulativas e, consequentemente, as funções legislativas das judiciais.

Diante desse quadro, pode-se concluir que os ministros usaram elementos e fontes bastante tradicionais no Direito e, no entanto, tomaram decisões pouco ortodoxas, assumindo o que podemos considerar um ativismo normativo atípico. Inclusive, conforme visto, o tema discutido, o direito à greve dos servidores públicos, já havia sido objeto de deliberação no Supremo com resultados muito diferentes, embora sob a chancela da mesma Constituição e das mesmas leis. Sendo assim, como explicar a ruptura com os precedentes e a superação dos votos dissidentes que apoiavam a postura anterior, de encarar como efeito do mandado de injunção apenas a notificação da mora legislativa?

Um primeiro ponto a ser ressaltado é a valorização, pelos ministros, da teoria da tripartição de poderes, mesmo por aqueles que aceitam um papel normativo mais destacado do Poder Judiciário. O ministro Eros Grau, por exemplo, distingue as funções legislativa e normativa e conclui que, apesar de não exercer a primeira, o Judiciário exerceria a segunda, nas modalidades regimental e regulamentar. Segundo ele, por meio do mandado de injunção, o Judiciário produz norma porque interpreta o direito (M.I. no 712, pp. 20-23). Assim, não haveria ofensa à separação de poderes pois, no Mandado de Injunção, o Judiciário não definiria norma de decisão, mas enunciaria o texto normativo que faltava para o exercício de direito (M.I. no 712, pp. 1-3).

A argumentação não impediu, contudo, que discordassem do relator Eros Grau os ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa e que o voto de Eros Grau divergisse do de seu antecessor no cargo, o ministro Maurício Corrêa. Para os ministros com opinião divergente, a decisão proposta pelo relator violaria sim a tripartição de poderes e, portanto, em vez de garantir a obediência à Constituição, ofendê-la-ia. Maurício Corrêa e Ricardo Lewandowski se embasam expressamente no princípio da separação dos poderes (M.I. no 670, p. 12 e 85) e Joaquim Barbosa nega efeito erga omnes – isto é, que se estende a todos e não apenas às partes envolvidas no litígio – para a decisão, alegando que isso restringiria as opções do legislador e geraria o risco do exercício de função normativa do Judiciário se tornar regra, em vez de exceção (M.I. no 670, pp. 176-177).

Contudo, os ministros que acompanharam o relator

viram na Constituição algo mais que uma carta de separação de poderes políticos. O próprio relator destaca que a separação de poderes não é natural, mas advém da Constituição – como o mandado de injunção – e que a separação de poderes a ser considerada não seria a de Montesquieu, mas a da Constituição de 1988 (M.I. no 712, pp. 23-24). E, assim, destaca outra função para a Corte além de garantir a separação de poderes: a de "tornar viável o exercício de direitos" (M.I. no 712, p. 25 e 31).

O argumento da efetivação de direitos é retomado pelo ministro Gilmar Mendes (M.I. no 670), que, inclusive, destaca que a satisfação de direitos não pode ficar apenas nas mãos do Legislativo e que o STF tem a obrigação de concretizar a Constituição (p. 35-36). Celso de Mello também destaca que o efeito perverso da omissão legislativa no caso seria o de "obstar o exercício de direitos" e que não haveria, na decisão, protagonismo legislativo por parte do Judiciário, mas apenas cumprimento, por parte do STF, de sua função de dar efetividade à Constituição (M.I. no 670, p. 121 e 127).

É interessante notar, inclusive, que a ministra Carmem Lúcia questiona se o dissidente Ricardo Lewandowski estaria cumprindo esse requisito de efetivação da Constituição (M.I. no 670, p. 135). O mesmo caminho é seguido pelo ministro Menezes Direito, que destaca a necessidade de tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e a impossibilidade de dar à Constituição, e aos instrumentos previstos em seu texto, interpretação que leve à ineficácia de direitos (M.I. no 708, p. 89). E também por Celso de Mello, que fala explicitamente em compreender o mandado de injunção como forma processual para viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (M.I. no 708, p. 115).

Logo, o que parece se desenhar na disputa entre os votos vencedores e vencidos é uma referência comum à Constituição, mas interpretações divergentes acerca de seu significado. De um lado, a Constituição aparece, acima de tudo, como uma carta de separação de funções políticas. Isso impede que o Judiciário se imiscua em produção de regras gerais e faz com que os efeitos do mandado de injunção tenham de ser entendido de forma restrita, sem permitir que o Judiciário faça mais do que notificar o Legislativo a respeito de sua demora. Essa demora é entendida como parte do jogo democrático e não só a Constituição é entendida como principalmente uma carta de separação de funções políticas, como também as leis e decisões judiciais anteriores são usadas no sentido de reforçar esta concepção, como mostras de que o próprio STF tem compreendido assim a Constituição e que os verdadeiros representantes da soberania popular não se manifestaram ainda de forma contundente sobre o tema de modo a fornecer ao Judiciário material legislativo no qual possa se basear para exercer poder regulamentar.

Contudo, por outro lado, a Constituição é entendida como principalmente uma carta de direitos, não só individuais, mas também, coletivos e sociais. A demora do Legislativo para efetivar um desses direitos é interpretada como uma omissão constitucional e um processo informal de alteração da Constituição, a ser combatido pela corte. A história institucional é então contada de forma diferente por esta perspectiva. Nas decisões anteriores do STF, são buscados votos vencidos como forma de mostrar o paulatino desenvolvimento de interpretação inovadora do mandado de injunção e, em outras leis promulgadas pelo Legislativo, são encontrados os fundamentos para que o poder regulamentar do Judiciário possa ser exercido na formulação de uma sentença de perfil aditivo, capaz de transformar a ordem normativa vigente. Com isso, os ministros que compartilham tal visão destacam o fato empírico da demora legislativa, nesse caso, ser abusiva e recorrem a outras fontes normativas (como a lei que regulamenta as greves do setor privado e os projetos de lei sobre o tema ainda em tramitação no Congresso) para estipularem quais serão os termos legais em que o direito de greve do servidor público deve ser exercido.

O segundo entendimento sobre o caso foi o que se sagrou vencedor na disputa. Usando a terminologia de Laclau e Mouffe (2006), trata-se do discurso que se tornou hegemônico no STF, algo que não era até então. Como o referencial teórico escolhido para essa pesquisa poderia ajudar a compreender essa mudança? Este ponto será analisado mais detidamente no próximo tópico do texto. Contudo, adianto algumas considerações na análise deste primeiro caso, para

fornecer os primeiros delineamentos da perspectiva adotada no presente estudo, que devem ser mantidos em mente quando das próximas análises do material empírico.

A referência comum em todos os votos, como não poderia deixar de ser, é a Constituição. Podemos dizer, portanto, que a Constituição é o que a teoria do discurso chama de "ponto nodal" dos discursos dos ministros, ou seja, o ponto comum sob o qual a cadeia discursiva criada ganha unidade e estabelece seus limites. Quando questionado sobre a diferença entre ponto nodal e significante vazio, Laclau destacou que a distinção reside numa diferença de perspectivas sobre o mesmo referente, afinal, é o ponto de unificação da cadeia discursiva que é o ponto cujo significado entra em disputa pelos grupos que concorrem à hegemonia (Laclau, 2004, p. 322).

Como em outros momentos políticos, em que grupos entram em disputa para definir o significado do ponto em comum de seus discursos, como a "garantia da ordem", da "liberdade", da "igualdade", etc. na decisão do STF em análise, o que está em disputa é o significado da Constituição. Símbolo metonímico da ordem jurídica nacional, assim como da passagem de uma ordem ditatorial a uma ordem democrática, a Constituição de 1988 passa a congregar uma série de significações que lhe esvaziam de conteúdo fixo. No caso analisado, dois elementos da cadeia discursiva que lhe dá significado entram em conflito: sua faceta de carta de separação de poderes e sua faceta de carta de direitos individuais e coletivos. A oposição entre esses dois entendimentos se apresenta enquanto um antagonismo, em que um dos polos impede o outro. Tal antagonismo pode ser visto como um elemento deslocatório, que torna o discurso constitucional instável, e essa instabilidade precisa sanada pela ação política capaz de realizar a sutura precária no ponto de desintegração do tecido discursivo.

Nesse caso, um dos elementos do que poderia ser chamado de discurso constitucional se eleva acima dos demais e é considerado o significado da Constituição em si. Neste caso, trata-se da dimensão de efetivação de direitos, que se sobrepõe à de separação de poderes, como verdadeiro significado da totalidade do discurso. A Constituição é tanto uma carta de direitos como uma carta de separação de poderes e, como mostra a própria divergência entre os ministros, em princípio, não é prioritariamente nem uma coisa nem outra. Mas, na decisão em análise, passa a ser: o discurso vencedor, opera um movimento de sinédoque em que o que era apenas um elemento entre outros do discurso constitucional, isto é, a efetivação de direitos, inclusive sociais e coletivos, passa a ser o significado da Constituição per se.

De acordo com o novo entendimento, a Constituição passa a ser prioritariamente uma carta de direitos individuais e sociais que precisam ser concretizados, mesmo que isso envolva a assunção, por parte do Judiciário, de funções legislativas. Nesse contexto, o mandado de injunção passa a ter nova interpretação e, consequentemente, analogias injustificáveis em outras circunstâncias passam a fazer sentido. É o caso da analogia entre o direito de greve dos trabalhadores do setor público e o dos trabalhadores do setor privado. Apesar das manifestações legislativas e constitucionais no sentido da não haver identidade entre as situações, a oposição ao inimigo comum da falta de efetividade de direitos constitucionais viabiliza que sejam colocadas lado a lado. Algo similar acontece no uso do direito comparado pelos ministros: em que pese serem duas ordens jurídicas distintas e autônomas, admite-se o recurso às soluções criadas por uma para a solução de casos gerados na outra. O direito brasileiro e o de outros países são igualados no sentido de serem ordens de concessão de direitos – em oposição à ausência de ordem jurídica –, e soluções tomadas numa ordem jurídica nacional específica podem servir como parâmetro normativo para a outra.

2.2 Segundo estudo de caso: pesquisas com células-tronco e judicialização da moralidade

Se o primeiro caso é um exemplo de judicialização da política motivado pela omissão do Legislativo, eventualmente fundada no custo em votos que sua ação poderia gerar, o segundo caso objeto de análise representa situação bem diferente. Trata-se do julgamento da ADI no 3.510, de 2005, que teve como relator o ministro Ayres Britto. Tal ação questionava a constitucionalidade do artigo 5º da chamada Lei de Biossegurança, que permite o uso de células-tronco

embrionárias para fins de pesquisa científica. Neste caso, o procedimento judicial implica em ataque à lei já aprovada dentro do processo legislativo tradicional e o Judiciário passa a ser uma nova instância de disputa política para aqueles que foram voto vencido no procedimento legislativo ordinário.

Isso faz com que a força deslocatória que desestabiliza o discurso constitucional seja diferente do caso anterior, uma vez que as diferentes interpretações sobre o que seria a Constituição se processam a partir da assunção de que a sua função é o de efetivar direitos. Ou seja, a discussão não se dá em torno da oposição entre a efetivação de direitos e a divisão de poderes, mas entre os diferentes significados possíveis dos direitos a serem efetivados e as consequências daí advindas.

Ainda assim, os ministros tentam delimitar suas próprias funções diferenciando-as de funções outras. Contudo, em vez de diferenciarem as funções legislativas e judiciárias, buscam diferenciar a função judicante de funções de outros agentes sociais, como sacerdotes e cientistas, distinguido, assim, os argumentos jurídicos de argumentos religiosos, morais e científicos em que suas decisões podem ser acusadas de estarem se baseando. Mais uma vez parece estar em jogo a distinção da função judiciária e a disputa pelo preenchimento, com significado específico, de significantes que se tornaram vazios pelo excesso de representações que abarcam – lembrando que, segundo a teoria do discurso, os significantes vazios são justamente aqueles que, se abrindo a significados diversos, permitem a disputa política de seu conteúdo.

Mesmo que não esteja em foco, nesse segundo caso, a tensão entre as funções judiciárias e legislativas, cumpre destacar que a possibilidade de o Judiciário assumir protagonismo legislativo se fez presente em alguns dos votos vencidos que questionavam a falta de regulamentação da lei impugnada, sobre alguns pontos e, por isso, insistiam na tese de que deveria o STF complementar a lei de forma que a harmonizasse com a proteção constitucional à dignidade da pessoa e direito à vida. O temor, portanto, de que a adoção das sentenças de perfil aditivo abrisse precedentes para a intervenção normativa do Judiciário, mesmo quando não instado a tanto, parece ter fundamento. Gilmar Mendes, um dos que propõe sentença aditiva no caso, chega a dizer, inclusive, que tais decisões atípicas já começariam a se mostrar típicas (ADI no 3.510, p. 493).

No entanto, diferentemente da decisão analisada anteriormente, em que o temor dos ministros se concentrava em ter sua função confundida com a dos legisladores, neste caso, a decisão da ADI no 3.510, de forte teor moral, o temor se concentra em ter seu papel confundido com o de sacerdotes, filósofos ou cientistas. Cada ministro enfrenta o desafio de forma diferente, mas todos ressaltam em seus votos que a questão não deve ser encarada como escolha entre correntes científicas, filosóficas ou religiosas, mas do ponto de vista jurídico – seja lá o que isso signifique. Apesar das diferenças, contudo, mais uma vez a questão passa pela referência obrigatória à Constituição. E prevalecem argumentos baseados em direitos e princípios, tendo os argumentos utilitaristas função apenas acessória.

As demais fontes tradicionais da hermenêutica jurídica também se fazem presentes em menor ou maior grau: demais leis, doutrina e direito comparado. O que chama atenção, no entanto, é a utilização de argumentos menos tradicionais, como referências científicas, filosóficas e mesmo religiosas e artísticas. Isto é: seja lá o que os ministros querem dizer com encarar a "questão sob o prisma jurídico", isso não exclui uma argumentação cuja amplitude ultrapasse as fontes tradicionais da hermenêutica jurídica, especialmente sob a vertente jurídico-formalista em que o universo jurídico é restrito ao universo do "legalmente regulado".

Conforme dito anteriormente, a ADI no 3.510 questiona o artigo 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permite a utilização de células-tronco de embriões não utilizados em processos de fertilização *in vitro* em pesquisas de finalidade terapêutica, desde que tais embriões sejam inviáveis ou congelados há mais de três anos. A corrente contrária à lei alega que sua inconstitucionalidade residiria no fato de violar o direito à vida, fundamento maior do Estado Democrático de Direito radicado na dignidade da pessoa humana (ADI no 3.510, p.10), já que a extração da cé-

lula embrionária destruiria o embrião, representante da vida humana em sua plenitude.

O relator da ação, ministro Ayres Britto, deixa claro que não se trata de decidir quando começa a vida para a biologia ou para a filosofia, mas quando começa a vida para o ordenamento jurídico (ADI no 3.510, p. 41). E, com base nisso, busca fundamentar sua decisão a favor da constitucionalidade da lei na Constituição – que garante direitos aos brasileiros "natos", isto é, já nascidos (ADI no 3.510, p. 31) – assim como na legislação infraconstitucional – por exemplo, de acordo com o Código Civil a personalidade só seria adquirida com o nascimento com vida e as exceções à criminalização do aborto do Código Penal demonstrariam proteção diferenciada entre o nascituro, isto é, que ainda vai nascer, e o nativivo, que já nasceu. Por fim, ele constrói uma analogia entre a Lei de Biossegurança e a Lei de Doação de Órgãos: ao passo que a última autorizaria a extração de órgãos de pessoas que já não contam mais com o funcionamento do cérebro, a primeira autoriza a extração de células tronco de embrião cujo cérebro sequer irá se formar sem a nidação no útero materno.

O ministro Ayres Britto também recorre a uma série de princípios constitucionais e direitos constitucionalmente protegidos: o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e o direito subjetivo à liberdade do casal gerador do embrião, que não permitem obrigar os genitores a aproveitar todos os embriões gerados para o processo de fertilização *in vitro*; a laicidade do Estado e a autonomia individual, que não permitem ingerência de corrente religiosa sobre as decisões do casal; o direito à saúde e à livre expressão de atividade científica enquanto direitos fundamentais, que exigem a liberação das pesquisas para fins terapêuticos (ADI no 3.510, p. 5-7). Além disso, o voto do ministro faz referência a artigos científicos e matérias de revistas como *Época* e *Veja*, além de referências a Dworkin (ADI no 3.510, p. 35), Kelsen (ADI no 3.510, p.42), à filosofia, à MPB e à literatura (ADI no 3.510, p. 40)

A argumentação jurídica do ministro Ayres Britto, portanto, aproxima-se da concepção dworkiniana de jurisdição (Dworkin, 2003), na medida em que busca dar integridade ao conjunto de princípios e direitos constitucionais e suas manifestações infraconstitucionais. O curioso é o caminho a que isso pode levar, no caso brasileiro, em que a Constituição é tão detalhista que até o livre exercício da ciência poderia ser considerado como direito fundamental. Nesse sentido, cumpre destacar que, por mais que os ministros não mobilizem argumentos utilitaristas, a amplitude dos direitos individuais, coletivos e sociais reconhecidos pela Constituição de 1988 permite que a própria linguagem dos direitos seja utilizada como justificativa para posturas desenvolvimentistas e os permite afirmar que no Brasil vige um constitucionalismo para além de liberal, social, fraternal e tendo como valor fundante a integração comunitária (ADI no 3.510, p. 67).

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, também destaca que não cabe ao STF decidir a superioridade de uma corrente científica, filosófica ou moral, ou tampouco decidir o marco de início da vida – o que, segundo ela, só caberia ao Legislativo – mas contrastar a lei e a Constituição (ADI no 3.510, p. 79-81). Mas essa circunscrição a uma avaliação jurídica meramente contrastante da lei e da Constituição, não se sustenta ao longo do seu voto, que faz referência, além da Constituição, ao Direito comparado (ADI no 3.510, p. 80 e 83), a possibilidades utilitaristas (ADI no 3.510, p. 86) e a artigos científicos que sustentam a tese central da ministra de que o embrião não é vida (ADI no 3.510, p. 84) e, portanto, não seria pessoa e não seria abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa (ADI no 3.510, p. 79).

O ministro Menezes Direito também começa se esforçando por dar contorno jurídico ao caso e proclama que, por mais que o STF esteja sendo instado a definir o momento de início da vida, não se trata de buscar uma definição científica para determinado evento, mas decidir uma questão sob o ângulo jurídico. O que o STF desafiaria não seria uma questão religiosa, mas jurídico-constitucional (ADI no 3.510, pp. 104-105). No entanto, a argumentação jurídico-constitucional do ministro envolve uma mobilização monumental de artigos científicos e argumentos filosóficos (Schopenhauer, Tomás de Aquino, Habermas, Hans Jonas, Kant, Hume, Wittgenstein, Appel, Aristóteles...) para negar analogias feitas nos votos anteriores com o Código Civil e Lei de Doação de Órgãos

e, então, defender a tese de que a Constituição tem uma regulação própria do direito à vida, que exige a proteção da vida e, consequentemente, do embrião, que já seria, segundo ele, forma plena de vida.

Portanto, para Menezes Direito, se a obtenção de células tronco embrionárias depende da destruição do embrião, ela não seria admissível no direito brasileiro e a Lei de Biossegurança seria parcialmente inconstitucional por permitir esse procedimento em embriões ainda viáveis. Além disso, seria também parcialmente inconstitucional, na medida em que deveria regular mais severamente os processos de obtenção dessas células, pois, segundo o ministro, a lei não seria suficientemente precavida contra a eugenia (ADI no 3.510, p. 130). Imbuído da missão de fazer do Direito instância de concretização de ética necessária a pôr freios na ambição científica e assim, assumir uma função anti-utilitarista, contra o cientista ideal, para o qual o melhor seria que não houvesse qualquer regulação nas suas pesquisas, Menezes Direito exige complementação à lei e, num momento em que muda o tom da linguagem para algo mais impessoal, diz que, entre as conclusões a que "forçosamente se chega", está a de que se deve controlar as clínicas de reprodução assistida, estabelecendo um padrão ético que deve se sobrepor à busca da cura de doenças cujas descobertas não são garantidas (ADI no 3.510, pp. 113, 131-132, 167). O que abre espaço para propor a famigerada sentença de perfil aditivo, estabelecendo quais seriam esses limites.

A ministra Carmem Lúcia inicia seu voto de forma semelhante, chamando atenção para a diversidade de opiniões manifestadas sobre a questão e destacando que essas manifestações não podem alterar o compromisso do juiz com seu dever de se ater à ordem constitucional vigente. Segundo ela, a Constituição é a sua "Bíblia", o Brasil a sua "religião": o juiz deve cultuar o direito (ADI no 3.510, p. 194). Ela complementa o argumento dizendo que emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica, ou ainda que Direito e arbítrio são incompossíveis. Pautada por essas escolhas jurídicas não arbitrárias, a ministra reconhece a importância da proteção à dignidade humana e, daí, deduz que as terapias a que se refere a lei não podem ser terapias experimentais. Também reconhece a proteção do direito à vida, mas argumenta que tal direito não seria absoluto e deveria ser ponderado com outros, como acontece nos casos em que o aborto é permitido (ADI no 3.510, pp. 196, 203, 206 e 212).

Logo, para a ministra, não há que se falar apenas em dignidade do embrião, mas também em dignidade daqueles que aguardam ansiosamente as possíveis curas para suas enfermidades que poderiam advir das pesquisas com células-tronco (ADI no 3.510, p. 209). Assim, ao servir a essas curas, tais pesquisas não ofenderiam a dignidade, mas sim a valorizariam, dando aos embriões inviáveis destino mais nobre que o lixo. Tendo isso em vista, para a ministra, a lei seria constitucional por não ser arbitrária e por se ater a princípios constitucionais como: o princípio da solidariedade intergeracional, o princípio da liberdade, o princípio da justiça e o metaprincípio da dignidade humana, que exigiria o dever constitucional do Estado e da sociedade de criarem condições para uma vida digna (ADI no 3.510, pp. 227, 230).

O ministro Ricardo Lewandowski também reconhece que o direito à vida não deve ser encarado de uma perspectiva meramente individual e deve abranger o direito à saúde. E, citando Canotilho, ressalta que se deve considerar a dignidade da pessoa humana, mas ela deve ultrapassar a defesa dos direitos individuais tradicionais e abarcar direitos sociais (ADI no 3.510, 270-276). Contudo, sua argumentação se aproxima mais da do ministro Menezes Direito. Apesar de destacar que o STF não seria aparelhado e vocacionado para decidir quando a vida começa, o ministro conclui que, no plano puramente jurídico positivo, haveria fortes razões para se adotar a tese de que a vida começaria com a concepção (ADI no 3.510, pp. 263, 266).

Depois de ressaltar a necessidade de o Direito cumprir função anti-utilitarista e de mobilizar várias críticas à razão científica (envolvendo Marx, Gramsci, escola de Frankfurt, Lukács, além da alusão à "sociedade de risco" na obra dos sociólogos Ulrich Beck e Zigmunt Baumman), Lewandowski (ADI no 3.510, p. 250-254, 271, 307) conclui que a lei apresenta proteção insuficiente contra a manipulação genética e a seleção de embriões e, por isso, deve ser aditada para que se conforme à Constituição e sua defesa da dignidade humana. Cumpre ressaltar que sua pro-

posta de sentença aditiva como forma de contornar o problema de relativa inconstitucionalidade da lei é fortemente baseada no direito comparado ou, como ele mesmo diz, na regulação que o mundo civilizado (aparentemente, outro nome para a Europa, América do Norte e Austrália) dá ao tema (ADI no 3.510, p. 296). Isto é, o caráter jurídico não se coloca apenas ao lado do racional contra o emotivo e arbitrário – como ponderara Carmem Lúcia –, mas também ao lado da civilização em contraste com a barbárie.

O ministro Eros Grau, por sua vez, também se posiciona a favor de adição de novos requerimentos para a operacionalização da lei atacada, apesar de seu argumento se concentrar nas razões da constitucionalidade e não da inconstitucionalidade da lei. Partindo de uma reconstrução da evolução do ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Filipinas – num raciocínio, nesse sentido, bastante dworkiniano e sua busca por integridade no Direito – o ministro chega à conclusão de que a destruição do embrião só seria inconstitucional se o termo embrião significasse óvulo fecundado no útero, não sendo abrangido pela proteção constitucional o embrião *in vitro. No entanto, fazendo uso de outra dimensão importante da proposta teórica de Dworkin, destaca também os interesses comerciais presentes na realização das pesquisas e a substituição de uma fé religiosa por uma fé igualmente cega na ciência para proclamar que o Direito deve cumprir função de "freio" a uma razão imediatista e utilitarista devendo, portanto, regular com maior precisão a utilização das células embrionárias. O que o leva a admitir a lei como constitucional, mas igualmente carente de acréscimos regulatórios.*

*Já o ministro Joaquim Barbosa se aproxima da argumentação das Ministras Ellen Gracie e Carmem Lúcia e aceita integralmente a constitucionalidade da lei. Como a ministra Ellen Gracie, ressalta que sua análise deve se ater a verificar se a lei está de acordo com a Constituição (ADI n*o 3.510, p. 329). E, como a ministra Carmem Lúcia, chega à conclusão de que a lei buscou equilibrar a proteção da vida e o desenvolvimento científico, ponderou o direito à vida do embrião e das pessoas que esperam ser salvas pelas descobertas das pesquisas com as células embrionária e respeitou a laicidade, a liberdade e a livre expressão científica, a liberdade de crença dos progenitores e guardou semelhanças com a legislação internacional sobre o tema (ADI no 3.510, p. 330-338).

O ministro Cezar Peluso, por sua vez, começa negando alguns procedimentos hermenêuticos adotados em votos anteriores, especialmente as referências às normas infra-constitucionais previstas nos textos do Código Civil e Penal: segundo ele, as normas constitucionais não podem ser interpretadas com base na legislação infraconstitucional, pois, assim, estar-se-ia ofendendo a hierarquia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a compreensão do ordenamento jurídico apresentada pelo ministro não busca, por exemplo, o tipo de coerência do Direito como integridade de Dworkin, mas apenas a obediência à produção escalonada de normas preconizada pelo positivismo jurídico. O que o deixa em uma situação complicada, já que, nesse caso, só sobraria, para além do direito internacional que o ministro não mobiliza, a referência à própria Constituição – e é justamente o significado dos termos da Constituição, como direito à vida e proteção da dignidade humana, que está em jogo. Mesmo assim, o ministro não aceita que está na situação de tomar decisão discricionária – que seria a consequência lógica da postura positivista no caso – pois também opõe direito e arbitrariedade e destaca que decidir sobre quando começa a vida humana traria à tona decisão arbitrária (ADI no 3.510, p. 356, 363 e 373). Sua maior referência para o julgamento passa a ser, então, os argumentos das partes, do *amicus curiae,*[6] da doutrina e de recursos tradicionais de retórica.

Com isso, o ministro vê nos argumentos dos opositores da constitucionalidade da norma uma incoerência, pois se fossem coerentes com o raciocínio que subjaz ao pedido de inconstitucionalidade, teriam de se opor à fertilização *in vitro em si, coisa que não fazem. Lança então o argumento baseado em uma suposta unanimidade de que é "fato incontornável que todos acham lícita a produção excedente de embriões" (ADI n*o 3.510, p. 357) para ressaltar que "como se vê, o argumento prova demais" (ADI no 3.510, p. 362)

6. O amicus curiae (amigo da corte) é um terceiro – isto é, alguém, seja pessoa, entidade ou órgão, que não é parte na ação judicial – que, devido a seus interesses ou conhecimentos específicos, participa do processo para prestar informações imputadas importantes para o melhor julgamento da causa.

e concluir que não é garantido, dentro da proteção jurídica de que goza o embrião, o direito de nascer, sendo a norma atacada na ADI plenamente constitucional. Segundo o ministro, já que o descarte dos embriões é autorizado pela Constituição, mais ainda seria seu uso para pesquisas que visam a desenvolver terapias ou tratamentos (ADI no 3.510, p. 383).

Após ressaltar os problemas que vê na edição de sentenças de perfil aditivo pelo STF, pelo risco de o tribunal assumir papel legislativo e, assim, contrariar em vez de proteger a Constituição, Marco Aurélio também inicia seu julgamento ressaltando que devem ser colocadas em segundo plano as paixões de qualquer ordem e buscar-se a prevalência dos princípios constitucionais, não deixando predominar opiniões exteriores ao Direito, mas sim um contexto técnico-jurídico (ADI no 3.510, pp. 405-407). Depois, dentro de tal contexto técnico-jurídico, faz referência à Bíblia, a Santo Agostinho e Aristóteles, a um biólogo vencedor do prêmio Nobel e chega mesmo a afirmar que, nesse julgamento, o pensamento da população brasileira medido pelo IBOPE deveria ser levado em conta (ADI no 3.510, pp. 409, 412 e 418). E disso conclui que, julgando a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos, a lei é constitucional, pois busca atender ao princípio da solidariedade e efetivação da dignidade da pessoa, já que as pesquisas com as células-tronco buscariam justamente devolver às pessoas acometidas por doenças e acidentes uma vida razoavelmente satisfatória (ADI no 3.510, p. 415 e 421).

O sempre hiperbólico Celso de Mello, por sua vez – votando em causa que considera a "mais importante da história do STF" (ADI no 3.510, p. 59) – também destaca que o único critério a ser utilizado na solução da controvérsia em questão tem de ser o que se fundamenta na Constituição e nas leis da República (p. 432) – ainda que isso não o conduza a uma argumentação positivista, ao destacar que, independente do Estado e do momento histórico, a pessoa humana será sempre o núcleo fundante e legitimador de qualquer ordenamento jurídico (ADI no 3.510, pp. 432, 424). O que, todavia, não o impede de fazer referência, para além da doutrina e pactos e tratados internacionais, a um congresso de bioética e afirmar que, dentre as várias teorias a respeito da vida, cabe ao intérprete decidir qual mais se adequaria ao interesse público e qual seria a opção que daria efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana (ADI no 3.510, p. 446-447). Destacando também que o direito à vida pode ser ponderado, chega por fim à conclusão de que a lei é constitucional, seguindo o voto do Ministro Ayres Britto que, segundo ele, permite que milhões de brasileiros que hoje sofrem e se acham postos à margem da vida, possam gozar do exercício concreto de certos direitos básicos e inalienáveis como o direito à busca da felicidade e o direito de viver com dignidade (ADI no 3.510, p. 454, 458).

O último ministro a votar é Gilmar Mendes, que começa dissertando sobre a importância do julgamento para o STF enquanto espaço de representação democrática. Segundo ele, em julgamentos como esse – que, é bom lembrar, foi precedido por audiências públicas com a presença da sociedade civil, além de contar com a participação ativa dos amicus curiae – os anseios sociais encontram guarida num debate com regras pré-estabelecidas de procedimento e argumentação. Isso, ele continua, demonstra que o STF também pode ser a "casa do povo" como o parlamento, com a corte aparecendo como espaço democrático aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral (ADI no 3.510, p. 465). Faz então referência a Alexy e ressalta que nos tribunais constitucionais o povo é representado argumentativamente (ADI no 3.510, p. 465-466). Conclui daí que não há como negar a legitimidade democrática da decisão da corte e que o debate sobre a lei começou no Congresso e foi reativado no STF com sua nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental (ADI no 3.510, p. 467).

O resultado disso, para Gilmar Mendes, deveria ser uma interpretação da lei conforme a Constituição que edite sentença de perfil aditivo. Fazendo referência a Dworkin, Habermas e, principalmente, Hans Jonas, Gilmar Mendes afirma que, já que "todos concordam que há elemento vital a ser juridicamente protegido antes do nascimento" (ADI no 3.510, p. 469) e que "há consenso sobre o fato de que os avanços científicos que têm como objeto o próprio homem devem pautados pelo princípio responsabilidade"7

7. O "princípio responsabilidade" que Gilmar Mendes traz à tona possui fulcro no trabalho de Hans Jonas (2006) *O Princípio Res-*

(ADI no 3.510, p. 470). Para o ministro, deve-se ter em conta que os direitos fundamentais não protegem somente contra excessos, mas também contra proteção insuficiente. Com base nisso e no escrutínio do direito comparado, analisando a legislação da Alemanha, Austrália, França e Espanha, chega à conclusão de que "é impossível negar a deficiência da lei brasileira" (ADI no 3.510, p. 487). Assim, uma interpretação conforme o princípio da responsabilidade exigiria que o STF abandonasse o dogma de legislador passivo e se aliasse à doutrina jurisprudencial mais progressista já adotada nas cortes europeias, que permite aos tribunais constitucionais ação criativa para a efetivação de direitos, aceitando as sentenças aditivas, como deveria ser a decisão, segundo ele, da ADI no 3.510, que pecaria por falta de precauções na manipulação dos embriões humanos (ADI no 3.510, p. 469).

Da análise dos argumentos utilizados pelos ministros, percebe-se o claro anseio por concretizar os dizeres do ministro Eros Grau, quando destaca que, por mais que a pré-compreensão do caso seja condicionada pela biografia particular de cada ministro, a fundamentação do voto será sempre jurídica (ADI no 3.510, p. 318). O que não fica claro, no entanto, é o que caracteriza essa fundamentação jurídica, que, certamente, não é de tipo formalista ancorada meramente na lei. Afinal, os ministros fazem uso das mais diversas fontes e formas de argumentação nos seus votos e justamente os ministros que a princípio parecem mais tendentes a adotar uma abordagem mais formalista do ordenamento jurídico, Cezar Peluso e Marco Aurélio, são justamente os que mais se afastam de uma postura legalista, concentrando-se fortemente na estrutura do argumento das partes, no caso do primeiro, e admitindo mesmo a utilização de uma capitação da opinião pública por meio de pesquisa do IBOPE, no caso do segundo.

Mesmo que tratando de caso bem diferente do primeiro, também cabe destacar que duas facetas importantes do julgamento dos mandados de injunção analisados anteriormente marcam presença no julgamento da ADI no 3.510. Em menor grau, aparece a tensão entre as funções judiciárias e legislativas, com Gilmar Mendes fazendo forte defesa de uma postura mais ativa do tribunal e Marco Aurélio destacando os problemas que esse tipo de postura poderia trazer. Nesse ponto, é interessante notar como o ministro Leandro Lewandowski, que criticou duramente as sentenças aditivas no julgamento dos mandados de injunção, não titubeou em lançar mão do expediente quando se mostrou útil à efetivação de seu próprio entendimento a respeito da matéria tratada na lei de biossegurança.

Mas o que volta a aparecer nesse julgamento com ainda maior força do que no primeiro é a hegemonia do discurso de que a Constituição é uma carta de direitos, não só individuais, e que precisam ser efetivados, o que também seria papel do STF. Tanto nos votos vencidos, como nos votos vencedores, há a preocupação de fazer da corte constitucional um lugar de efetivação dos direitos contidos na Constituição. Os três últimos votos analisados, por exemplo, por mais distintos que sejam, não deixam de falar todos em efetivação de direitos e princípios constitucionais. E o quanto esses direitos e princípios não devem ser vistos sob uma perspectiva individualista e liberal fica ainda mais claro quando alguns dos ministros afirmam que o direito à vida pode ser relativizado e ponderado e destacam a importância, por exemplo, da livre manifestação científica e da solidariedade intergeracional. Mesmo assim, o utilitarismo e uma visão mais pragmática enfrentam forte oposição dentro do tribunal, com vários dos ministros assumindo nítida posição de uma defesa de direitos como freios éticos ao progresso científico, por exemplo.

2.3 Terceiro estudo de caso: competição eleitoral e regulação judicial da política

Se o primeiro caso analisado versava sobre um "caso quente", judicializado por ter sido evitado pelo Legislativo em razão de seu alto custo em termos de votos, e o segundo caso analisado dizia respeito a um caso judicializado pelo fato de o Judiciário poder se apresentar como nova instância de disputa política sobre tema já decidido pelo Legislativo, o terceiro caso a ser analisado aparece como uma intersecção desses

ponsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica. Nesse trabalho Jonas busca propor um princípio ético que condicione a ação humana a imperativos que mantenham a todo custo a possibilidade da permanência humana sobre a Terra, por exemplo, impossibilitando a destruição do meio-ambiente a ponto de inviabilizar a vida e a interferência na genética humana a ponto de descaracterizar seus atributos de humanidade.

dois modelos. Trata-se de um assunto "quente" para os partidos políticos: a regulação da competição eleitoral. Mas que também foi judicializado para buscar nova instância de decisão, buscando reverter uma judicialização anterior. Ele diz respeito a resoluções do TSE que, depois, foram questionadas junto ao STF. Isto é, decisões de um órgão do Judiciário questionadas junto a outro órgão do Judiciário.

Esse caso paradigmático é o julgamento das ADIs no 3.999 e 4.086. Essas são as duas ADIs que questionaram as resoluções no 22.610/07 e 22.733/2008 do TSE, nas quais foi reconhecido que os cargos eletivos pertenciam aos partidos e não aos candidatos e que, no caso de infidelidade dos últimos, o cargo vagaria em benefício do partido pelo qual o candidato havia sido eleito. O Partido Social Cristão (PSC) e o Procurador Geral da República argumentaram então, por meio das ADIs, que o TSE teria invadido competência privativa do legislador para a regulação da competição eleitoral ao definir nova forma de perda de mandato: a infidelidade partidária sem justa causa. O STF, no entanto, reconheceu por maioria de votos a constitucionalidade das resoluções e confirmou como válida a desfiliação por infidelidade partidária.

Aqui, no entanto, a atenção estará concentrada na decisão do STF, em como a suprema corte brasileira julgou as duas ADIs. Quanto a isso, cumpre destacar que padrões observados nas decisões anteriores mais uma vez se repetem, o que justifica uma análise mais breve deste último caso – que conta também com fundamentação mais exígua que os dois primeiros. Mais uma vez, os ministros se manifestam em tom pessoal (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 10, 31, 46), buscam dar integridade à Constituição (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 28, 34, 36, 38, 46, 53), à legislação (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 41, 53), à jurisprudência (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 29, 43, 56, 59) e ao direito comparado (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 14), discutem filosofia política e divisão de poderes (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 13, 14, 15, 34, 37, 46, 47-51), dão supremacia aos princípios (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 18, 42, 43, 46, 51, 53, 59) e se polarizam entre duas interpretações distintas acerca do ponto de convergência dos votos, isto é, a defesa da Constituição – para a uns, a defesa da Constituição se traduz na obediência à soberania popular e divisão das funções legislativas e judiciárias (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 13, 15, 17, 32, 33, 34, 36, 47-51) e, para outros, essa defesa se traduz na necessidade de uma postura judiciária mais ativa que vise a efetivação dos direitos e princípios inscritos na carta constitucional (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 18, 26, 30, 39, 46, 53, 62).

Novamente, o segundo entendimento prevaleceu e, com isso, reconheceu-se que a decisão do TSE, por mais que reveladora de uma posição normativa mais ativa do tribunal, não fazia mais do que dar efetividade a um princípio que, mesmo que não reconhecido explicitamente, já era parte do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, decorrente da correta leitura das decisões políticas anteriores – em especial da Constituição e o modelo de competição política que propõe – e que, consequentemente, não foi criado pela resolução do TSE que, por isso, nem legislou e nem invadiu competência do Legislativo. Pelo contrário, cumpriu a função precípua dos tribunais de efetivar princípios que dão unidade à cultura institucional local, iluminando-a por uma moralidade comum.

Com isso, mesmo que o ministro Eros Grau tenha argumentado que as resoluções "multiplamente inconstitucionais" contêm um "abuso de inconstitucionalidade", por inovar no ordenamento jurídico e, assim, solapar a importância da legalidade e da interdependência e harmonia entre os poderes (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 31-35), e que o ministro Marco Aurélio tenha destacado que, ao se reconhecer o caráter geral e abstrato das resoluções do TSE, permitindo seu controle de constitucionalidade, dever-se-ia, consequentemente, reconhecer que o TSE legislou e, assim, a justiça eleitoral teria substituído de forma inconstitucional o Congresso (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 49-51), isso não impediu argumentos divergentes nos votos dos demais ministros. Ricardo Lewandowski, por exemplo, destacou que o princípio da fidelidade partidária decorre diretamente do arcabouço constitucional (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 29) e, no mesmo sentido, Ayres Britto citou Celso de Mello que disse textualmente que: "o direito vindicado pelos partidos políticos afetados por atos de infidelidade partidária não nasce nem surge da resposta que o TSE deu à consulta à que lhe foi submetida, mas representa emanação direta do próprio texto da Constituição, que a esse mesmo direito confere realidade e dá suporte legitimador, especialmente em face dos fundamen-

tos e dos princípios estruturantes em que se apoia o Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político" (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 42).

Mais uma vez, a lógica que orienta a jurisdição dos ministros do STF não obedece a um modelo de regras, mas sim busca efetivar um conjunto de princípios, mais próximos da proposta dworkiniana do que da ideia de Direito do positivismo. A orientação por princípios chega a resultar num voto curioso do relator Joaquim Barbosa que, após tecer duras críticas à intervenção do Judiciário na tarefa legislativa e, consequentemente, censurar as resoluções do TSE, posiciona-se a favor da sua constitucionalidade pelo "princípio da disciplina colegial" que, a seu ver, deve condicioná-lo a seguir a posição do tribunal eleitoral.

Assim, instados a dar respostas à sociedade, o TSE e o STF buscam, como na terminologia de Dworkin, escrever um "romance em cadeia" de natureza política, sob a luz de uma noção substantiva de democracia que seus ministros entendem estar inscrita nos capítulos anteriores desse romance, isto é, em decisões políticas pretéritas, como a Constituição de 1988 e outras leis eleitorais. Contudo, nesse ponto, duas visões distintas sobre a história anteriormente escrita se contrapõem e lutam por hegemonia, com duas cadeias discursivas pressionando a significação do sistema democrático inscrito na Constituição em direções diferentes. De um lado, alguns ministros alinham os elementos do discurso constitucional sob a égide da separação de poderes como significado da soberania popular; de outro, outros ministros conseguem fazer hegemônico um discurso em que uma noção substantiva, e não meramente procedimental, de democracia exige o reconhecimento do princípio da fidelidade dos candidatos aos partidos como única forma de um sistema eleitoral ser verdadeiramente representativo da vontade dos eleitores expressa no dia da eleição.

3 Redescrição analítica: articulando os dados empíricos ao referencial teórico escolhido

Tendo em vista o que foi observado nos estudos de caso do tópico anterior, em que sentido o referencial teórico-metodológico proposto nesta pesquisa poderia ajudar na compreensão do atual quadro de judicialização da política no Brasil? Para tornar o ponto mais claro, passo agora à redescrição analítica do que foi observado nos casos anteriores, tendo como referência as diretrizes propostas na introdução do trabalho.

Recapitulando. O primeiro movimento presente numa configuração hegemônica, tal como caracterizada por Laclau (2007), é o chamado "deslocamento", que pode ser entendido como uma "emergência do real", no sentido lacaniano do termo real. Isto é, a sociedade é uma totalidade discursiva, mas que conta com uma realidade que a ultrapassa, que é a realidade que não faz parte da sociedade por não ter sido assimilada discursivamente escapando, portanto, à compreensão. Essa realidade é o que Lacan chama de "real", que não se confunde com o "simbólico", que é o que permite a intermediação inteligível entre os seres humanos e as coisas em si. Isso não impede que o que escapa à simbolização, mesmo que não seja compreendido, cause efeitos. A essa "emergência do real", isto é, a emergência de eventos que não conseguem ser assimilados dentro de formações discursivas prévias, é o que Laclau (2007) considera um "deslocamento". É esse deslocamento que instaura a instabilidade dentro dos discursos relativamente estáveis sedimentados na sociedade e abre espaço para a ação política, propriamente transformadora. É ele que não somente requer a ação do sujeito, mas que a permite, já que, superado esse deslocamento pela assimilação discursiva dos elementos deflagradores da crise, o sujeito também passa a uma posição de sujeito dentro desse discurso que foi capaz de "domesticar" a realidade que o excedia.

Dentre essas emergências do real, destaco no primeiro caso analisado, a demora legislativa. O discurso de separação de poderes não entraria em xeque se dependesse apenas das previsões constitucionais, apesar da presença em seu bojo, desde o início, do Mandado de Injunção – afinal, o instituto poderia não ser nunca mobilizado, ou jamais ter-se identificado um caso de injustificada demora do Legislativo na produção de norma regulatória de direito constitucional. Acontece que a reiterada recusa tanto do Legislativo, quanto do Judiciário – dentro do seu primeiro

entendimento do Mandado de Injunção – em dar provimento ao gozo de um direito constitucionalmente garantido, gerou instabilidades num discurso jurídico em que, já sob o auspício de novas teorias políticas e jurídicas menos formalistas, figurava como um de seus elementos importantes a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Esaa mesma instabilidade se apresenta no segundo caso, em que o avanço da biomedicina fez com que o discurso tradicional de respeito à vida e à dignidade das pessoas dentro do Direito passasse a não dar conta dos avanços científicos sem distinguir, ou não, o status das pessoas já nascidas e o dos embriões. Já no terceiro caso, dentro de um sistema partidário em que o normal seria o candidato se manter no partido que o elegeu, a recorrente infidelidade partidária também se tornou um elemento de instabilidade desse discurso que precisava se transformar e definir melhor certos pontos – se o mandado pertence ao partido ou ao candidato – que, em tese, não precisariam entrar em conflito, mas que, de fato, estavam entrando.

Uma das formas de assimilação discursiva do deslocamento, na obra de Laclau (2007), é o antagonismo, em que uma posição diferencial passa a ser entendida como um obstáculo à consolidação de uma identidade à qual se contrapõe. Como já transparece no parágrafo anterior, essa assimilação do deslocamento como antagonismo, base para a ação política, é o que aconteceu nos casos analisados. Quando a emergência do real é significada como algo além do controle da ação humana – derivada da vontade de Deus, da natureza, ou de um imperativo sistêmico, por exemplo – o espaço para a ação política e transformação dos discursos permanece fechada. Os servidores públicos poderiam entender que a não regulamentação do seu direito de greve derivava de uma demora normal dentro do sistema democrático e assim, poderiam se manter passivos. Contudo, não foi o que se observou e tal deslocamento foi assimilado como antagonismo, abrindo-se às vias de transformação política e efetivando verdadeiros sujeitos sociais capazes de empreender transformações nos discursos típicos que buscavam configurar a situação em que se encontravam.

Dentro dessa lógica, no primeiro caso, a demora dos legisladores foi entendida como uma displicência legislativa que se oporia à concretização de direitos garantidos constitucionalmente, bloqueando-a. No segundo, com a possibilidade da destruição de embriões humanos para a realização de certas pesquisas, o progresso científico também passou a ser significado como opositor à garantia do direito à vida, igualmente constitucionalizado e juridificado. No terceiro, a migração partidária dos candidatos após as eleições passou a ser compreendida como um tipo de ação pragmática individual que bloqueava a consolidação de um regime democrático partidário.

Abria-se assim, em todos os casos, um espaço para a ação política, no sentido de ação que visa a buscar hegemonia dentro de uma determinada configuração discursiva. Pois havia em todos eles um antagonismo – isto é, uma identidade entendida como bloqueadora de alguma outra – e também uma representação da plenitude ausente que permitia que cada uma daquelas demandas particulares se apresentasse como universal, falando em nome da Constituição (primeiro caso), da vida (segundo caso) e da democracia (terceiro caso). Não em todos os exemplos essa articulação discursiva e o movimento sinedótico lograram êxito e a hegemonia foi obtida no sentido pretendido por aqueles que mobilizaram o aparelho Judiciário. Mas, em todos eles, é possível compreender que houve uma ação política que via no Judiciário uma arena privilegiada para se desenrolar em direção à busca de hegemonia.

Cabendo ao Judiciário a guarda da Constituição e estando constitucionalizada uma série de significantes de tendencial vacuidade, incluindo a Constituição em si, esse Poder se abre à luta pela hegemonia e, por vezes, se mostra como estrategicamente privilegiado para tanto. Um exemplo claro são os chamados "casos quentes" que impõem à arena Legislativa custos altos dentro de uma lógica dependente de votos, excluindo sistematicamente dessa arena determinadas demandas. É onde se encaixa o primeiro e, em certo sentido, também o terceiro casos estudados. Outro exemplo reside em situações que pretendem reverter a hegemonia obtida alhures, apelando a um princípio constitucional contra uma decisão política majoritária já tomada no Legislativo. O segundo e, mais uma vez, em certo sentido, o terceiro casos estudados podem ser entendidos como representantes dessa situ-

ação. E, por mais lentas que sejam as disputas judiciárias, a busca por uma liminar na justiça, munida da coercitividade estatal, pode se apresentar como um caminho mais célere para a concretização de dada demanda do que tentativas de modificar a posição de certas instituições públicas ou privadas por meio de greves, passeatas, etc. Assim, símbolos de uma plenitude ausente – como a igualdade, a liberdade, a dignidade, a ordem constitucional, etc. – politizam o Direito abrindo-o à necessidade de preencher com significados específicos esses significantes de tendencial vacuidade, da mesma forma que ocorre na disputa política parlamentar, nos movimentos sociais, na formação de identidades coletivas, etc. e, consequentemente, reprimindo as alternativas discursivas que não conseguiram a hegemonia.

Isso tudo não impede, por certo, que, por mais que a teoria da hegemonia, tal como desenvolvida por Laclau (2007) e utilizada neste estudo, seja pensada num nível de abstração capaz de abarcar a ação política em todos esses modelos, existam diferenças de um modelo para o outro e existam especificidades nas práticas hegemônicas, por exemplo, dentro das instituições jurídicas e legislativas ou das instituições jurídicas e dos movimentos sociais. Igualmente, deve-se destacar ainda que a possibilidade de uma leitura das práticas judiciais sob uma chave de práticas hegemônicas, da mesma forma que não impede a diferenciação da ação política feita no Judiciário e a ação política feita em outras instâncias,8 tampouco impossibilita críticas para além do reconhecimento de que a hegemonia se estabeleceu num sentido e não em outro.

8. O escopo deste artigo é o de analisar a decisão judicial como tipo de decisão política, mas não é sua intenção desenvolver aqui o ponto que diz respeito às características singulares desse "tipo" específico. Tal intuito demandaria um aprofundamento do debate acerca do que é e deve ser a prática judicial, o que implicaria confrontar linhas teóricas como, por exemplo, o juspositivismo, o direito como integridade de Dworkin e o pragmatismo jurídico, ou mesmo diferentes compreensões acerca do direito nas Ciências Sociais, sobre se o direito seria um sistema autopoiético, um campo relativamente autônomo, ou uma forma de produção da verdade, etc. Sendo assim, por mais que se trate de tema diretamente relacionado ao objeto da pesquisa aqui desenvolvida, os limites de dimensão do artigo não permitem desenvolver tal ponto com a devida propriedade.

É possível haver decisões completamente fora do enquadramento de uma tentativa de compor uma integridade hegemônica, como decisões aleatórias, estritamente pessoais e voluntarísticas, etc. Com base na teoria do discurso de Laclau (2007), aliada à psicanálise de Lacan, Jason Glynos e David Howarth (2007) destacam, por exemplo, como ainda é possível revelar a "lógica fantasmática", ou seja, calcada na fantasia, por trás de determinada articulação discursiva. Segundo os autores,

> *Se a lógica política proporciona a um quadro de significação politicamente modulado com o qual se mostra como práticas sociais surgem e são transformadas, a lógica fantasmática proporciona os meios para entender porque algumas práticas específicas "fisgam" os sujeitos. (...) Para nós, portanto, a lógica fantasmática contribui para o entendimento da resistência à mudança de práticas sociais (a "inércia" das práticas sociais), mas também para o entendimento da velocidade e direção de mudança quando essa mudança acontece (o "vetor" das práticas políticas). (...) evidência empírica indicativa da presença de um objeto fantasmático pode ser identificada perguntando-se se ela resiste ou não à divulgação pública oficial. Além disso, nós podemos dizer que aspectos da realidade social que lidam com gozo fantasmaticamente estruturado sempre possuem características contraditórias, exibindo um tipo de oscilação extrema entre posições incompatíveis (Glynos & Howarth, 2007, p. 145-148).*[9]

Um crítica à lógica fantasmática que subjaz à argumentação dos ministros do STF poderia ser encampada, portanto, em situações em que a coerência de um discurso é baseada na ocultação, perante o debate público, de certas articulações, que são mantidas na e pela fantasia privada. Dentre essas junções que parecem faltar em alguns discursos, poderia ser apontada, por exemplo, a ligação que permite ao Ministro Marco Aurélio alegar e acreditar que opera sob um ângulo "técnico-jurídico", sem que isso impeça sua referência à Bíblia a ao IBOPE (ADI no 3.510).

9. Tradução livre do autor.

4 Conclusão: consequências de se considerar a decisão judicial como decisão política

Compreendida da forma como propõe este estudo, a decisão judicial pode ser considerada uma espécie de decisão política, que visa a reagir a um deslocamento identificado como um antagonismo social. Tomada em bases contingente, essa decisão rearticula uma formação discursiva estabelecendo novas fronteiras e identidades coletivas que inovam o significado do próprio discurso, transformando o que antes era apenas um elo dessa cadeia discursiva na representação de sua universalidade e instituindo uma hegemonia capaz de produzir um estancamento precário no fluxo de sentidos possíveis dentro do campo de discursividade afetado pela decisão. Ou seja, a decisão judicial não é muito diferente de outros tipos de decisões que dão identidade a demandas de movimentos sociais ou partidos políticos. A meu ver, essa lógica informaria melhor a prática judicial do que compreensões mais técnicas, que presumem que decisões são tomadas sobre bases incontestáveis.

Quando um médico aplica uma medicação ao paciente, atua com vistas à proteção desse paciente apenas, devendo unir a medicação e o organismo doente com o propósito de preservar a vida, como um bem que se presume ser valioso. Os pressupostos dessa atuação – por exemplo, de que a vida é um bem valioso em si mesmo e que o corpo humano pode ser medicado – não são questionados e o conflito a ser resolvido, entre paciente e doença, deve ser resolvido em favor do primeiro. Essa atuação técnica tende a se desenrolar sobre o que Laclau e Mouffe (2006) consideram o "social", isto é, práticas discursivas bastante sedimentadas, que não sofrem deslocamentos constantes. É neste sentido também que Glynos e Howarth (2007) caracterizam a "lógica social", em contraponto à lógica política, que, por sua vez, seria responsável justamente pela reativação da contingência desses discursos "pacificados" em sua dimensão social.

Exercícios de imaginação podem sugerir possíveis situações de instabilidade nessas pressuposições do médico – isto é, para fazer uso do vocabulário de Laclau (2007), situações em que a emergência de uma realidade que não consegue ser domesticada pelos discursos à disposição dos sujeitos causa uma desarticulação estrutural que põe em disputa o significado do que antes era pressuposto, exigindo a ação política. Parece claro que um organismo que parasite o corpo humano deve ser eliminado para permitir a continuidade da vida humana. Porém, digamos que esse corpo humano venha a ser o de um clone, vítima de uma experiência buscando a cura de milhares de pessoas, ou que esse parasita, agora indo mais longe na ficção científica, seja um organismo alienígena de uma nação amiga de outro planeta. A desigualdade presumida entre o status e a dignidade do corpo humano e o status e dignidade de seu parasita poderia ser, nesses casos, questionada e a atuação do médico passaria a ser menos uma atuação técnica do que uma ação política visando a redelimitar a identidade do que seria a humanidade ou as fronteiras entre amigos e inimigos de uma política externa interplanetária. Para não fazer necessários tais exercícios imaginativos tão delirantes, basta pensar na controvérsia dos casos de eutanásia, nos quais uma vida tida por indigna torna instável a pressuposição comum aos tratamentos médicos de que a vida humana é um bem em si mesmo.

Essas decisões de caráter mais político do que técnico tendem a não surgir com frequência na prática do médico que busca curar seus pacientes. No entanto, há razões para acreditar que isso é muito mais comum na prática do juiz que visa a solucionar os conflitos levados a um tribunal. Como destacam Martin Shapiro e Alec Stone Sweet (2002, p. 20), se o juiz não tivesse de escolher entre alternativas, se ele simplesmente aplicasse a regra fornecida a ele pelos estatutos e alcançasse sua conclusão comandado por uma lógica jurídica inexorável, ele não seria mais interessado politicamente do que uma máquina da IBM, que poderia ser projetada para substituí-lo. No entanto, ao se reconhecer que a escolha é inerente às fases do comportamento humano que têm sido tradicionalmente objeto dos estudos jurídicos, o adjetivo "política" passa a poder ser ligado à atividade judicial, que pode ser considerada assim, atividade política.

Existem casos judiciais que geram decisões como as do médico que deve curar a doença de um paciente. São casos em que o juiz pode pressupor um consenso bastante estável sobre quem deve ter razão na

causa sob seu julgamento. Mas, em princípio, uma causa judicial envolve partes numa situação de igualdade, cada uma reclamando que o direito local está em seu socorro e não em socorro de seu concorrente. Uma defesa meramente protelatória, ou um pedido de redução de uma punição aceita como merecida, ainda assim mobilizam um questionamento jurídico a respeito do direito possuído pela parte que acusa. As prescrições do Direito existem para serem obedecidas e, dessa forma, fazer parte do que Laclau (2007) chama de "social" – do garantido, do presumido como correto, do inconteste. Mas quando é desobedecido e gera uma demanda judicializada e depois resistida, o direito é fonte de um antagonismo e as decisões a seu respeito passam a ser políticas.

Um exemplo corriqueiro, usado por Dworkin, de uma situação jurídica de solução fácil, isto é, que apenas reproduziria os pressupostos estáveis do que Laclau e Mouffe (2006) chamam de social, é o da multa por ultrapassagem do limite de velocidade de uma via. Se está sinalizado que o limite de velocidade de determinada via é de 60 km/h, trafegar em tal via a, por exemplo, 80 km/h seria uma infração sujeita a multa. Mesmo assim, é possível questionar a pertinência do limite de velocidade imputado àquela via levando em conta políticas mais gerais de organização do trânsito. Se outras tantas vias, na mesma situação daquela, permitem uma velocidade maior, uma pessoa multada por excesso de velocidade poderia questionar o porquê de justamente a via em que foi multada ter um limite de 60 km/h, mesmo estando na mesma situação – por exemplo, em linha reta, sem inserção em perímetro urbano ou cruzamentos, etc. – de outras que permitem o tráfego a 80 ou 110 km/h. Ela poderia cobrar uma justificativa para o tratamento diferenciado daquela via e, em não havendo tal justificativa, não seria impossível ao Judiciário decidir em seu favor, entendendo que houve violação à igual consideração e respeito entre o motorista multado e os demais que trafegam a maiores velocidades em vias outras do mesmo tipo daquela.

Por conta disso, a decisão judicial, especialmente quando aceita sua formatação não apenas por regras, mas também por princípios, aproxima-se mais de decisões políticas, que visam a domesticar o "político", enquanto ontologia conflituosa, do que de decisões técnicas que visam a reproduzir discursos sedimentados como certezas. Voltando ao exemplo do médico, ele aplica o medicamento, que é assimilado pelo doente. O juiz não faz algo desse tipo com a lei. A lei não é aplicada e assimilada pelo caso concreto. Ela altera o entendimento a respeito daquele caso – por exemplo, o que era uma briga de vizinhos passa a ser uma causa judicial – e é por ele alterada – gerando um precedente que influencia a sua interpretação futura. Mas a norma e o caso permanecem independentes um do outro, sendo apenas contingentemente articulados, como acontece numa demanda política, em que grupos diferentes falam em nome da igualdade, da liberdade, etc., permanecendo como unidades independentes umas das outras: de um lado, os valores e, do outro, os movimentos sociais ou partidos políticos que os mobilizam.

Como num antagonismo social não estão decididos de antemão quem devem ser os vencedores e os vencidos, – ao contrário do embate entre o paciente e sua doença – resta aos grupos disputarem quem fala em nome da universalidade. Sejam esses grupos partidos políticos, sejam partes num processo. Seja um partido social-democrata fazendo oposição a um partido liberal que afirma que o liberalismo não promove a igual consideração e respeito por todos, seja a pessoa do exemplo anterior, multada por excesso de velocidade, alegando a necessidade de igual consideração e respeito por todos para se defender de tratamento, a seu ver, injusto. Uma pretensão jurídica resistida num tribunal ou a oposição política no parlamento tendem a gerar decisões políticas no sentido proposto por Laclau e Mouffe (2006), já que, de acordo com esses autores, a política é justamente a dimensão social de amortização do "político", que representa uma ontologia baseada no conflito.

Nem toda decisão tomada na esfera política, tal como essa esfera é compreendida corriqueiramente – isto é, no interior da estrutura do Estado, ou na manifestação de partidos políticos e de movimentos sociais, etc. –, é uma decisão política no sentido proposto por Laclau e Mouffe (2006). Um político, no sentido profissional do termo, ou uma instituição política, como o Congresso Nacional, tomam no dia-a-dia, decisões mais técnicas, ou mesmo visando vantagens pessoais, como em transações econômicas. Um par-

tido e um governo que buscam formar uma coalizão podem negociar cargos, apelando somente para as vantagens que a negociação traria a cada um dos lados, sem redelimitar identidades coletivas, apelar a valores universais ou confrontar projetos de uma sociedade melhor. Da mesma forma, há casos jurídicos em que a tendência de a decisão ser favorável a uma das partes é tão forte, que o tribunal se torna mais o palco de barganha econômica – por exemplo, negociação de uma dívida reconhecida pelo devedor – do que o conflito entre diferentes formas de entender o direito do país, cada qual dando razão a uma das partes.

No entanto, apesar de casos desse tipo, os tribunais e parlamentos são tendencialmente o palco de desenvolvimento de um conflito mediado por regras próprias, cuja decisão final sempre apresenta certa contingência. Se assim não fosse, os que disputam esse jogo político não aceitariam as suas regras. Logo, o potencial de formatação de antagonismos sociais no Direito é inato. Mesmo assim, tem-se a impressão de que apenas recentemente o Direito teria se tornado propriamente político. E, em certo sentido, isso é verdade, pois é nas democracias constitucionais contemporâneas que a dimensão política do Direito se radicaliza.

Segundo Koerner, Inatomi e Baratto (2011), "a ativação do Judiciário por movimentos populares para fazer valer seus direitos e a receptividade de uma parte dos juízes a essas demandas não começou ontem" (p. 167) . Assim, "indivíduos pobres, livres, libertos e mesmo escravos, não estavam presentes em processos judiciais apenas como sujeitos passivos (réus) ou como objetos (escravo-coisa) dos processos" (p .167). Logo, desde a época do Império no Brasil, não era incomum que esses grupos mobilizassem o Judiciário brasileiro para se defender ou promover seus direitos.

Esse tipo de dado histórico serve bem a demonstrar o potencial inato das instituições jurídicas para a promoção da ação política em sentido lato. Mas é com a instituição das democracias constitucionais contemporâneas que essa situação se radicaliza. Afinal, como destacam os mesmos autores, nas democracias constitucionais contemporâneas (Koerner, Inatomi e Baratto, 2011)

> *A ordem política adota a forma de comunidade política instituída, regulada e voltada à realização do direito. A jurisdição judicial continua como uma forma especial de investidura, mas os seus papéis na ordem política são muito mais amplos, incluindo a garantia da ordem constitucional, das condições da democracia política, do pluralismo e da efetividade do princípio do direito nas relações políticas e sociais. Eliminaram-se restrições à jurisdição judiciária, baseada em prerrogativas, domínios reservados para o exercício da autoridade; modificam-se os processos judiciais, que admitem sujeitos coletivos, objetos abstratos e decisões com efeitos gerais, para garantir o acesso a todos e controlar abusos do poder político e econômico. Generaliza-se a forma do "devido processo legal" para a tomada de decisão na administração pública. Criam-se agências autônomas e especializadas para tratar as áreas de regulação da economia e os conflitos sociais, com importantes papéis na prevenção e resolução de litígios. Adotam-se compromissos internacionais de caráter jurídico e com efeitos vinculantes, cuja efetivação pelas autoridades nacionais é controlada pelos próprios juízes dos Estados. Desenvolvem-se as técnicas de interpretação sistemática e teleológica do direito baseado em princípios do Estado de direito, da democracia e dos direitos fundamentais (p. 172-173).*

Nos meandros dessa justiça politizada, as partes do processo representam seu lado, mas fazendo com que ele almeje a universalidade, como fazem os partidos ou movimentos sociais. Esse aspecto se radicaliza nas demandas coletivas e de controle do processo legislativo, nas quais este caráter – de expressão de um grupo que tenta falar em nome da coletividade – torna-se ainda mais explícito, como mostram casos analisados neste estudo.

Assim, o Direito torna-se mais explicitamente político por ser mais radicalmente aberto à participação das mais variadas camadas da sociedade como intérpretes de suas normas e usuários de suas instituições. Para a promoção de tal abertura resta fundamental a presença no mundo jurídico dos "patéticos postulados éticos" da justiça e dignidade humana que We-

ber (2004, p. 146) condenou como inadequados a um Direito que tendia à formalização. A inserção desses símbolos de tendencial vacuidade no mundo do Direito é ao mesmo tempo tanto um fator gerador de instabilidade, quanto um fator de democratização, no sentido de abertura da jurisdição à sociedade. A garantia de que o Direito servirá a todos é o que não permite garantir seus resultados. Logo, a segurança jurídica só pode existir no sentido de segurança sobre a apreciação de uma demanda sob os auspícios do Direito e não no que diz respeito a seus resultados.

Claude Lefort (1986, p. 28), cuja noção de democracia embasa fortemente as concepções sociais e políticas de Laclau e Mouffe (2006), destaca que a uma das principais características da democracia é o "vazio" gerado nas instituições de governo. Essa característica da democracia permite que qualquer grupo possa se tornar o porta-voz da coletividade – diferentemente, por exemplo, de um governo dinástico em que poder político e consanguinidade andam juntos. Se o Judiciário, pela abertura de suas instituições e do entendimento acerca de seus institutos, também é marcado pela explicitação do esvaziamento dos marcos de certeza que antes garantiam o Direito, pode-se dizer que ao mesmo tempo em que o Direito ganha instabilidade, ganha também abertura. Os casos estudados confirmam, na prática, esse esvaziamento e flexibilização dos institutos do direito brasileiro. Trata-se de exemplos em que diferentes grupos – trabalhadores organizados, partidos, segmentos religiosos, etc. – por diferentes meios – mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade – transformaram antagonismos sociais em disputas judiciais apresentando suas demandas particulares como portadoras do real significado dos valores universais expressos na Constituição.

5 Referências

Badinter, R.; & Breyer, S. (Orgs). (2004). *Judges in Contemporary Democracy.* New York/London: New York University Press.

Dworkin, R. (2003). *O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.*

Fairclough, N. (1995). Critical Discourse Analysis: the critical study of language. London: Longman.

Gill, R. (2013). Análise de discurso. In M. Bauer; G. Gaskell (orgs.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático.* Rio e Janeiro: Editora Vozes.

Glynos, J.; & Howarth, D. (2007). *Logics of critical explanation in social and political theory*. London: Routledge.

Jonas, H. (2006). *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro, Contraponto.

Jørgensen, M.; Phillips, L. (2002). Discourse Analysis as Theory and Method. London: Sage.

Koerner, A.; Inatomi, C. C.; Baratto, M. (2011). Sobre o Judiciário e a judicialização. In L. E. Motta; M. Mota (orgs.). *O Estado Democrático de Direito em Questão: teorias críticas da judicialização da política (*pp. 149-180). Rio de Janeiro: Elsevier.

Laclau, E. (2004). Glimpsing the future. In S. Critchley; O. Marchant. *Laclau: a critical reader* (pp. 279-328). New York: Routledge.

Laclau, E. (2007) *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Laclau, E.; & Mouffe, C. (2006). *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia* (2 ed). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Lefort, C. (1986). La question de la démocracie. In C. Lefort. *Essais sur le politique. XIXe e XXe siècles* (pp. 17-32). Paris: Éditions du Seuil.

Shapiro, M.; & Sweet, A. S. (2002). *On Law, politics and judicialization*. Oxford: Oxford University Press.

Tate, C. N.; & Valinder, T. (Orgs.). (1995). *The Global Expansion of the Judicial Power*. New York/London: New York University Press.

Weber, M. (2004 [1921]). Sociologia do direito. In: M. Weber. *Economia e sociedade* **(pp. 1-153, vol. 2)**. *Brasília: Unb.*

Werneck Vianna, L.; Carvalho, M. A. R. de; Melo, M. P. C.; & Burgos, M. B. (1999). A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan.

Data de submissão/Submission date: 16.02.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 07.07.2014

O CONTROLE JURÍDICO-PENAL DE ADOLESCENTES: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do stj e do tjrs em casos de tráfico de drogas // *Eduardo Gutierrez Cornelius*[1]

Palavras-chave
Controle penal / Adolescentes / Ato infracional / Internação provisória / Tráfico de drogas

Resumo
O presente artigo estuda o papel do Poder Judiciário no controle penal de adolescentes. Assim, toma como exemplo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) quanto ao tema da internação provisória (privação de liberdade antes da sentença) de jovens acusados do cometimento de atos infracionais. Após a classificação das decisões encontradas, de acordo com critérios pré-estabelecidos, percebe-se haver três grandes temas relativos à internação provisória: ampliação do prazo legal, cumprimento da internação antes do trânsito em julgado da sentença e os fundamentos para sua imposição. No presente artigo, investigam-se os argumentos que a jurisprudência utiliza para aplicar ou não o instituto. Realizando novo recorte empírico, amparado pela observação dos dados obtidos, opta-se pelo estudo das decisões relativas ao ato infracional de tráfico de drogas, responsável pelo segundo maior número de internações no país. Após a análise dos julgados, concluiu-se que, apesar de algumas diferenças entre os Tribunais, a discricionariedade conferida pela linguagem aberta e imprecisa do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é utilizada no sentido de ampliação da incidência da internação provisória. Ainda, houve situações em que as disposições legais foram flexibilizadas, também para justificar o aumento do controle penal.

Sumário

1 Introdução: Estado de controle social penal e a necessidade da pesquisa empírica
2 O controle jurídico-penal de adolescentes no Brasil
3 O recorte empírico da pesquisa: a internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS
4 Metodologia da pesquisa e novos recortes empíricos
4.1 A escolha da temática de análise: os fundamentos da internação provisória
4.2 O método de análise das decisões
5 Os argumentos encontrados: o que realmente importa?
6 Os critérios de internação provisória na jurisprudência do TJRS e do STJ
6.1 Os indícios suficientes de autoria e de materialidade
6.2 O cabimento da internação provisória no caso do tráfico de drogas
6.3 Fato praticado há muito tempo
6.4 Demais critérios
7 Padrão das decisões e baixa divergência entre os magistrados
8 Conclusão
9 Referências

1. Graduando do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período de estudos na University of Texas at Austin – School of Law. Membro do Grupo de Defesa a Adolescentes em Situação de Conflito com a Lei do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (G11-SAJU-UFRGS). Integrante do Grupo de Pesquisa Violência e Cidadania (GPVC-UFRGS).

THE PENAL CONTROL OF YOUTH: the example of preventive detention decisions by superior appeal court and appeal court of the state of Rio Grande do Sul in drug trafficking cases // ***Eduardo Gutierrez Cornelius***

Keywords
Penal control / Youth / Preventive detention / Drug trafficking

Abstract
This paper studies the role of the judicial branch in the penal control of youth. It addresses the decisions of the Superior Appeal Court and the Appeal Court of the State of Rio Grande do Sul, regarding preventive detention (custody before sentence) of youth charged with criminal offenses. Following the classification of the decisions, according to pre-established criteria, it finds that there are three major themes related to preventive detention of youth: prorogation of the legal term, detention before the decision becoming definitive and the reasoning for the decisions. This article investigates the reasons Courts use to decide whether or not preventive detention should be applied. After a new reduction of the empirical universe, guided by the observation of the collected data, the study focuses on the decisions related to drug trafficking, which places second in youth incarceration rates. The analysis finds that, despite some differences between the Courts, the discretion provided by the Child and Adolescent Act's indeterminate language is used to widen the application of preventive detention. Also, in some cases, the legal provisions were given a flexible interpretation, to, once more, justify the increase of penal control.

1 Introdução: Estado de controle social penal e a necessidade da pesquisa empírica

O presente artigo aborda o controle jurídico-penal de adolescentes no atual contexto de um Estado de controle social penal. Conforme Santos (2004, p. 9), essa forma de controle é marcada pela violência policial, encarceramento de consumidores falhos, existência de um judiciário voltado à punição, barbárie das prisões e produção de um sentimento de insegurança, marcado por um pânico moral e por um medo do outro. Esse sentimento de insegurança e de pânico se reflete em uma demanda social por punição. Assim,

> *A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. (Azevedo, 2010, p. 219)*

Essa demanda social por punição não é dirigida apenas a criminosos adultos, mas também a adolescentes. A cobertura midiática de alguns casos específicos envolvendo menores de idade costuma retratar os suspeitos como algozes merecedores de severa punição (Campos, 2009). Além dos meios de comunicação de massa, a opinião pública também costuma apoiar esse tipo de exigência, fundada na falácia de que o aumento da punição tem o efeito de reduzir a criminalidade (Azevedo, 2010). Segundo pesquisa realizada pela CNI-IBOPE (2011), 83% dos entrevistados se disseram a favor da redução da maioridade penal para 16 anos. Tal demanda se vê materializada em propostas de Emenda Constitucional em tramitação no Congresso com vistas a alterar de alguma forma o sistema de responsabilização de adolescentes. Segundo Cappi (2014), foram propostas 37 Emendas Consitucionais entre 1993 e 2010.

Contudo, apesar da importância do debate sobre o tema, este recebe pouca atenção dos pesquisadores. Se, por um lado, há inúmeros estudos sobre o sistema penal adulto, poucos são os que abordam o controle penal de adolescentes, ainda mais a partir de uma perspectiva empírica, de que carace a maior parte dos trabalhos da área do direito (Rodriguez & Ferreira, 2013). Assim, a pesquisa insere-se no âmbito das investigações da sociologia jurídico-penal, a qual estuda "los efectos del sistema entendido como aspecto 'institucional' de la reacción al comportamiento desviado y del control social correspondiente" (Baratta, 1998, p.14, *apud Azevedo, 2010, p. 11).*

Dentro da abordagem do controle jurídico-penal de adolescentes, o presente estudo se foca em como este se manifesta na atuação do Poder Judiciário. Parte, assim, da ideia de que o estudo das decisões judiciais é vital na compreensão do funcionamento da administração da justiça, sobretudo a partir da desconstrução da falácia da neutralidade dos aplicadores da lei (Santos, 1986). Desse modo, não obstante a hipertrofia de normas penais produzida no âmbito legislativo e a implementação de políticas repressivas pelos Poderes Executivos, é a interpretação e aplicação da lei penal que lhes conferem efetividade. Nesse sentido, é fundamental a hipótese de que parte Salo de Carvalho (2010) na pesquisa intitulada *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*:

> *o fenômeno do grande encarceramento que marca a política criminal nacional não está restrito à incorporação do populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas requer, para sua plena efetivação, que atores com poder de decisão na cena processual penal entendam a diretriz punitivista como legítima, concretizando-a através da racionalidade jurídico-instrumental (p. 60).*

Desse modo, a pesquisa se foca nas decisões judiciais relacionadas à privação de liberdade de jovens acusados criminalmente. Pretende, portanto, compreender o papel do judiciário no controle penal de adolescentes, buscando identificar como são tomadas as decisões relativas a sua institucionalização. Nesse sentido, procura-se não só verificar, qualitativamente, como são fundamentadas as decisões, mas também identificar, por meio de uma análise quantitativa, algumas características do funcionamento da administração da justiça que podem ser relevantes para a compreensão do fenômeno estudado.

2 O controle jurídico-penal de adolescentes no Brasil

Antes de se tratar da construção do problema que norteou a pesquisa, é interessante contextualizar a temática abordada, deixando claro alguns conceitos-chave na compreensão do controle jurídico-penal de adolescentes. Em primeiro lugar, observa-se que a afirmação de que se trata de um controle penal se justifica por dois fatores. Por um lado, juridicamente, esse controle incide quando há violação de norma penal, prevendo uma resposta proporcional e de caráter aflitivo, ainda que se pretenda, ao mesmo tempo, educativa. Em segundo lugar, diversas pesquisas empíricas revelam como ocorre o cumprimento de medida socioeducativa no Brasil, apontando seu caráter punitivo. Em relação à medida de meio aberto, pode-se observar, exemplificativamente, o trabalho de Liana de Paula (2011) que conclui que "a liberdade assistida, em outras palavras, reforça o hiato no qual adolescentes pobres são mantidos no limiar da ordem, mas fora da cidadania; servindo-lhes somente de punição aos desvios" (p. 249). Quanto às medidas de privação de liberdade, pode-se conferir a pesquisa de Bruna de Almeida (2010), que constatou a presença de práticas que se pretendiam pedagógicas e que fazem parte do discurso oficial da instituição e de práticas punitivas não declaradas, mas que estruturam a experiência da punição do adolescente.

Ainda preliminarmente, é importante indicar como o ordenamento jurídico brasileiro aborda essa espécie de controle penal. Para tanto, tem-se como guia, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei no 8.069 de 1990, principal norma sobre o tema. Em primeiro lugar, destaca-se que o termo adolescente se refere a indivíduos entre 12 e 17 anos de idade. Tais indivíduos, ao contrário do que ocorre com adultos, podem cometer atos infracionais, e não crimes. A diferença, porém, reside somente na nomenclatura, visto que as condutas consideradas atos infracionais são as mesmas previstas como crimes ou contravenções penais na legislação referente a adultos.

Um adolescente a quem se impute o cometimento de ato infracional não é acusado ou denunciado, como seria um adulto, mas representado (visto que o documento em que a acusação é formulada se chama representação). Ainda, o indivíduo nesta situação é chamado pela lei de *adolescente*, substituindo os termos *menor* e *infrator*, utilizados no antigo Código de Menores (Lei 6.697/79). A revogação do Código de Menores pelo ECA teria inaugurado, no Brasil, o rompimento com a chamada doutrina da situação irregular. Tal doutrina "não significa outra coisa, senão legitimar uma potencial ação judicial indiscriminada sobre as crianças e os adolescentes em situação de dificuldade" (Méndez, 1998, p. 27). No campo penal, ela se apoia na ideia de "maior eficácia e poder de ação direta da esfera administrativa, desprovida de travas e formalidades próprias do setor judicial" (Méndez, 1998, p. 29), o que é chamado, por Méndez, de "decisionismo administrativista". Em oposição a ela, o ECA teria instaurado a doutrina da proteção integral, que "pressupõe o reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeitos de direitos" (Costa, 2011, p. 254).

Citam-se como exemplo dessa ruptura no âmbito penal: a) incorporação da cláusula que autoriza a detenção de um indivíduo apenas com ordem judicial ou em caso de flagrante delito (Méndez, 1998, p. 23); b) definição de prazo máximo para a imposição de internação (privação de liberdade); c) estabelecimento de prazo e de requisitos para a internação provisória (decretada antes da sentença) e d) arrolamento de garantias processuais. Entretanto, chama a atenção o fato de haver, no ECA, diversas cláusulas vagas, de conteúdo indeterminado, as quais conferem ampla discricionariedade ao juiz no âmbito penal.

Quanto à consequência jurídica imposta, esta recebe o nome de medida socioeducativa, aplicada por tempo indeterminado. Ao contrário do caso dos adultos, em que há um complexo cálculo de pena, os critérios para a definição da aplicação dessa medida são bastante vagos. Nesse sentido, observa-se que o artigo 112, §1º estabelece que: "A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração".

As possíveis medidas a serem aplicadas estão previstas no artigo 112 do ECA, sendo a privação de liberdade denominada internação. Esta é cumprida em local chamado pela lei de estabelecimento educacional,

por, no máximo, três anos. O ECA prevê, igualmente, a medida de semiliberdade, que também implica a institucionalização do adolescente, mas possibilita a realização de atividades externas independentemente de autorização judicial – requisito necessário no caso da internação. Há, ainda, limitações à imposição da medida de internação – não aplicáveis à semiliberdade –, as quais também não são precisas:

> *Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:*
>
> *I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;*
>
> *II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;*
>
> *III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.*
>
> *§ 1o O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.*
>
> *§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.*

Ainda, é importante esclarecer que o procedimento por que passam esses adolescentes é chamado de procedimento de apuração de ato infracional. Tal procedimento é semelhante ao processo penal adulto. Ao Ministério Público cabe a acusação, havendo uma defesa exercida por advogado e sendo a sentença prolatada pela autoridade judiciária. O procedimento está descrito nos artigos 171 a 190 do ECA. De maneira bastante simplificada, pode-se dizer que este inicia com a apreensão (termo equivalente à prisão) em flagrante do adolescente ou por meio de investigação. Em seguida, o adolescente é ouvido por um representante do Ministério Público que pode decidir pelo arquivamento dos autos, pela proposta de remissão (espécie de acordo semelhante à transação penal) ou pelo oferecimento da representação (acusação).

Igualmente, pode o promotor de justiça solicitar à autoridade judiciária que o adolescente seja internado provisoriamente, o que equivale à prisão preventiva no processo penal adulto. A maior diferença entre elas, reside no fato de o ECA estabelecer o prazo máximo de 45 dias dessa internação antes de ser proferida a sentença. Conforme o artigo 108, parágrafo único, a internação provisória "(...) deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida". Note-se que, novamente, não são precisos os significados dos termos que autorizam a incidência da norma, havendo amplo espaço para discricionariedade.

Após a oitiva perante o Ministério Público, o adolescente se apresenta em juízo, acompanhado de seu responsável, sendo ambos ouvidos em tal ocasião. Posteriormente a essa audiência, a defesa possui prazo de 3 dias para apresentar sua defesa prévia e o nome das testemunhas que pretende ouvir. Na sequência, é marcada audiência de continuação, em que serão ouvidas as testemunhas de defesa e de acusação, passando-se a palavra às partes para suas alegações finais, as quais precedem a prolação da sentença.

Feitas essas breves considerações sobre a reação estatal ao cometimento de atos infracionais, pode-se tratar do recorte empírico da pesquisa e de sua metodologia.

3 O recorte empírico da pesquisa: a internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS

Dentro do contexto do controle penal de adolescentes, optou-se por delimitar a investigação à interpretação e aplicação da internação provisória. A escolha do tema justifica-se por diversas razões. O número de presos provisórios no país em 2012 era de 195.731, o que corresponde a 38% da população prisional (Fórum Brasileiro de Segurança Pública [FBSP], 2013). Já no caso de adolescentes, a internação provisória constitui 24% do total de adolescentes institucionalizados (a estatística abrange também os jovens em semiliberdade). Ainda, por se tratar de um instituto de natureza processual e aplicável em fase do processo em que praticamente não há provas produzidas, sua

aplicação relaciona-se muito mais a uma interpretação do direito do que a uma análise minuciosa dos fatos. Isso é importante, pois há uma chance maior de se identificarem padrões nas decisões. Na maioria das vezes, o magistrado dispõe apenas do relato dos policiais que apreenderam o jovem, da representação do Ministério Público e do depoimento do adolescente. Ademais, tal decisão é tomada em relação a um indivíduo que deve ser considerado, para todos os efeitos legais, inocente. Ou seja, trata-se, talvez, de uma das mais delicadas situações em que um magistrado deve se posicionar. Desse modo, embora se trate de questão específica, seu estudo permite uma boa compreensão do funcionamento do controle jurídico-penal de adolescentes como um todo.

Em relação ao universo de análise, decidiu-se por analisar as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), uma vez que este tem a missão constitucional de unificar a jurisprudência nacional, proferindo em praticamente todos os casos a palavra final quanto ao assunto. Isso porque são raros os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal (STF), devido à rapidez do procedimento. Este fato justifica a exclusão das decisões proferidas pelo STF do presente estudo. Portanto, pareceu mais produtivo investigar sobre o entendimento dos Tribunais estaduais quanto ao tema e a influência do STJ em sua decisões. Nesse sentido, observa-se que os estados onde há mais adolescentes internados e em semiliberdade no país são, em ordem decrescente, São Paulo, Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul (FBSP, 2013). Contudo, analisando-se o número de internos em relação à população de adolescentes de cada um desses estados, tem-se que os estados com maiores números são: São Paulo, Pernambuco e Rio Grande do Sul, sendo o número relativo de Minas Gerais bem abaixo dos demais.

FUNDAMENTOS	NÚMERO DE INTERNOS	NÚMERO DE INTERNOS POR 100 MIL HABITANTES
São Paulo	8.177	149,5
Pernambuco	1.500	105,4
Minas Gerais	1.267	42,9
Rio Grande do Sul	952	69,6

Tabela 1. *Adolescentes internados por unidade da federação.*[2]

Dos três estados que aparecem nas primeiras posições em ambos os casos, o Rio Grande do Sul é o único cujo Tribunal disponibiliza em seu sítio eletrônico todas as decisões relativas a adolescentes, havendo poucas decisões disponíveis nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Pernambuco (TJPE) e de São Paulo (TJSP). Igualmente, é relevante a comparação entre os entendimentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e do STJ quanto à aplicação da internação provisória, uma vez que a competência de julgamento no primeiro é de Câmaras (órgão colegiado de magistrados) de natureza cível, enquanto que no segundo, os casos são julgados por Turmas Criminais. Tal comparação é importante, sobretudo pelo debate que existe no país acerca de qual seria a opção mais adequada. Atualmente, há três situações vigentes: Câmaras Cíveis (como no TJRS), Câmaras Criminais (como no TJPE) ou Câmara Especial para a matéria (como no TJSP). Desse modo, a comparação sugerida pode contribuir para a qualificação do debate.

4 Metodologia da pesquisa e novos recortes empíricos

Uma vez justificada a escolha pela análise de decisões proferidas pelo TJRS e pelo STJ, imprescindíveis algumas considerações sobre o trajeto e sobre a metodologia da pesquisa. Ao contrário de boa parte das investigações empíricas, este estudo não formulou, inicialmente, um problema de pesquisa específico

2. Dados retirados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2013).

para depois realizar o trabalho de coleta e análise de dados. Pelo contrário. Optou-se por um triplo recorte. Em um primeiro momento, formulou-se um problema genérico: quais são as principais questões que merecem um olhar investigativo em relação à internação provisória de adolescentes? Assim, os resultados obtidos podem auxiliar na construção de diversos problemas de pesquisa específicos a serem investigados em outros trabalhos.

Para responder a esse questionamento, buscou-se classificar todas as decisões dos Tribunais selecionados entre o período de 1o de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2013 que apresentassem cumulativamente os termos "internação provisória" e "ato infracional" em suas ementas (resumo do caso fornecido nas próprias decisões). Ainda, selecionaram-se apenas as decisões colegiadas (tomadas por votação de um grupo de magistrados), excluindo-se da pesquisa as decisões monocráticas (proferidas por apenas um julgador). Isso porque muitas das decisões monocráticas tratam da apreciação de pedido de liminar, representando uma análise superficial do caso. Além disso, por expressarem o entendimento de apenas um magistrado, sua análise impossibilitaria a verificação de divergências entre os julgadores, o que só é possível, olhando-se as decisões colegiadas. Desse modo, obtiveram-se, no STJ, 29 decisões e, no TJRS, 143 decisões.[2]

	TJRS	STJ	TOTAL
a) excesso de prazo	20	0	20
b) internação antes do trânsito em julgado	20	9	29
c) critérios da decisão	93	11	104
d) descartadas	10	9	19

Tabela 2. *Temáticas relevantes sobre a internação provisória.*

A partir da leitura de todas as ementas e após o descarte das decisões que não tratavam do tema, observaram-se três situações distinstas envolvendo o tema da internação provisória: a) excesso do prazo legal de 45 dias da internação provisória (art. 108, ECA); b) possibilidade de internação antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (antes de a decisão tornar-se irrecorrível); c) critérios para a aplicação da internação provisória, conforme a Tabela 2.

Note-se que as três situações merecem ser investigadas de maneira mais profunda. A leitura aleatória de alguns julgados quanto à questão do excesso de prazo revelou uma tendência do Tribunal estadual em relativizar os 45 dias permitidos por lei, ampliando o tempo de internação provisória. Tal situação indica que o texto do ECA, já bastante flexível, pode estar sendo ainda mais flexibilizado pela jurisprudência, sendo interessante a investigação quanto à fundamentação de tais decisões.

Já uma análise superficial das decisões que versam sobre a internação antes do trânsito em julgado da sentença sugeriu que os dois Tribunais estão alinhados no sentido de que esta é possível. Essa temática necessita de um estudo mais aprofundado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o cumprimento de pena de réus adultos antes do trânsito em julgado. É necessário, portanto, investigar o que legitima, na visão dos magistrados, o tratamento diferenciado entre adultos e adolescentes, podendo-se, inclusive, fazer uma análise comparativa com decisões criminais.

4.1 A escolha da temática de análise: os fundamentos da internação provisória

Todavia, no presente estudo, decidiu-se por, em um segundo recorte, abordar a questão dos fundamentos da internação provisória, pela quantidade de

3. Todas as decisões estão disponíveis nos sítios dos Tribunais. Qualquer referência a elas neste artigo traz o número da decisão conferido pelo Tribunal, bem como o número da decisão dado pela ferramenta de busca utilizada. Desse modo, os julgados podem ser encontrados rapidamente nos *links trazidos no Anexo A.*

decisões sobre o assunto (60% do total) e pelo fato de o ECA deixar ampla margem de discricionariedade aos julgadores para a fundamentação de sua imposição. Nesse sentido, interessante observar novamente a redação do dispositivo legal que regula o tema. Segundo o artigo 108 do ECA, a decisão quanto à internação provisória "deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida".

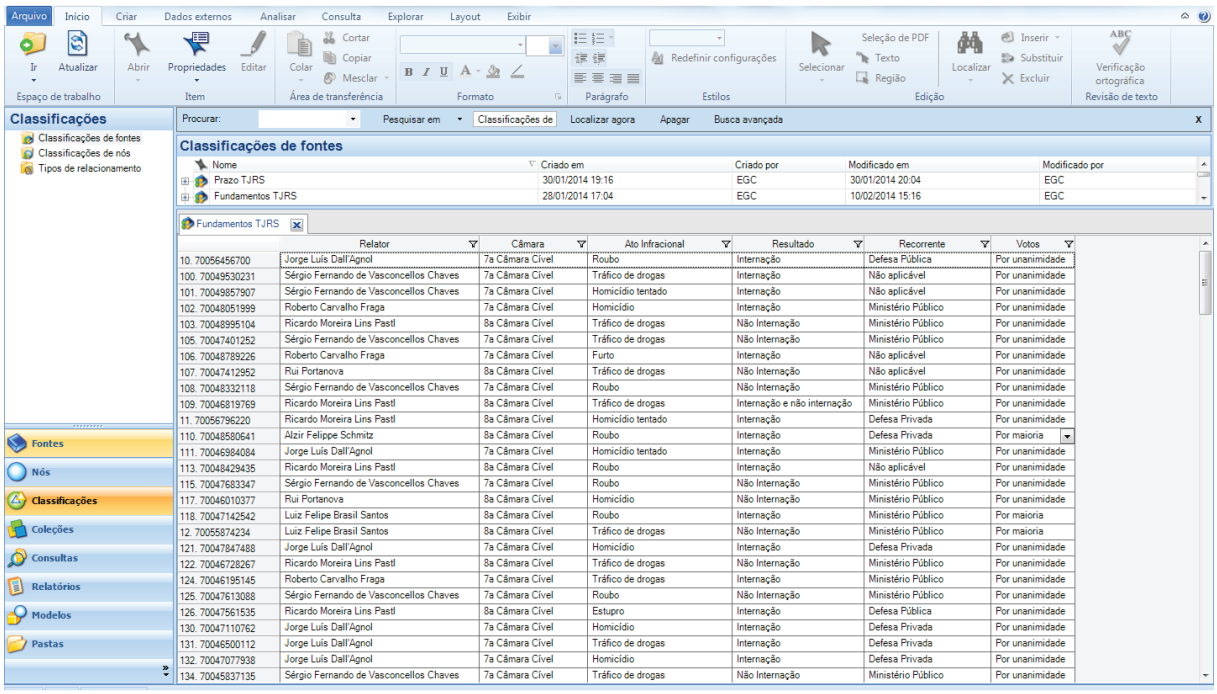

Figura 1. *Interface do programa NVivo com a classificação das decisões do TJRS.*

Portanto, é necessário indagar sobre como este dispositivo é interpretado pelo STJ e pelo TJRS. Quais critérios são utilizados para definir o que significa "necessidade imperiosa da medida"? O que significam "indícios suficientes de autoria e de materialidade"? Ainda, é importante analisar a conformidade de tais argumentos com a proposta do ECA em instituir a proteção integral a adolescentes e romper com a doutrina da situação irregular.

Antes de se responder a tais indagações, é preciso que se limite o universo de decisões analisadas, haja vista o número total de decisões ser muito elevado (104 julgados). Realiza-se, assim, o último recorte do universo empírico a ser estudado. Para tanto, contou-se com a utilização do programa QSR NVivo 10, *software do tipo CAQDAS (Computer-aided qualitative data analysis software). Neste momento da pesquisa, utilizou-se o programa para a classificação das 104 decisões que tratam sobre os critérios da internação provisória.*

Essas decisões foram importadas para o software, passando a ser tratadas como "fontes" (todo documento em qualquer formato que constitui a maior unidade de análise). O objetivo da classificação é criar um banco de dados, com informações básicas sobre todas as decisões, permitindo não só a escolha do recorte a ser trabalhado neste estudo, mas também em futuras pesquisas. Tais "fontes" foram classificadas de acordo com seis atributos i. Câmara; ii. Relator (responsável pela redação do relatório do caso e do voto)4; iii. Ato infracional cometido; iv. Resultado (internação ou não internação); v. Recorrente[5] (Ministério Público ou defesa); vi. Votação

4. Como os julgamentos são tomados em forma de votação, o relator é responsável pela elaboração de um voto. Se os demais julgadores concordam, este voto é adotado como decisão para o caso. Se a maioria do colegiado não concordar, será redigido outro voto, o qual é adotado como decisão. Assim, o termo "decisão" se refere ao voto vencedor.

5. Mesmo nos casos em que a defesa ajuizou a ação constitucional de *habeas corpus, categorizou-se como "recorrente".*

(unânime ou por maioria). A interface do programa, com a classificação das decisões do TJRS, pode ser visualizada na Figura 1.

Realizada a classificação, foram feitos alguns levantamentos e cruzamentos entre os atributos das decisões proferidas pelo TJRS. As decisões do STJ não serviram de base para essa escolha, haja vista seu reduzido número (10 julgados). Tais operações, dificilmente realizáveis de forma manual, mas, relativamente simples com a utilização do NVivo, permitem revelar numericamente relações entre os atributos das decisões. As operações realizadas buscaram identificar, entre os atos infracionais mais frequentes nas decisões, em qual deles há maior divergência entres os julgadores.

A ideia de se trabalhar com decisões que dizem respeito a apenas um ato infracional se justifica pois as fundamentações das decisões podem variar muito de acordo com cada ato (ainda que os magistrados assim não especifiquem), dificultando a análise. Além disso, por haver um número alto de decisões, seria necessária a construção de amostragens referentes a cada ato infracional, o que poderia excluir julgados relevantes para a análise. Assim, embora o presente estudo aborde apenas um ato infracional dentre os mais frequentes nas decisões, pode servir para futura comparação entre as fundamentações relativas a cada ato. Desse modo, uma futura pesquisa, em comparação com a presente, poderia revelar, por exemplo, quais as diferenças entre as interpretações jurisprudenciais do termo "necessidade imperiosa da medida" nos casos de tráfico e de roubo.

Já a busca por decisões em que houve maior divergência se justifica, pois a análise que seguirá pretende não só problematizar as fundamentações apresentadas, mas confrontar os entendimentos antagônicos entre as decisões, de modo que se possam identificar diferentes interpretações sobre situações semelhantes. Seguem as conclusões das operações:

a) os atos infracionais mais frequentes foram os de tráfico de drogas (38), homicídio (21), roubo (20);
b) das 94 decisões analisadas, 53 (56%) tiveram como resultado a internação e 41 (44%) foram no sentido da não internação;[6]
c) cruzando-se as variáveis "resultado" e "recorrente", é possível obter um índice de reforma das decisões de primeiro grau, que foi de 23% no caso de recurso da defesa e de 31% para os recursos do Ministério Público, indicando tendência do Tribunal em não modificar as decisões de primeiro grau;
d) assim, quando o Ministério Público é o recorrente, há grande probabilidade de o resultado ser a não internação e quando o recorrente é a defesa, há grande possibilidade de o resultado ser internação;[7]
e) o resultado "internação" em decisões referentes a todos os atos infracionais da 7ª Câmara foi de 73%, ao passo que o da 8ª Câmara foi de 42%;
f) realizando esse mesmo cruzamento para cada ato infracional percebe-se que essa diferença de resultados entre as Câmaras pouco se altera nos casos de roubo, ao passo que há diferença significativa quando se trata do ato infracional de tráfico de drogas e de homicídio, indicando possibilidade de divergência entre as câmaras nos casos referentes a tráfico e homicídio;
g) no caso do homicídio, a diferença no número de internações entre as Câmaras parece se explicar pela tendência do tribunal em não modificar as decisões de 1º grau;
h) para o ato infracional de tráfico de drogas, porém, a diferença no número de internações entre as Câmaras não se explica pela tendência de o Tribunal não modificar decisões;
i) quanto ao índice de divergência entre os magistrados da mesma Câmara, observa-se que o ato infracional para o qual houve maior divergência foi o tráfico de drogas (seis de 38), enquanto que para o ato infracional de roubo os magistrados discordaram em três dos 20 casos, não tendo havido nenhuma divergência em relação ao homicídio.

Dessa forma, serão analisadas as decisões que dizem

6. A decisão 109. 70046819769 foi contabilizada duas vezes, pois apresentou resultados diferentes para cada adolescente.
7. A defesa recorreu em situações em que o juízo de primeiro grau decidiu pela internação do adolescente. Já o Ministério Público recorreu para que o adolescente fosse internado, nos casos em que o juízo decidiu pela não internação.

respeito ao tráfico de drogas. Esse não apenas foi o ato infracional de maior frequência (38 decisões), como também foi o que apresentou maior equilíbrio entre o número de decisões pela internação e pela não internação, o que sugere haver maior pluralidade de posições entre os magistrados. Ainda, é o ato infracional que teve maior indíce de divergência entre relatores da mesma câmara e entre as duas câmaras. Destaca-se, também, que foi o ato infracional para o qual houve maior número de decisões relatadas por diferentes Desembargadores, o que permite a análise de mais interpretações sobre o tema. O desenho metodológico, com os sucessivos recortes, pode ser visualizado no seguinte fluxograma.

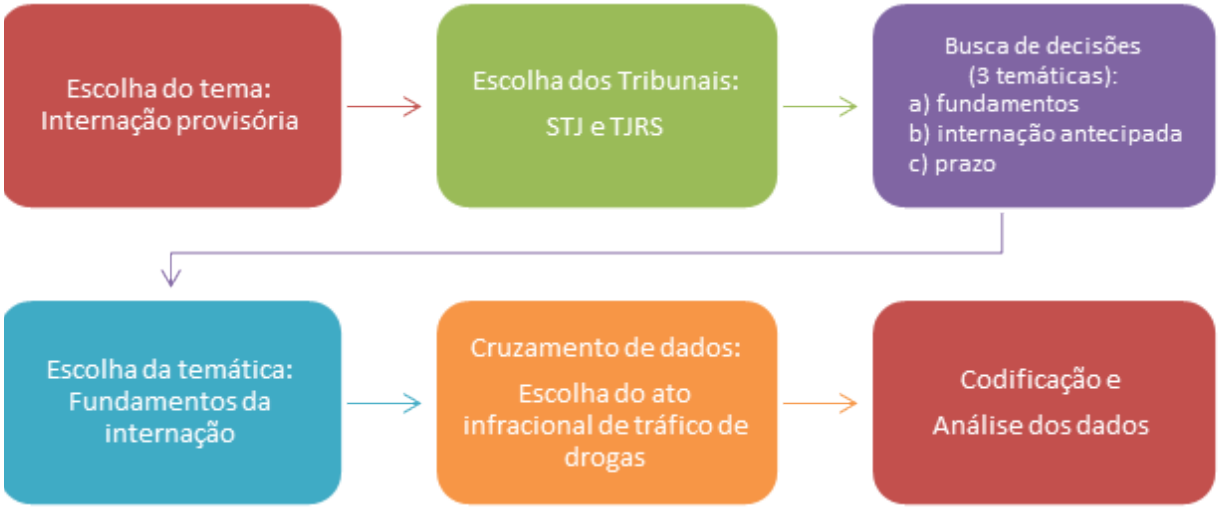

Figura 2. Fluxograma com as escolhas metodológicas da pesquisa.

4.2 O método de análise das decisões

Após ser escolhido o universo de decisões a serem analisadas, é necessária a utilização de um método de análise. Tal método, porém, não poderia ser criado *a priori*, sem contato com o material empírico pesquisado. Desse modo, foi realizada a leitura de algumas decisões. Optou-se, nessa fase inicial, por se ler uma decisão relatada por cada magistrado, pois acredita-se que é provável a semelhança entre decisões proferidas pelo mesmo julgador.

Esse primeiro contato com as decisões revelou que os julgados apresentavam inúmeros fundamentos, os quais, no entanto, não eram aprofundados, impedindo a identificação do argumento central que determinou o resultado. Assim, elaboraram-se duas listas de fundamentos a serem buscados em cada tipo de decisão (com resultados internação e não internação). Note-se que a lista serviu apenas para facilitar a identificação de tais fundamentos. Evidentemente, durante a análise das demais decisões, outros fundamentos surgiram e alguns tiveram que ser alterados. Com a utilização dessa lista, passou-se à codificação das fontes (decisões), associando-se-as às categorias listadas. Essa codificação foi realizada com o auxílio do software NVivo, por meio da criação de "nós". Esses nós "são recipientes que armazenam a codificação, ou seja, os nós irão conter a referência a uma porção de texto codificado" (Teixeira e Becker , 2001, p. 97). Essa forma de codificação proporcionada pelo programa permite, ao longo da leitura, a seleção do trecho a ser codificado e o seu "envio" para a categoria escolhida, sendo desnecessária qualquer operação adicional, como copiar e colar o texto para outro arquivo. Ainda, possibilita que o mesmo trecho seja codificado em quantos "nós" forem necessários, caso determinada porção de texto se enquadre em mais de uma categoria.

A codificação em nós permite, ademais, o cruzamento dos dados obtidos na classificação inicial dos julgados (de acordo com relator, câmara, resultado, etc), com os seus fundamentos. Desse modo, é possível descobrir, por exemplo, quais fundamentos foram mais frequentes de acordo com relator, câmara, o recorrente ou ainda com a combinação desses atributos. Por exemplo: quantas vezes o fundamento "x" apareceu juntamente ao fundamento "y" em casos

relatados pelo magistrado "A" em que o Ministério Público foi o recorrente, o que será útil em alguns momentos da análise.

5 Os fundamentos encontrados: o que realmente importa?

A lista de fundamentos analisados de acordo com o resultado "internação" e "não internação" e sua frequência de aparição pode ser visualizada na Tabela 3.

Note-se que o fato de não haver menção à determinada questão não significa que esta não esteja presente no caso, mas apenas que não foi avaliada no voto. Assim, o fato de nenhuma decisão pela internação mencionar que o adolescente não possui antecedentes, não significa que ele, na verdade, não os possua, mas apenas que esse fato não foi utilizado na fundamentação. Ainda, salienta-se que os fundamentos que aparecem em ambas as colunas foram apreciados de maneira oposta em cada tipo de decisão. No caso da ordem pública, por exemplo, as decisões pela internação sustentaram que havia ameaça à ordem pública no caso, ao passo que nas decisões pela não internação, a conclusão foi a de que não existia ameaça à ordem pública. As únicas exceções dizem respeito aos fundamentos "gravidade do ato" e "possibilidade de cometimento de novos atos". No primeiro caso, os dois tipos de decisão sustentam que o ato é grave, com a diferença de que, nas decisões pela não internação, a conclusão é de que, apesar dessa gravidade, o adolescente não deve ser internado. Quanto à possibilidade de cometimento de novos atos, as decisões pela não internação sustentam que este fundamento não é idôneo para sustentar a institucionalização do jovem.

FUNDAMENTOS	INTERNAÇÃO	NÃO INTERNAÇÃO
Possui Antecedentes	5	8
Não possui antecedentes	-	11
Cabimento de Internação em Tráfico	6	15
Gravidade do ato	11	8
Indícios suficientes de autoria e materialidade	12	3
Necessidade de repressão ou retribuição	5	-
Possibilidade de cometimento de novos atos	7	2
Ordem pública	6	2
Fato cometido há muito tempo	-	8
Proteção do adolescente	11	5
Questão processual	2	6
Reeducação/Ressocialização	7	-

Tabela 3. *Fundamentos de internação e não internação nas decisões do TJRS.*

A partir dos cruzamentos desses levantamentos numéricos e da leitura de todas as decisões do TJRS, percebeu-se que, apesar de haver inúmeros argumentos fundamentando a internação e a não internação, três deles são decisivos na decisão dos magistrados: a) o debate sobre o cabimento de internação em casos de tráfico, visto que este não é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa; b) a questão da necessidade da medida quando o ato fora praticado há muito tempo, tendo o adolescente permanecido em liberdade sem notícia de ter se envolvido em novos atos ou de dificultar o processo[8] (oito decisões); c) a

8. Tal situação ocorreu em todos os casos em que o Ministério Pú-

existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade (três decisões). Essa conclusão se deve ao fato de que todas as decisões pela não internação não só basearam-se em algum desses argumentos, como fizeram-no de maneira independente. Ou seja, quando um desses argumentos foi analisado, os outros dois não foram mencionados.[9]

Assim, os demais argumentos parecem apenas ser utilizados como reforço à conclusão já obtida. Nesse sentido, observe-se, por exemplo, que o mesmo magistrado, em todas as decisões pela internação,[10] ressaltou a necessidade imediata de ressocialização do adolescente e de retribuição ao ato. Em suas decisões pela não internação,[11] porém, tais argumentos sequer foram mencionados. A diferença entre os dois grupos de decisão parece ser apenas o fato de que no segundo caso, a decisão de 1º grau foi pela não internação, ou seja, a questão principal para embasar a decisão desse julgado parece ser o fato de o adolescente ter permanecido em liberdade durante o processo. Quanto ao fundamento "questões processuais", note-se que se deu, em 75% dos casos, atrelado ao argumento "fato cometido há muito tempo".

Feitas essas observações, pode-se proceder à análise específica de cada fundamento utilizado. Serão abordados, primeiramente, os três fundamentos tidos como definidores do resultado. A análise buscará problematizá-los não só a partir de uma crítica externa, mas também pelo confronto entre diferentes entendimentos nos Tribunais, bem como observará a influência dos julgados do STJ no Tribunal estadual. Ainda, serão traçadas relações entre os dados quantitativos e os fundamentos.

6 Os critérios de internação provisória na jurisprudência do TJRS e do STJ

6.1 Os indícios suficientes de autoria e de materialidade

Os indícios de autoria e de materialidade constituem exigência para a imposição da internação provisória, conforme o artigo 108 do ECA. Tal requisito é semelhante ao previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal para que se decrete a prisão preventiva, com a diferença de que este exige prova de materialidade. O requisito da materialidade se refere a indícios de que um crime tenha sido cometido. Já a autoria diz respeito aos indícios de que o indivíduo em questão é o autor do fato.

O objetivo da presente análise é investigar o conteúdo que a jurisprudência tem dado a esta cláusula, bastante genérica. Ou seja, busca-se responder à pergunta: o que são indícios suficientes de autoria e de materialidade na visão dos Tribunais? Considerando que nenhuma decisão do STJ aborda diretamente o tema, serão analisadas apenas decisões do TJRS. Neste, a maioria das decisões com o resultado "internação" abordaram o tema. Já no caso das decisões que não decretaram a internação provisória, apenas três (de 24) analisaram este critério. Essa diferença é esperada, uma vez que a maioria das decisões pela não internação basearam-se em outros fundamentos, não sendo obrigatória a análise dos indícios de autoria e de materialidade. Já no caso das decisões quanto à internação, a análise desse critério é imprescindível, conforme exigência do artigo 108.

Contudo, houve dificuldade em constatar o que, na visão dos magistrados, representam indícios suficientes de autoria e de materialidade, uma vez que apenas três decisões (de 15) mencionaram expressamente esse fundamento, ligando-o a uma explicação. Em dois desses três casos, o fato de o adolescente ter sido apreendido em flagrante (vendendo ou portando a droga) bastou para que se comprovassem

blico recorreu da decisão de 1º grau (26 decisões), o que não significa que as 26 decisões em que isso ocorreu levaram em conta essa situação para decidir.

9. Tal não ocorreu em apenas duas decisões. Em uma delas (107. 70047412952) o relator entendeu não ser cabível a internação em casos de tráfico de drogas, questão prejudicial ao fato de o ato infracional ter sido cometido há muito tempo, fundamento que parece ter servido de reforço à argumentação. Na outra (94. 70049980311), o argumento de que o fato foi cometido há muito tempo prevaleceu em relação ao argumento da questão dos indícios de autoria. Isso porque estes não foram objeto de apreciação direta do magistrado que apenas citou, ao final do voto, trecho da decisão de primeiro grau, que referia que "não o restou bem descrita a participação no fato", praxe em todos os seus votos pela não internação.

10. 100. 70049530231; 135. 70047372628; 6. 70057082067; 60. 70053612107; 68. 70052886389; 9. 70057269599

11. 105. 70047401252; 134. 70045837135; 18. 70056944564; 86. 70050195064; 94. 70049980311.

os indícios de autoria e de materialidade:

> *(...) havendo indícios suficientes da existência dos fatos e de sua autoria, sendo o paciente H., juntamente com o amigo S.[11], apreendidos em flagrante. (20. 70056408958)*

> *Neste contexto, considerando haver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, com apreensão em flagrante do agravado. (97. 70047889977)*

Apenas em um dos três casos houve uma análise com maior profundidade, havendo menção a documentos que acompanham a representação, bem como referência a inconsistências no depoimento do adolescente (96. 70049852684). Ou seja, apesar de três decisões explicarem porque há indícios de autoria e de materialidade, apenas um o faz de maneira aprofundada. Ainda, há outras três decisões que, apesar de não vincularem expressamente a situação analisada aos indícios de autoria e de materialidade, realizam exame mais aprofundado dos fatos, concluindo que os adolescentes "possivelmente façam parte de alguma organização criminosa que atua no tráfico de drogas". Assim, apenas quatro decisões (o que corresponde a 27% das 15 pela internação), analisam a questão dos indícios de autoria e de materialidade de forma minimamente aprofundada, havendo 11 decisões (73%), portanto, em que a questão não é considerada. A maioria delas, porém, afirma, de maneira genérica, que estes estão presentes nos autos, como mostra o trecho:

> *sendo que a prova contém elementos de convicção suficientes para agasalhar a aplicação de medida socioeducativa de internação. (100. 70049530231)*

Entre essas 11 decisões, em nove delas (60%), o fato de o adolescente ter sido apreendido em flagrante é mencionado em alguma parte da decisão. Desse modo, a flagrância parece indicar o preenchimento automático do requisito de indícios de autoria e de materialidade. Há, ainda, duas decisões (13%) em que o flagrante (ou qualquer outra situação que poderia ser associada aos indícios) não é mencionado no voto. Um resumo das três situações até aqui analisadas pode ser visto na tabela 4.

INDÍCIOS DE AUTORIA DE MATERIALIDADE	NÚMERO DE DECISÕES
Analisa profundamente	4 (27%)
Menciona flagrante	9 (60%)
Não menciona indício	2 (13%)
Total de decisões (internação)	15 (100%)

Tabela 4. *Análise dos indícios de autoria e de materialidade nas decisões com resultado internação.*

Essa situação viola o ECA, em seu artigo 110, que prevê que "nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal", bem como a Constituição – que apresenta disposição semelhante –, pois não há processo legal sem que sequer se examine a lei. É importante notar que o fato de o adolescente ter sido apreendido em flagrante não significa necessariamente que há indícios suficientes de autoria e de materialidade. Nesse sentido, o próprio Tribunal decidiu, em 2 casos, que estes não estavam presentes, apesar do relato da situação de flagrância, conforme se observa no seguinte trecho:

> *(...) pois, embora conste nos instrumentos a notícia de que ele estaria juntamente com o adolescente P. e que 'ao avistarem a guarnição foi cada um para uma direção diferente' (fls. 94/97), tal circunstância, por si só, não autoriza a sua segregação cautelar, sendo significativo assinalar que, quando ouvido na Promotoria de Justiça, negou a prática (fl. 67), tendo P., na audiência de apresentação, afirmado apenas que 'E. estava do meu lado e colocaram o E. junto'. (fl. 39). (109. 70046819769).*

Ainda, em outro julgado, o magistrado, concluiu que

12. O nome dos adolescentes foi suprimido, apesar de constar nas decisões.

"não restou bem descrita a participação [do adolescente] no fato" (94. 70049980311). Essa terceira decisão pela não internação por inexistência de indícios que a apoiassem deu-se em caso de investigação policial em que o adolescente não fora apreendido em flagrante. Infere-se, pois, que quando há uma análise detida sobre os fatos pode-se chegar à conclusão de que não há indícios suficientes para que se retire a liberdade do adolescente, o que não é prática comum no Tribunal que, em 73% dos casos de internação não fez essa análise.

6.2 O cabimento da internação no caso do tráfico de drogas

A discussão sobre a possibilidade legal de se impor a internação, seja provisória seja definitiva, independentemente das circunstâncias do caso é a que tem maior impacto no encarceramento dos adolescentes. Verifica-se que, em 62% dos casos (15 de 24) de não internação no TJRS, o resultado se deveu à interpretação de que o tráfico de drogas não pode ter como consequência a privação de liberdade. Essa interpretação decorre do artigo 122 do ECA, segundo o qual:

> *Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:*
>
> *I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;*
>
> *II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;*
>
> *III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.*

Note-se que o dispositivo não explicita se essas hipóteses tratam da internação definitiva ou provisória. Contudo, tal questão foi objeto de controvérsia em apenas um julgado, tendo todos os demais tratado como se o artigo se referisse a ambas. Tal entendimento é lógico, visto que não é razoável aplicar internação a adolescente durante um procedimento em que ainda é considerado inocente, se, ao ser considerado culpado, deverá receber medida socioeducativa mais branda.[13]

Considerando que nenhuma decisão se referiu aos dois primeiros incisos do artigo 122, focar-se-á na situação do inciso I. De início, chama a atenção o fato de que o tráfico de drogas não é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa (art. 122, I). Devido a inúmeros julgados quanto a essa questão, o STJ publicou, em 13 de agosto de 2012, a Súmula 492: "O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente". Uma primeira leitura da súmula, em cotejo com a redação do artigo 122, inciso I do ECA, poderia levar à conclusão de que o STJ estaria vetando a possibilidade de internação em caso de tráfico de drogas porque este não é cometido mediante violência ou grave ameaça. Assim, a expressão "por si só" poderia indicar referência ao inciso I, havendo a possibilidade de internação se a situação se encaixar nos incisos II e III. Entretanto, os próprios julgados que basearam a edição da súmula (elencados pelo próprio Tribunal)[14] deixam claro que não é esse o sentido pretendido ao texto:

> *[...] Muito embora a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes não conduza, necessariamente, à aplicação da medida mais gravosa, tendo em vista que tal conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa, o adolescente trabalhava como 'olheiro' de boca-de-fumo e segurança, e foi apreendido na posse de arma de fogo. [...] Verifica-se, pois, que a medida não foi imposta apenas pela gravidade abstrata do crime, mas levou em conta as condições pessoais do menor e a natureza do delito praticado. (HC 173636 PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2010, Dje 04/10/2010)*

Desse modo, percebe-se que a expressão "por si só", conforme a súmula, diz respeito à ausência de outras situações que recomendem a internação provisória.

13. Segue trecho do único julgado que entendeu de maneira diversa: "Por outro lado, quanto à alegação de que o ato infracional praticado – tráfico de drogas – não comporta medida de internação, igualmente não é de ser acolhida. Em primeiro lugar, porque não se trata de internação determinada em caráter definitivo, mas, sim, de medida acauteladora para que os atos e determinações judiciais sejam cumpridos" (60. 70053612107).

14. Súmula anotada disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0

No caso do trecho citado, o fato de o adolescente trabalhar como "olheiro" e o fato de ter sido apreendido com arma de fogo. Ou seja, a Súmula 492, na verdade, não limita a incidência de uma hipótese de internação, mas cria nova possibilidade, além das prescritas em lei, para a aplicação da internação. Isso explica porque três das quatro decisões do STJ encontradas na pesquisa foram no sentido da internação. Contudo, a única decisão proferida pelo Tribunal no sentido da não internação concluiu que esta não é cabível nos casos de tráfico, independentemente das circunstâncias, contrariando a Súmula 492:

> *Observa-se, portanto, a existência de constrangimento ilegal, uma vez que, nos termos do art. 122 da Lei 8.069/90, a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. Desse modo, não deve ser aplicada aos casos em que a representação é pela prática, tão só, de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por ser infração cometida sem violência ou grave ameaça a pessoa. (19. HC 249351 – SP)*

Assim, infere-se que o próprio STJ não aplica a Súmula 492 em todos os casos. Apesar dessa divergência, cabe questionar quais são essas situações que, segundo o STJ, autorizam a exceção ao artigo 122, inciso I. Em todas as decisões pela internação, os Ministros relatores mencionaram o fato de haver mandado de busca e apreensão ainda não cumprido como argumento para a necessidade da medida, como se observa no seguinte trecho:

> *Soma-se a tudo isso o fato de o mandado de busca e apreensão estar pendente de cumprimento desde 24/10/2011 (e-fl. 150), por estar o paciente em local incerto e não sabido, o que reforça a necessidade da medida. (9. HC 249898-SP)*

Ou seja, fundamentou a necessidade de se internar o adolescente provisoriamente pelo fato de ele não ter sido encontrado. Nesse sentido, é interessante o contraponto trazido em decisão do TJRS, que, quanto à situação semelhante, entendeu o seguinte:

> *(...) não é motivo, por si só, neste momento, a autorizar a sua segregação cautelar, até porque o ordenamento jurídico prevê que no caso de não localização do adolescente a autoridade judiciária poderá expedir mandado de busca e apreensão (art. 184, § 3º, ECA), mantenho a decisão que indeferiu o pedido de internação provisória do adolescente. (103. 70048995104)*

Percebe-se, portanto que o fato de o adolescente estar foragido, que para o STJ indica a necessidade de internação, não foi considerado argumento idôneo em decisão do TJRS. Outro fator considerado em todas as decisões do STJ como passível de autorizar a exceção prevista na Súmula 492 foi a gravidade concreta do ato infracional, em oposição à ideia de gravidade abstrata, a qual não ensejaria a referida exceção. Por gravidade concreta, entendeu o Tribunal a natureza da substância e sua quantidade – apesar de somente uma decisão mencionar o peso da droga. Em um dos casos, foi citada, ainda, a variedade das substâncias encontradas.

DECISÃO	DROGA APREENDIDA
4. HC 249896 - SP	22 invólucros de cocaína
9. HC 249898 - SP	25 parangas de maconha e 65 pedras de crack
2. HC 278814 - SP	18 pedras de crack, totalizando 7,7 gramas

Tabela 5. *Quantidade de droga apreendida a justificar a gravidade concreta do tráfico em decisões do STJ.*

Contrapondo tal entendimento ao do TJRS, observa-se que, em 8 decisões deste (todas relatadas pelo mesmo Desembargador), há citação de dois precedentes do próprio STJ (HC 186.950/SP) indicando que a gravidade do ato infracional de tráfico de drogas não é aferível pela constatação de sua quantidade:

> *Não se admite a aplicação de medida mais gravosa com esteio na gravidade genérica do ato infracional ou na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, mesmo se levando em conta a quantidade*

de entorpecente apreendida. (12. 70055874234)

Assim, observa-se que, novamente, o critério trazido nas decisões do STJ para flexibilizar a hipótese legal de internação, não foi considerado idôneo nem por este próprio tribunal em outras decisões, nem pelo TJRS. Além do fato de haver mandado de apreensão pendente e da gravidade concreta do ato infracional, expressa pela quantidade, natureza e diversidade da droga, as decisões do STJ revelaram outro critério para a relativização do que prevê a Súmula 492. As três decisões apoiaram-se no fato de o adolescente ter cometido ato infracional anterior, ressaltando este fato simplesmente, ou referindo que isso indica a ineficiência da medida socioeducativa anteriormente imposta. Quanto a esse critério também há decisões no TJRS que entendem que os antecedentes não podem fundamentar a internação.

Uma vez investigados os motivos de relativização das hipóteses legais para a imposição da internação provisória nas decisões do STJ, é necessário analisar seu impacto nas decisões do Tribunal estadual. No TJRS, das 24 decisões pela não internação, 14 sustentaram a impossibilidade de se internar adolescente pelo ato infracional de tráfico de drogas. Destas, porém, podem-se identificar dois tipos: as que deixam claro que essa impossibilidade é absoluta, devido ao fato de não haver violência ou grave ameaça (13) e uma decisão que, conforme os precedentes do STJ, afirma que não há elemento, no caso, a justificar a exceção prevista na Súmula 492. Ou seja, em 13 casos, o TJRS, apesar da flexibilização promovida pelo STJ, referiu que esta não pode ser feita, inclusive indicando a ilegalidade do entendimento do Tribunal Superior. Tal pode se observar no seguinte trecho de decisão:

> *As hipóteses em que se admite a segregação do jovem estão taxativamente previstas no artigo 122, inciso I (violência contra a pessoa), inciso II (reiteração em infrações graves), e inciso III (descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, na hipótese telada, não há suporte fático para a incidência de qualquer dessas normativas. Em primeiro lugar, porque não configurada a violência ou grave ameaça à pessoa, requisito indispensável para a institucionalização com fundamento no artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Como acréscimo, vale lembrar que, embora o magistrado deva ater-se à realidade social ao proclamar a decisão, por certo, tal desiderato não pode ser efetivado ao arrepio das normas legais, e que a aplicação de medida socioeducativa de internação é sopesada através de fundamentos jurídicos e não exclusivamente morais ou sociais, a despeito da importância que gravita sobre a temática.*

Já nas 15 decisões em que o resultado foi a internação, oito afirmaram avaliar expressamente o cabimento da internação no caso de tráfico de drogas. Ou seja, nas restantes (sete decisões), a possibilidade de internação no caso de tráfico de drogas foi dada como evidente. Entre as oito decisões que enfrentaram o tema, quatro delas realizaram análise semelhante à presente nas decisões do STJ, conforme se verifica no seguinte excerto:

> *De outra banda, anoto que não desconheço, evidentemente, o teor do verbete sumular n.º 492 do STJ (...). Entretanto, esse entendimento consolidado não produz, por si apenas, vedação absoluta a que se aplique tal medida em certa e determinada situação, bastando, para isso aferir, notar que a Corte Superior utilizou o advérbio obrigatoriamente, deixando espaço, com o devido respeito, pela faculdade que inspira, para que se cogite dessa imposição, ainda que se trate do referido ato infracional, e mesmo que seja a primeira prática dessa natureza, o que não é a hipótese dos autos. (20. 70056408958).*

Por outro lado, as outras quatro decisões limitaram-se a referir que a internação pode ser aplicada em casos de tráfico devido à gravidade deste ato – e não à gravidade concreta –, como se verifica neste trecho:

> *Muito embora o ato infracional de tráfico ilícito de entorpecentes não seja, em tese, praticado mediante violência ou grave ameaça contra pessoa, certos e notórios são os efeitos do tráfico com irradiação de condutas ilícitas que se espraiam por todos os capítulos do Código Penal Pátrio, com ênfase em atos violentos contra o patrimônio, contra a vida e contra a integridade física e moral das pes-*

soas. (97. 70047889977)

Desse modo, pode-se concluir que: i) a hipótese legal de internação do artigo 122, inciso I foi flexibilizada pela Súmula 492, mas; ii) nem todas as decisões do STJ seguem a Súmula; iii) a maioria das decisões do TJRS não segue a Súmula; iv) os critérios estabelecidos pelo STJ para aplicar a flexibilização do artigo 122 são a gravidade abstrata do ato e o fato de o adolescente estar foragido e ter antecedentes; v) esses critérios foram expressamente rechaçados em decisões do próprio STJ e do TJRS. É evidente, portanto, a ausência de segurança jurídica, cujo impacto pode ser exemplificado pelo fato de que, se o entendimento pela impossibilidade fosse aplicado para todos os casos de adolescentes internados por tráfico em 2011, haveria grande diferença no número de internos no país. Nesse ano, havia 26,6%, de adolescentes institucionalizados, o que representa 5.863 pessoas.[15] Ainda, a relativização das hipóteses legais fere o princípio da legalidade, sobretudo no que Ferrajoli (2002) chama de "mera legalidade", ou seja, a vinculação absoluta do juiz à lei, que o impede de criar normas penais não previstas pelo legislador.

6.3 Fato praticado há muito tempo

O segundo fator com maior impacto na segregação de adolescentes no TJRS é o lapso de tempo entre o cometimento da infração e a decisão do Tribunal (presente em oito decisões). O significado de tal afirmação, contudo, não é explicitado, conforme se verifica, exemplificativamente, no seguinte trecho:

> *Além disso, estamos diante de um fato praticado há mais de um ano, sendo que o pedido de internação provisória do adolescente perdeu completamente sua atualidade. (107. 70047412952).*

Entretanto, considerando que, das oito decisões pela não internação que se valem deste fundamento, cinco também mencionam a ausência de risco ao processo (em outro trecho da decisão e não vinculado ao argumento em questão), depreende-se que esse pode ser o significado do argumento. Portanto, o fato de o adolescente estar em liberdade (por não ter sido internado pelo juízo de 1º grau ou por ter sido solto por excesso de prazo), sem tumultuar o processo, demonstra que a medida não é necessária. Esse raciocínio indica uma concepção de que a internação provisória tem caráter acautelatório, que visa a proteger o processo.

Ainda, interessante mencionar que esse fundamento parece ser o único capaz de conduzir à liberdade no entendimento da 7ª Câmara Cível. Essa constatação é obtida analisando-se todas as decisões de tal Câmara no sentido da não internação (ou seja, as situações em que a Câmara esteve disposta a liberar o adolescente). Apesar do argumento de o fato ter sido praticado há muito tempo estar presente em cinco das sete decisões da 7ª Câmara pela não internação, as outras duas decisões pela liberdade também dizem respeito à situação em que o juízo de primeira instância não decretou a internação provisória. Esse dado é importante, pois sugere que o referido órgão apenas considera a possibilidade de não internar o adolescente se o juízo de primeira instância decidiu dessa forma. Assim, nos casos em que a defesa recorreu em virtude da decisão de 1º grau pela internação, nenhum adolescente foi libertado.

Embora constatada a importância do fato de o adolescente não estar internado para fundamentar o resultado não internação, é interessante notar que em alguns casos, apesar de o adolescente estar em liberdade e sem notícia de que ameaçasse o processo, ainda assim, foi determinada sua internação. Isso ocorreu em seis das 24 decisões em que o Ministério Público foi o recorrente. Ou seja, em seis ocasiões, o Tribunal modificou a decisão de 1º grau que não internou o adolescente. Portanto, cabe investigar quais as características desses seis casos que os distinguem dos outros 18 casos em que foi mantida a decisão de 1º grau.

Dessas seis decisões, duas foram proferidas pela 7ª Câmara Cível e quatro pela 8ª Câmara Cível. No caso da 7ª Câmara, as duas decisões foram relatadas pelo mesmo magistrado, que, nos dois casos, justificou a necessidade de internação pela gravidade do ato infracional. Em relação às quatro decisões da 8ª Câmara, uma delas foi proferida por relator que, em nenhuma decisão quanto aos critérios de interna-

15. Não se pode precisar o número de adolescentes que não teriam sido internados, pois o referido dado não refere qual das hipóteses do art. 122 fundamentou a internação.

ção, tanto no caso de roubo, quanto de tráfico e de homicídio, decidiu pela não internação. Ou seja, sua decisão pela internação apesar de o adolescente estar em liberdade parece se explicar por uma recusa genérica em liberar os adolescentes e não por uma especificidade do caso. As outras três decisões da 8ª Câmara, por outro lado, tiveram relator que decidiu, em outras ocasiões, pela não internação em casos de recurso do Ministério Público, o que indica que, nos três casos em questão, o que motivou sua decisão não é uma recusa absoluta em modificar a decisão de 1º grau, mas alguma especificidade do caso.

Buscando-se motivos para a diferença de tratamento, percebeu-se que, nesses três casos, uma análise bastante profunda foi feita. Em verdade, nas três decisões em que este magistrado opinou pela internação, foram destacadas algumas especificidades que indicam a gravidade da situação: alta quantidade da droga, pesando 2,5kg (109. 70046819769); ameaça do adolescente à sua mãe, bem como nova apreensão em flagrante pelo mesmo ato durante o processo (44. 70054046750); duas apreensões em flagrante no mesmo dia e depoimento da mãe no sentido de que sabe das atividades ilícitas do filho, mas não consegue lhe impor limites (46. 70053612636.).

Assim, conclui-se que o fundamento "fato cometido há muito tempo" justifica a não internação do adolescente por este não oferecer risco ao processo, de acordo com um raciocínio que considera a internação provisória como medida acautelatória em relação ao processo. Contudo, esta situação não foi considerada suficiente para liberar o adolescente em seis ocasiões. Em tais casos, a justificativa para a internação não se deu por motivos processuais, mas por circunstâncias que se relacionam à gravidade dos fatos cometidos, o que não tem relação com o aspecto acautelatório da internação provisória, aparentemente relevante nas demais decisões. Desse modo percebe-se que não há tratamento uniforme ao instituto da internação provisória, ora visto como medida acauteladora do processo, ora visto como instrumento a ser aplicado segundo a gravidade do caso.

6.4 Demais critérios

Apesar da constatada prevalência dos três critérios já analisados, interessante que se façam alguns comentários sobre os demais, sobretudo porque estes revelam como os magistrados enxergam não só a internação provisória, mas a temática da violência juvenil e do papel do judiciário frente a ela. Nesse sentido, observa-se que o critério de necessidade de proteção do adolescente apareceu em 20 decisões do TJRS, apesar de não estar presente em nenhuma decisão do STJ. Exemplificativamente:

> *A quantidade da droga (...) revela o tamanho da traficância envolvida e enraizada naquela região, com participação explícita do adolescente ora recorrido, circunstância que deverá ser valorada para o amparo ao meio social e ao próprio infrator que vem sendo explorado pelo grande traficante. (9. 70057269599).*

> *Penso, pois, que há necessidade de ser o adolescente internado, e no seu próprio interesse, pois a liberação, no momento, significará o retorno ao ambiente propício a novas tragédias pessoais. (60. 70053612107).*

Contudo, tal critério não possui respaldo legal. Para as situações em que o adolescente esteja em situação de risco, o ECA prevê medidas específicas de proteção. Assim, se objetivo fosse realmente a proteção do adolescente, deveria ser-lhe aplicada medida protetiva e não socioeducativa, que comporta caráter sancionatório. A diferenciação entre adolescentes em situação de risco e de adolescentes que cometem atos infracionais é justamente um dos marcos da passagem da doutrina da situação irregular para a da proteção integral. Nesse sentido, conforme Méndez (2008), "ali onde não existe sequer o dever de proteção, 'a proteção' supostamente exercida se constitui pura e simplesmente em uma violação de direitos" (p. 26). Em relação aos fundamentos da necessidade de reeducação e de ressocialização do adolescente, são exemplificativos os seguintes trechos:

> *(...) pois a internação provisória, embora cerceamento de liberdade, constitui, também, uma forma de terapia intensiva ao infrator. (9. 70057269599).*

> *O que não tem cabida é que adolescentes pratiquem atos infracionais, muitas vezes colocando em risco a vida de pessoas inocentes, e saiam ile-*

sos disso, sem sofrer qualquer consequência. (131. 70046500112).

Esse critério, porém, não possui previsão no ECA como autorizador da internação provisória. Ainda, antecipam um juízo de culpabilidade, que só poderá vir após a produção de provas, na sentença. Como se falar em retribuição a quem, de acordo com a Constituição, nada fez? Como se reeducar um adolescente cujo comportamento, no momento, não é considerado errado? Nenhuma das decisões responde a tais questionamentos. Interessante notar que, em investigação semelhante à presente, em relação à jurisprudência do TJRS quanto à prisão preventiva, a pesquisadora concluiu o seguinte:

> *Dessa forma, a prisão preventiva deixou de ser utilizada (se é que algum dia o foi) apenas como meio de garantir o andamento do processo e a execução das penas e voltou-se à nova ideologia da punição, (...), proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade (Vasconcellos, 2008, p. 119).*

A comparação é relevante, pois mostra que talvez não haja diferença entre os julgamentos por colegiados cíveis ou criminais, no que tange ao respeito às garantias penais e processuais penais de adolescentes. Já em relação à gravidade do ato infracional e à manutenção da ordem pública (esta última ausente nas decisões do STJ), verifica-se que tampouco encontram abrigo legal. É interessante notar que algumas decisões citaram o artigo 174 do ECA[16] para justificar tal argumento. De fato, o artigo 174 menciona a gravidade do ato infracional, mas não como requisito da aplicação da internação provisória, e sim como situação que autoriza que o adolescente seja internado antes de sua apresentação ao Ministério Público, para que este decida se efetuará ou não o pedido de internação provisória.

16. Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Quanto à possibilidade de o adolescente reiterar o cometimento de novos atos infracionais, igualmente, não encontra hipótese na legislação. Trata-se de exercício de futurologia, não condizente com o Estado Democrático de Direito, pois o fato de um cidadão estar sendo acusado do cometimento de um delito não tem como consequência lógica a sua probabilidade de delinquir. Tal argumento, conforme Ferrajoli (2002), "é irremediavelmente policialesco e revela o caráter da medida de prevenção e de defesa social verdadeiramente assumido pela custódia cautelar" (p. 623).

7 Padrão das decisões e baixa divergência entre os magistrados

A partir da análise feita, pode-se concluir que as decisões do TJRS citam diversos fundamentos – e de maneira pouco articulada entre si – não indicando, ainda, quais seriam os mais relevantes para a conclusão obtida. Contudo, a análise quantitativa revelou a prevalência de algumas situações em que o Tribunal estaria mais ou menos inclinado a aplicar a internação provisória. Quanto ao STJ, percebeu-se que suas decisões não listaram muitos argumentos para decidir, mas focaram-se na discussão sobre a possibilidade abstrata de internação para o ato infracional de tráfico de drogas.

Igualmente, verificou-se haver uma tendência em não se divergir do relator em ambos os tribunais. Não houve nenhuma divergência no STJ para as 11 decisões sobre fundamentos da internação, independentemente do ato infracional. Nesse sentido, interessante notar que a única decisão nesse tribunal pela não internação fundamentou-se na impossibilidade de aplicá-la em casos de tráfico, pois este não é cometido mediante violência ou grave ameaça. Apesar de ter havido unanimidade neste caso, tanto a relatora, como os demais ministros, participaram de outros julgamentos – também unânimes – em que se decidiu que poderia haver internação em casos de tráfico se as circunstâncias do caso assim recomendassem.

Já no TJRS verificaram-se apenas 11 divergências de 93 decisões, apontando 88% de unanimidade. No caso do tráfico de drogas, chamou a atenção o fato de que um magistrado defendeu, em todas as 10 deci-

sões que relatou, a impossibilidade absoluta de se determinar a internação em casos de tráfico. Contudo, quando não esteve na posição de relator, não divergiu em nenhum caso, sempre acompanhando o voto pela internação. Ainda, verifica-se que um magistrado, nas nove decisões que relatou (incluindo todos os atos infracionais) em que o juízo de primeiro grau indeferiu a internação provisória, votou pela não internação em todas. Todavia, não divergiu nas duas ocasiões em que participou de julgamento em situação análoga em que o relator votou pela internação.

8 Conclusão

A pesquisa demonstrou que a ampla margem de discricionariedade conferida pelo ECA por meio de linguagem imprecisa e não taxativa das hipóteses de incidência da norma foi utilizada pela jurisprudência no sentido de ampliação da incidência do mecanismo de controle penal estudado. Ainda, houve flexibilização do texto legal para também aumentar a incidência deste controle. Essa tendência se verificou principalmente na relativização da possibilidade de imposição de internação apenas em casos de violência e grave ameaça à pessoa, sustentada pelo STJ e que influenciou parcialmente o TJRS.

O estudo revelou, igualmente, que os critérios utilizados para nortear a internação provisória pouco dependem da situação concreta. Assim, a cláusula legal da "necessidade imperiosa da medida" não se relaciona a peculiaridades do processo que a justifiquem. Demonstrou-se que sua interpretação depende, sobretudo, de considerações sobre a gravidade abstrata do tráfico de drogas, no caso do TJRS, e da gravidade "concreta" no caso do STJ, justificada principalmente a partir da quantidade da droga apreendida. O fato de os indícios de autoria e de materialidade também serem avaliados de maneira genérica – em alguns casos sequer mencionados – corrobora tal conclusão.

Quanto aos demais critérios, apesar de menos prevalentes no caso de tráfico de drogas, podem ter maior impacto em relação aos demais atos infracionais, o que merece investigação própria. Todavia, ainda que não tenham se mostrado decisivos nesta pesquisa, revelam que a visão do judiciário em relação a adolescentes suspeitos do cometimento de ato infracional é a de que representam um perigo à sociedade e que devem receber retribuição imediata apesar de não serem considerados culpados formalmente. Desse modo, conclui-se que o abandono da doutrina da situação irregular e a promessa da proteção intergral estão longe de configurarem realidade, seja pelos dispositivos legais, seja pela sua interpretação dada pelos Tribunais.

Se há no Brasil um programa político de aposta no endurecimento do sistema penal, que é corroborado pelo judiciário (Carvalho, 2010), as decisões analisadas revelam que este também adere ao punitivismo no caso de adolescentes. Além da aposta no encarceramento, as decisões revelaram uma tendência à demonização dos adolescentes, vistos como uma ameaça que deve ser contida, mesmo que às custas da lei e da Constituição. Nesse sentido, Vilhena constata que "qualquer esforço para eliminar ou causar danos aos demonizados é socialmente legitimado e juridicamente imune (*apud Azevedo, 2010, p. 216).* Assim, estes adolescentes que, segundo pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2012), apresentam "famílias desestruturadas, defasagem escolar e relação estreita com substâncias psicoativas" (p. 20), revelando provável carência de direitos sociais, quando encontram o judiciário, são novamente privados de seus direitos.

9 Referências

Almeida, B. G. M. (2011) *A experiência da internação entre adolescentes - práticas punitivas e rotinas institucionais* (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, Brasil.

Azevedo, R. G. (2010). *Sociologia e Justiça Penal. Teoria e prática de pesquisa sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Campos, M. S. (2009). Mídia e Política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioridade penal na Câmara dos Deputados. *Opin. Publica, 15,* 478-509.

Cappi, R. (2014). Pensando As Respostas Estatais às Condutas Criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993 - 2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito, 1 (1),* 10-27. Disponível em: http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/6/6

Carvalho, S. (2010). *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Confederação Nacional da Indústria – CNI-IBOPE. (2011). *Retratos da sociedade brasileira: segurança pública*. Disponível em: http://www.cni.org.br/portal/data/files/00/FF8080813313424801331C6AC7405A25/Pesquisa%20CNI-IBOPE%20Retratos%20da%20Sociedade%20Brasileira%20Seguran%C3%A7a%20P%C3%BAblica%20Out%202011.pdf.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. (2012). *Panorama Nacional: A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação.* Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf

Costa, A. P. M. (2011). *Da invisibilidade à indiferença : um estudo sobre o reconhecimento dos adolescentes e seus direitos constitucionais* (Tese de Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Disponível em: http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3580

Ferrajoli, L. (2002). *Direito e Razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (2013). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (7 ed). 2013.

Méndez, E. G. (2008). A Dimensão Política da Responsabilidade Penal dos Adolescentes na América Latina: notas para a construção de uma modesta utopia. *Educação & Realidade, 33(2),* 15-35.

Méndez, E. G. (1998). *Infância e Cidadania na América Latina.* São Paulo: Ed. HUCITEC.

Paula, L. de. (2011) *Liberdade assistida: punição e cidadania na cidade de São Paulo* (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil.

Rodriguez, J. R, & Ferreira, C. C. (2013). Como decidem os juízes? sobre a qualidade da jurisdição brasileira. In J. R. Rodriguez; F. G. Silva (Org.), *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva.

Santos, B. S. (1986). Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais, 21,* 11-44.

Santos, J. V. T. (2004). Violências e dilemas do controle social nas sociedades da "modernidade tardia". *São Paulo em Perspectiva, 18,* 3-12.

Teixeira, A. N., & Becker, F. (2001). Novas possibilidades da pesquisa qualitativa via sistemas CAQDAS. *Sociologias, 5,* 94-113.

Vasconcellos, F. B. (2008). *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico* (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.

Anexo – *Links* para acesso às decisões

1 Decisões do Superior Tribunal de Justiça

1.1 Decisões de número 1 a 10:

file:///C:/Users/owner/Desktop/Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20-%20O%20Tribunal%20da%20Cidadania.htm

1.2 Decisões de número 11 a 20:

file:///C:/Users/owner/Desktop/Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20-%20O%20Tribunal%20da%20Cidadania%202.htm

1.3 Decisões de número 21 a 29:

file:///C:/Users/owner/Desktop/Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20-%20O%20Tribunal%20da%20Cidadania%203.htm

2 Decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=%22ato+infracional%22+e+%22interna%E7%E3o+provis%F3ria%22+inm

eta%3ADataPublicacao%3Adaterange%3A2012-01-01..2013-12-31&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.Secao%3Acivel.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=

Data de submissão/Submission date: 21.02.2014
Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 25.06.2014

A CADEIA FEMININA DE FRANCA SOB A ÓTICA DA VISITA ÍNTIMA //

Ana Carolina de Morais Colombaroli[1] e Ana Gabriela Mendes Braga[2]

Palavras-chave

Mulher encarcerada / Visita íntima / Direitos fundamentais / Violência institucionalizada de gênero

Sumário

1 Introdução
2 Análise do campo de estudo: direitos humanos sob uma perspectiva de gênero
3 Delinquentes e encarceradas
4 A visita íntima nos estabelecimentos prisionais femininos e a realidade da visita íntima na cadeia feminina de Franca
4.1 Breves considerações acerca da cadeia feminina
4.2 A visita íntima
5 Considerações finais
6 Referências

Resumo

A visita íntima é permitida aos homens em situação de encarceramento há quase um século, enquanto, para as mulheres brasileiras, foi regulamentada pela primeira vez em 1999. Em grande parte dos estabelecimentos prisionais ela ainda não é permitida e, mesmo quando admitida pela administração penitenciária, vem carregada de burocracia e restrições. Tal fato apresenta-se como clara violação ao princípio da igualdade entre os sexos, proclamado pela Constituição, além de violar direitos fundamentais da mulher. Este estudo tem como objetivo fazer uma análise da mulher encarcerada sob o prisma da visita íntima, através da associação entre a pesquisa bibliográfica, e a pesquisa de campo, realizada na Cadeia Feminina de Franca – SP, objetivando delinear o referencial teórico daquele que é um direito inerente à dignidade da mulher encarcerada: a visita íntima.

1. Estudante de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP
2. Professora do Departamento de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP

THE FEMALE PRISON OF FRANCA-SP FROM THE VIEWPOINT OF THE INTIMATE VISIT // *Ana Carolina de Morais Colombaroli e Ana Gabriela Mendes Braga*

Keywords
Incarcerated women / Intimate visit / Fundamental rights / Institutionalized gender violence

Abstract
The intimate visit has been allowed to imprisoned men for almost a century, while at the same time, for Brazilian women it was only regulated in 1999. The intimate visit for women is still not allowed in most of the penitentiary establishments and, even when it is admitted by the penitentiary administration, it is loaded with bureaucracy and restrictions. This is a violation of the principle of sexual equality, and it infringes the principle of human dignity. The purpose of this paper is to analyze the situation of incarcerated women, combining the literature on intimate visits with the field research conducted in the Female Prison of Franca (state of São Paulo). Thus, it outlines the theoretical framework of an inherent right to the dignity of incarcerated women: the right to intimate visits.

1 Introdução

A realidade prisional brasileira é marcada pela superlotação, pela falta de acesso à saúde e pela ausência de atividades, o que leva a revoltas e à violência. Ela está muito longe de, ao menos, se parecer com as condições carcerárias proclamadas pela ONU, pela Constituição Federal, pela Lei de Execução Penal e pelos inúmeros tratados internacionais sobre tratamento de pessoas presas ratificados pelo Brasil.

Quando voltamos os olhos para as detentas do sexo feminino, a distância entre teoria e prática é ainda maior. Os princípios da dignidade humana e da igualdade, tão caros à nossa Constituição Federal, são simplesmente desconsiderados no sistema prisional feminino, notadamente sob o falso argumento de proteção da mulher custodiada contra abusos sexuais ou contra sua exposição, mesmo quando se refere ao exercício da livre disposição da própria sexualidade.

Diante da necessidade de expansão dos estudos sobre o universo carcerário feminino, uma vez que estes ainda estão muito aquém da verdadeira dimensão desse fenômeno social, decidiu-se pelo desenvolvimento de uma pesquisa que busca analisar o papel da mulher encarcerada no contexto prisional do país, que ainda se encontra em uma situação de invisibilidade. O sistema de justiça criminal e, mais especificamente, o sistema penitenciário adotam um paradigma androcêntrico e machista, que desconsidera as especificidades de gênero e a realidade diversa de homens e mulheres em situação de encarceramento.

Como será demonstrado a seguir, não se pode negar a opressão de gênero no cárcere, especialmente no que tange à sexualidade das mulheres. Optou-se, então, por observar a prisão feminina sob a ótica específica da visita íntima, uma vez que, a partir desse eixo é possível centralizar a pesquisa em um aspecto e explorá-lo com mais profundidade. Ademais, o exercício da afetividade e da sexualidade se mostra tema central da vida dos indivíduos, essencial para a manutenção dos seus laços familiares e, no caso daqueles em situação de encarceramento, para a sua reintegração social, suposto objetivo da pena privativa de liberdade no Estado Democrático de Direito.

O presente estudo tem como foco a possibilidade e a dinâmica de realização das visitas íntimas na cadeia feminina de Franca. Organiza-se em cinco partes, incluindo o presente introito. Na segunda parte, busca-se estruturar uma análise do campo de estudo, através de um questionamento crítico dos direitos humanos a partir de uma perspectiva de gênero. Na terceira parte, discute-se a forma como se posiciona, no âmbito do sistema penitenciário, o poder punitivo estatal diante do feminino; nesta seção são utilizados como premissas estudos consolidados que denunciam a violência institucionalizada de gênero na prisão. Na quarta parte, por sua vez, apresentam-se os resultados da pesquisa de campo realizada na cadeia feminina de Franca, a partir da qual busca-se estabelecer uma discussão teórica acerca da visita íntima nas prisões femininas, analisando as discrepâncias existentes entre a prática nos estabelecimentos prisionais masculinos, o protecionismo discriminatório existente em relação à sexualidade feminina e a indignidade a que essas mulheres são submetidas. Na quinta e última parte são tecidas as considerações finais.

Trata-se de um estudo que integra a técnica de revisão bibliográfica com a pesquisa de campo, o que possibilita, ao mesmo tempo, um aprofundamento de pontos nevrálgicos da relação entre a mulher e o sistema penitenciário, além de descortinar a realidade existente. O referencial teórico adotado reflete uma linha crítica perfilhada pelas autoras, e conjuga autores da criminologia crítica, do direito penal e da teoria crítica dos direitos humanos. A abordagem empírica possibilitou que a análise da situação da mulher no sistema prisional fosse contextualizada em torno de dois recortes específicos: o primeiro, temático (visita íntima); e o segundo, em relação à localização e ao tipo de estabelecimento prisional (cadeia pública de Franca). O recorte temático permitiu tanto a análise específica do objeto como reflexões mais amplas em relação à gênero e sistema prisional, especialmente pelo tema da sexualidade estar intrinsecamente relacionado ao debate de gênero. Já a escolha do estabelecimento prisional é representativa em dois pontos: primeiro como retrato de um estabelecimento do interior do Estado de São Paulo, mas além disso, por se tratar da realidade das cadeias públicas, as quais abrigam em situação precária milhares de mulheres e homens no interior do país.

A pesquisa de campo foi realizada entre maio e julho do ano de 2012, dentro do qual foram realizadas duas visitas semanais na Cadeia Feminina de Franca, somando um total de 20 visitas. De início, foi feita uma pesquisa quantitativa, a fim de inferir quantas das encarceradas têm companheiros extramuros, quantas preenchem os requisitos para receber a visita íntima e quantas realmente o fazem. Depois, foi realizada pesquisa qualitativa, baseada em entrevistas e, principalmente, na observação participativa realizada durante o período de interação com as mulheres encarceradas, para que se pudesse compreender em que condições se dá a realização desse tipo específico de visita.

2 Análise do campo de estudo: direitos humanos sob uma perspectiva de gênero

Para analisar as representações político-jurídico-sociais dos direitos fundamentais, tendo em vista a dignidade da mulher, faz-se imperativo questionar a respeito da neutralidade do direito em termos de sexo e gênero. Se, no estudo de qualquer fenômeno ou grupo social, não levarmos em conta a realidade das estruturas de gênero, teremos um diagnóstico equivocado.

Quando analisamos a história da humanidade, resta claro que o sexo feminino é identificado como *outro*. Numa concepção histórico-materialista, isto se dá juntamente com o surgimento da propriedade privada e a divisão sexual do trabalho em *doméstico* e *produtivo*. O primeiro seria meramente um apêndice em relação à "real" concepção de trabalho, aquele que se dá em âmbito público, que modifica a natureza e gera excedentes e que é protagonizado por pessoas do sexo masculino (Bachin, 2007).

À mulher, a partir de seu papel natural de reprodução, é delegado o papel de esposa, mãe, guarda do lar. São bem demarcados os âmbitos de atuação do homem e da mulher. A aquele é reservada a esfera de participação pública e a esta, a intimidade privada. Porém, é na esfera pública que se dá toda a produção política, cultural, histórica e também jurídica, e da qual a metade feminina da humanidade foi, durante séculos, quiçá milênios, impedida de participar.

A sociedade, balizada pela dominação masculina, determina o que é considerado normal, atribui funções às mulheres e homens, impõe formas de sentir e atuar nas esferas da vida pública e privada, identifica espaços masculinos e femininos e associa a eles características de personalidade. O capitalismo e o patriarcado contribuem para reproduzir e legitimar a estrutura conceitual, o saber legitimador e as instituições jurídicas, que aparecem, desde sua gênese, como controle seletivo classista e sexista (Andrade, 2006).

O Direito, a despeito das tentativas de se passar por instrumento neutro e assexuado, adota claramente o paradigma masculino, tem como característica central o *androcentrismo.* Tanto em sua dimensão normativa quanto em sua dimensão institucional-instrumental, o Direito toma para si e reproduz valores considerados relevantes no meio social em que se insere. Assimilando os ideais da sociedade patriarcal, por um lado superprotege a moral feminina e, por outro, discrimina a mulher e a trata como mero instrumento de reprodução, objeto de satisfação dos desejos e necessidades masculinas (Silva, 2012).

Esta teatral neutralidade no campo jurídico contribuiu sobremaneira para a negação da diversidade, além de constituir-se ferramenta essencial na dominação e confinamento das mulheres ao esquema genérico conveniente ao sistema (Rabenhorst, 2011), reforçando papéis, espaços e características atribuídos às pessoas em função do sexo, obstaculizando o alcance das mulheres à efetividade de seus direitos e ao reconhecimento da igualdade (Severi, 2011).

Os clássicos instrumentos, mecanismos e concepções de direitos fundamentais são insuficientes e inadequados para a satisfação das demandas e necessidades femininas, evidenciam um sexismo que culmina na exclusão das mulheres da condição de humanas. As mulheres não gozam das mesmas prerrogativas que os homens, a despeito dos instrumentos de direitos humanos que, em tese, garantiriam nossa plena igualdade.

Contudo, é possível imprimir ao direito, especialmente aos direitos fundamentais, um caráter emancipatório e contra-hegemônico, fazendo deles armas

de luta pela dignidade da mulher. O rompimento com esse sujeito hegemônico no direito e na sociedade impõe a destotalização, a não-reificação e a distinção da mulher.

Para tanto, acredita-se na postura incursa na "consciência ética" proposta por Dussel (1997), que consiste na capacidade de se escutar a voz do outro. Quando adotamos uma perspectiva não androcêntrica-hegemônica, permitimo-nos "ver" com os "olhos" daqueles excluídos do paradigma de sujeito e direito vigentes. Só assim os direitos humanos serão refletidos a partir da realidade histórica das mulheres.

O movimento de rompimento com o *ego fálico* é árduo, a mulher ainda é tratada como apêndice do homem. Mariana Bachin (2007) afirma, em seu trabalho sobre a opressão de gênero no sistema penal brasileiro, que

> *Enquanto persistir a ausência de um direito específico da mulher sobre seu próprio corpo, o que conduz a uma liberdade relativa, sempre suscetível de ser limitada pelo legislador com base nos direitos e inclusive no interesse de outros sujeitos, a "liberdade" da mulher continuará no mundo ilusório, longe da materialidade, e contribuindo para a repetição das opressões perpetuadas durante toda a história humana. Somente a consagração da liberdade feminina como direito fundamental permitirá protegê-la de possíveis supressões, limitações e abusos (p. 25).*

Romper com esse sujeito que vige hegemônico no direito e na sociedade ocidental impõe a "libertação erótica" da mulher. Segundo Dussel (1977), "a destotalização, desobjetualização ou distinção da mulher, é a condição sem a qual é impossível a normalidade não patológica nem repressiva do *eros*" (p. 91). Explica que:

> *Assim como o varão tem uma abertura (Offenheit) fálica do mundo, ativa, constituinte, assim também a mulher tem, como esposa, uma abertura clitoriana-vaginal ativa, constituinte, e como mãe uma abertura mamária em direção à boca-sucção do filho (assim como a primeira abertura se dirige ao falo do varão). Definida positivamente (o não ser fálico é realmente algo distinto: o ser clitoriano--vaginal ativo) a mulher toma posição distinta e também positiva em relação ao varão (clitoriana--vaginal) e ao filho (mamário-bucal). A libertação não é negação pura da dominação pela negação da diversidade sexual (como quando o feminismo propõe a homossexualidade, os filhos em provetas etc.). A libertação é distinção real sexual: o varão afirma a sua exposição (com o que isso supõe risco) fálica, e a mulher afirma igualmente sua exposição clitoriana-vaginal e mamário-bucal (em sua dimensão de mulher e mãe) (Dussel, 1977, pp. 90-91).*

A "engeneração" do direito e a transversalização da perspectiva de gênero carecem da adoção de políticas públicas explícitas em relação ao gênero, além de tornar a questão sensível em todas as esferas do poder. Impõem também a autocrítica e a desmistificação do direito, e exigem práticas jurídicas diferentes das tradicionais.

3 Delinquentes e encarceradas

A delinquência feminina foi construída a partir de estereótipos de papéis sexuais, de tipos específicos. A lei penal, ao prescrever determinadas condutas, o faz em separado para homens e mulheres, separou condutas tipicamente masculinas e femininas, estas últimas vinculadas à sexualidade e ao mundo privado. Pode-se imaginar que esta realidade não se aplica aos dias atuais, considerando o maciço encarceramento feminino pelo crime de tráfico de drogas. No entanto, as condutas criminosas femininas não podem ser consideradas, em absoluto, isenta de estereótipos de papéis sexuais, posto que estas, via de regra, ocupam espaços subalternos na dinâmica do tráfico e sua atuação é relacionada à atuação do companheiro ou de outra figura masculina.

No panorama histórico, as primeiras notícias que se têm de mulheres ligadas ao mundo do crime datam do século XI. Isso não significa que antes disso as mulheres não tenham delinquido, mas sim que, por volta de 1210, surgem os tipos específicos de delinquência feminina (Buglione, 2000). A criminalidade feminina na era medieval relaciona-se estritamente com a bruxaria e a prostituição, comportamentos que contrariam a moral cristã e o comportamento es-

perado das mulheres.

Durante a Alta Idade Média, a mulher ocupava um espaço social relativamente amplo, em razão da ausência ou falta de homens. O poder punitivo se consolida contra elas para fechar esse espaço. A Igreja, no intuito de erradicação das tradições pagãs, romanas e germânicas, diante da necessidade de neutralizar a influência da mulher, transmissora de uma cultura que deveria desaparecer, inicia a "caça às bruxas". O poder punitivo é consolidado de modo especialmente orientado contra a mulher, como poder de gênero. Desse modo, segundo Zaffaroni (1995)

> *(...) estabeleceu-se, por meio do poder punitivo, a civilização dos "senhores", verticalista, corporativa ou de "domínio" ("dominus") que conjuminaria o poder de vigilância necessário à ordem hierarquizada de uma sociedade mercantilista e colonizadora. Com o estabelecimento do poder punitivo iniciou-se a conquista, e o modelo verticalista europeu tornou-se planetário. E esse modelo se assentou com um discurso discriminatório, pejorativo e repressivo para a mulher (pp. 32-33).*

O *MalleusMaleficarum3* não representou apenas uma obra inquisitorial: pela primeira vez o poder punitivo é capaz de oferecer um discurso integrado de criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal (Zaffaroni, 1995). A construção de um estereótipo feminino para a bruxaria evidencia a parcialidade e a seletividade do discurso jurídico-criminal.

A prostituição representa a outra face da criminalidade feminina, posto que é um comportamento que agride os padrões culturais previstos para as mulheres. A prostituta é o revel, o oposto da mulher ideal, da mãe de família, da esposa submissa. A prostituta é mulher pública. No contexto da Reforma e da Contra-Reforma (no século XVI) a fornicação masculina passa a ser condenada, é o fim da justificação da *função social da prostituição,*[4] que passa a ser estigmatizada e condenada. Nos séculos XVII e XVIII, em Paris, as prostitutas são sistematicamente perseguidas pela polícia, presas ou exiladas. No Brasil, as teorias científicas vigentes sustentavam a inferioridade física e moral da mulher, especialmente das prostitutas (Buglione, 2000).

Durante muito tempo, a análise da criminalidade feminina se limitou aos chamados "delitos de gênero", como o infanticídio, aborto, homicídios passionais e, quando tratavam de outros delitos, estes eram diretamente relacionados aos crimes dos companheiros e maridos.

Diante da menor taxa de encarceramento feminino, o discurso criminológico afirmou então, generosamente e com cavalheirismo, que a mulher delinque menos. "Isto, por certo, não era visto como um sinal de superioridade, mas sim (...) de sua natural inferioridade ou tontice" (Zaffaroni, 1995, p. 24).

A criminalidade feminina é cercada de representações específicas, relacionada ao ambiente familiar, cerca-se de determinismos ideológicos que refletem toda a cultura social do patriarcado, que impõe à mulher a pertença a uma esfera privada, doméstica, não pública. O crime no feminino é tomado em seu sentido mais abrangente: incrimina-se a natureza feminina, a eterna pecadora Eva (Buglione, 2000). "*A ideia dominante é a de que a mulher é mais débil, não só no corpo, sendo também na inteligência, pelo que não chegam a filosofar, e é mais 'carnal' que o homem*" (Zaffaroni, 1995, p. 33).

A delinquência é comumente associada a um fenômeno do mundo masculino, no qual a mulher ocupa apenas o polo passivo. Nesse sentido, manifestam-se Alda Facio e Rosalía Camacho (1995):

> *(...) a invisibilização, marginalização e/ou discrimi-*

3. O *MalleusMaleficarum* (traduzido do latim como Martelo das Bruxas) representava um tipo de manual de diagnóstico de bruxas. Publicado em 1487, divide-se em partes: primeiramente, ensina os juízes a reconhecer as feiticeiras, suas atitudes e múltiplos disfarces; a segunda parte expõe todos os tipos de malefícios, classificando-os e explicando-os; a terceira e última expõe as regras processuais a serem aplicadas contra as bruxas, como inquiri-las e condená-las.

4. "(...) o dogma da dupla moral permitia e justificava a existência da prostituição para a manutenção da família burguesa, já que a senhora, a esposa ou as futuras esposas deveriam se manter castas, e a 'natureza masculina' impelia os homens à voracidade sexual,a prostituta era o ente responsável pelo equilíbrio da família burguesa" (BACHIN, 2007, p. 38).

nação da mulher na doutrina, ao fundamentar-se em preconceitos sobre a natureza ou conduta apropriada para a mulher (delinquir é um fenômeno masculino); ou ao não levar em conta as distintas relações, necessidades e interesses das mulheres, no fundo, está partindo de estereótipos ou condutas apropriadas para cada sexo, pelo que também distorce e realidade da criminalização masculina, já que esta não se dá em uma sociedade composta somente por pessoas desse sexo, mas que se dá em um contexto de variadíssimas relações de poder, incluindo as relações entre os sexos (p. 46).

Cesare Lombroso, juntamente com Giovani Ferrerò, no livro *La Dona Delinquente*, publicado em 1892, sustenta que a mulher tem uma passividade, uma imobilidade, determinadas fisiologicamente, e por isso são mais adaptadas e mais obedientes à lei que os homens. No entanto, ao mesmo tempo, seriam potencialmente amorais, enganosas, frias, calculistas, malvadas sedutoras. Lombroso, então, assinala sua prévia teoria de atavismo também para as mulheres. Se estas regressam a seus impulsos primitivos, isso não às conduz ao delito, mas à *prostituição*, forma óbvia de desvio feminino. W. I. Tomas, em seu livro *The Unadjusted Girl* (1967) apresentou a ideia de que as mulheres, devido à sua passividade, guardam energia, enquanto os homens são ativos e a gastam. Assim, as mulheres delinquentes seriam mulheres que queriam ser ativas, com excesso de masculinidade (Swaaningen, 1993). Freud, por sua vez, sustenta que o crime feminino é uma repressão contra o papel biológico natural da mulher, evidenciando um "complexo de masculinidade" (Lemgruber, 1983).

Todos esses mitos acerca da natureza fisiologicamente determinada da delinquência feminina têm consequências efetivas. Conforme exposto por Swaaningen (1993),

En los medios de comunicación, en la policía, en el sistema judicial, etc, la delincuencia femenina aún se considera un caso de psiquiatría y no del sistema penal. Por ello aún recibirá la etiquieta de "loca" más que la de "delincuente": si una mujer infringe la ley es que algo no marcha en su cabeza (p. 121).

A mulher presa foi vista, ao longo da história, sob o prisma da insanidade mental, o que foi atrelado ao imaginário daqueles responsáveis pelo universo prisional feminino. É comum o uso das explicações psicogenéticas da criminalidade feminina para justificar a imposição de políticas específicas para as mulheres encarceradas e a maior tutela moral a que estas são submetidas. Não por acaso a maioria das prisões femininas foi instalada em conventos: tinha-se a finalidade de induzir as mulheres "desviadas" a aderir aos valores de passividade e submissão (Espinoza, 2004).

A mulher criminosa é, assim, duplamente condenada: legalmente, através de um processo criminal, e socialmente, por ser considerada sexual e biologicamente anormal (Lemgruber, 1983). Quando são as mulheres quem realizam a ação criminosa, sua condenação não tem qualquer traço de neutralidade ou impessoalidade. Pelo contrário, ela é tendenciosa e corporalizada, em função do mandato cultural que estabelece o comportamento do indivíduo que é normal ou esperado conforme o gênero. As encarceradas são multiplamente excluídas e estigmatizadas. Carregam o estigma, inicialmente, de serem mulheres. Em sua maioria, as presidiárias são de baixa renda e escolaridade precária, carregando consigo a marca da pobreza. Posteriormente, com o seu ingresso na prisão, recebem a cicatriz de delinquente, que se perpetuará mesmo após alcançarem a liberdade.

No entanto, é possível perceber que os delitos cometidos por mulheres nas últimas décadas têm cada vez mais se equiparado aos antes chamados "delitos masculinos", como tráfico de entorpecentes, roubos, sequestros, homicídios e outros. Além disso, o número de mulheres encarceradas vem aumentando exponencialmente. Embora elas representem entre 3% e 9% da população carcerária na América Latina (Garcia *apud* Espinoza, 2004), a Comissão de Direitos Humanos da ONU (Centro de Estudios Legales e Sociales [CELS] et al., 2011) assinala que, nas últimas décadas, em âmbito mundial, a taxa de encarceramento feminino aumentou em 159%.[5]

5. Esse aumento se deu em razão de uma mudança nos critérios dos julgadores e das prioridades políticas de ordem pública, mas principalmente com a criminalização do consumo e tráfico de drogas (CELS et. al., 2011, p. 11).

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional,[6] em 2012 elas representavam cerca de 6,5% do total de pessoas presas, o que, à primeira vista, parece um número pequeno. Todavia, deve-se atentar para o fato de que a taxa anual de crescimento do número de mulheres encarceradas é de 11,5%, muito superior à masculina.

O momento em que se iniciou o aumento da participação das mulheres no mundo do crime, especialmente no tráfico de entorpecentes, é coincidente em toda a América Latina. Trata-se de um processo que acontece junto a uma quebra da estrutura sócio ocupacional, de grandes mudanças na estrutura familiar e aprofundamento do fenômeno conhecido como *feminização da pobreza,* uma vez que a divisão sexual trabalho destina às mulheres o espaço privado e aos homens o espaço público. Dessa forma, as mulheres têm menos oportunidades de acesso à propriedade de capital produtivo e trabalho remunerado ou capacitação. Na década de 1990, esse menor acesso aos recursos incidiu na feminização da pobreza, processo que, em termos gerais, aprofundou as dificuldades das mulheres para ascender ao mercado de trabalho e aos sistemas de bem estar e proteção social (CELS et al., 2011). O envolvimento de muitas mulheres com o tráfico se dá em razão de dificuldades financeiras, da falta de emprego e da sedução pelo dito dinheiro fácil da droga. O tráfico não chega a ser uma escolha livre, mas uma imposição do meio e da necessidade em que vivem (Ilgenfritz *apud* em Lima, 2006).

Falar da mulher no sistema penitenciário apresenta um dilema. A elas sempre coube cuidar da família, dos afazeres domésticos, dos filhos, essa é a imagem fixada ao imaginário social, a de um ser frágil e dócil. Como poderia, então, estar confinada por descumprir as regras sociais? (Lima, 2006).

As mulheres encarceradas, então, são relegadas a um segundo plano. No período colonial brasileiro, eram confinadas em estabelecimentos onde prevaleciam prisioneiros do sexo masculino, frequentemente dividindo a mesma cela, vítimas de abusos sexuais, abandono, doenças, promiscuidade. Foi somente na década de 1940 que estabelecimentos prisionais exclusivos para mulheres foram criados em alguns estados brasileiros (Angotti, 2012).

A estrutura do cárcere não foi pensada considerando as especificidades de gênero. As políticas penitenciárias foram pensadas pelos homens e para os homens. É clara a adoção de um paradigma masculino absoluto. As mulheres são uma parcela da população carcerária situada na invisibilidade, suas necessidades por muitas vezes não são atendidas, sua dignidade é constantemente violada.

Consoante informações do Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça, 2008a) há, no país, apenas 58 presídios que se destinam exclusivamente à detenção de mulheres. A maioria dos estabelecimentos penais em que elas se encontram detidas são mistos, e neles são adaptadas alas e celas para as mulheres, sem qualquer tipo de tratamento voltado para a ressocialização das presas, com equipamentos como creche ou berçário para seus filhos.

Como aponta as pesquisas de referência na área (Angotti, 2012; Espinoza, 2004; Ilgenfritz & Soares, 2002; Lemgruber,1999), os espaços prisionais e políticas penitenciárias são pensados para o público masculino, atendendo, de forma precária às necessidades específicas das mulheres. Como consequência desse heteronormativismo que permeia a prisão e as demais instituições do sistema de justiça criminal, a mulher se encontra em uma situação de exceção, é invisível em relação aos homens presos. A não observação das necessidades femininas viola o princípio da individualização da pena, é negar ou impedir que "a dinâmica punitiva estatal se volte às finalidades político-criminais, reconhecendo que cada fato ou delinquente possui peculiaridades dependentes de um tratamento diferenciado" (Castro, 2010, p. 83).

Com efeito, a discriminação e a opressão da mulher encarcerada resultam em descumprimento regra constitucional. Conforme explica Castilho (2007)

> *A prisão para a mulher é um espaço discriminador e opressivo, que se expressa na aberta desigualdade do tratamento que recebe, no sentido diferente que a prisão tem para ela, nas consequências para sua família, na forma como o Judiciário reage em*

6. Disponível em http://www.prisonstudies.org/country/brazil

face do desvio feminino e na concepção que a sociedade atribui ao desvio (Castilho, 2007, p. 38).

Ademais, conforme expõe Espinosa (2004), citando Rostaing, na prisão, homens e mulheres formam sistemas sociais distintos e são socializados de maneira diferente, havendo uma maior incidência de objetivos moralizadores nas mulheres presas, para que estas assumam valores de passividade e submissão, no intento de que retomem o papel de esperado pela sociedade – esposas e mães exemplares, dedicadas às suas famílias e aos homens –, apesar dos novos papéis que vem sendo assumidos por mulheres nos últimos tempos.

Julita Lemgruber (1983) escreveu, diante da pesquisa de campo realizada no Presídio Feminino Talavera Bruce que

> *nota-se claramente a tentativa de imposição de valores do grupo dominante, para o qual "a vida condigna" é aquela levada pelo indivíduo honesto, trabalhador, cumpridor de seus deveres e não infrator das leis do seu país. (...) interiorizar uma vida condigna resulta sobremaneira paradoxal neste contexto, além de constituir-se uma tentativa de intromissão indesejável no reduto do "eu individual" (p. 39).*

O caráter reabilitador da pena para as mulheres está ligado ao exercício do papel social de mãe, esposa, guarda do lar e a adesão aos valores da classe média, naturalizando as atribuições de gênero e reproduzindo a desigualdade no tratamento das presas, repetindo os padrões sexistas que são vistos na sociedade (Franco, 2004). A "educação penitenciária" busca, prioritariamente, reinstalar nas mulheres o sentimento de pudor, sendo estas objeto de incidência de objetivos moralizadores (Espinoza, 2004), o que representa uma intervenção estatal na autodeterminação das pessoas, como corolário da dignidade humana e da liberdade de orientação e formação.

O distanciamento da família é um dos aspectos que mais provoca aflições nas mulheres presas. A perda do contato com os filhos é um sofrimento difícil de suportar (Espinoza, 2004). Tal situação é agravada pelo fato das penitenciárias situarem-se distantes da região de origem das presas, onde comumente fica a residência de seus familiares, em decorrência do pequeno número de estabelecimentos femininos. Isso prejudica-lhes as visitas e, por conseguinte, intensifica o abandono das presas por suas famílias.

Devem ser levadas em conta, ainda, as poucas alternativas de trabalho. Nas raras vezes em que elas existem, são desenvolvidas atividades precárias, costumeiramente "femininas" – bordado, costura, trabalhos de limpeza ou na cozinha – que não proporcionam qualificação para uma posterior inserção no mercado de trabalho.

4 A visita íntima nos estabelecimentos prisionais femininos e a realidade da visita íntima na cadeia feminina de Franca

A relação entre espaço prisional e a visita íntima suscita importantes reflexões no debate de gênero, na medida em que se trata de uma forma de expressão e de exercício do desejo e da sexualidade num espaço de disciplina e tido como tipicamente masculino.

A visita íntima é autorizada, ao menos como benefício, na maior parte dos países latino-americanos. O México foi pioneiro. No Brasil, foi consentida pela primeira vez em 1924, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, àqueles encarcerados que fossem casados civilmente e tivessem bom comportamento. Em 1929 já não era necessária a exigência do casamento civil e, em 1933, esse tipo de visita foi estendido aos presos provisórios. Na Argentina, iniciou-se em 1931 e em Cuba, em 1938 (Bitencourt, 2004).

Pode-se dizer, na atualidade, que a visita íntima é amplamente viabilizada nos estabelecimentos prisionais masculinos brasileiros, no intuito de reduzir os índices de violência sexual nos presídios, arrefecer a tensão emocional dos presos e proteger a subsistência da relação afetiva do sentenciado com sua esposa ou companheira (Facchini, 1999).

A despeito disso, a visita íntima foi regulamentada às mulheres pela primeira vez somente em 1999. No Estado de São Paulo, o direito à livre disposição da própria sexualidade da mulher encarcerada só foi re-

conhecido em dezembro de 2001.

Embora tal regulamentação possa representar uma conquista às mulheres encarceradas, persistem graves limites à sua concretização. O simples desejo de uma mulher em optar pela visita íntima não é suficiente para que ela ocorra.

> *Assim, a ideia presente de que as mulheres detentas têm o direito de usufruir uma vida afetiva e sexual, na medida em que os presídios, através de leis e normas facultam esse direito, não se relaciona diretamente com as possibilidades de ocorrência de fato, ou seja, pela opção da visita íntima. Isso porque diferentes ordens de mediações estão presentes nas definições e decisões da mulher detenta em concretizar tal direito (Lima, 2000, p. 18).*

Embora a Resolução nº 1/1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e a Resolução nº 96/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo acenem no sentido de redução da discriminação de gênero, deve-se ter em mente que a conquista é relativa.

A desigualdade de gênero fica evidente ao comparar a visita íntima nos presídios femininos com aquelas realizadas nos estabelecimentos penitenciários masculinos. Para os homens, a visita sexual foi introduzida há muito mais tempo, e tem regras bastante flexíveis, baseadas nas práticas instituídas pelos próprios detentos, organizadas de maneira a favorecer o contato com as parceiras, facilitando a presença das mesmas assim como a manutenção do elo familiar. Propiciam-se condições para que o encarcerado possa aplacar a sua concupiscência, garantindo a satisfação e tranquilidade masculinas e, por via de consequência, o controle da prisão, para evitar amotinamentos.

A lógica, entretanto, se inverte em relação às mulheres, nas quais não se veem as mesmas necessidades sexuais. Chega-se até mesmo a inverter a lógica constitucional do planejamento familiar – um direito do casal sobre o qual a intervenção estatal é vedada – pretendendo-se evitar gravidez decorrente dos relacionamentos sexuais, durante as visitas íntimas ou, condicionando-as em alguns casos ao uso de anticoncepcionais pelas mulheres (Braga & Angotti, no prelo).

É evidente, ainda, a discrepância no que diz respeito à autorização de visita para aqueles que não são casados legalmente. Lima (2006), em pesquisa realizada na Penitenciária Feminina da Capital de São Paulo, ressalta a ausência de equidade em relação aos presos do sexo masculino, uma vez que para que as presas inscrevam seus companheiros para realização da visita íntima é necessário ter comprovada a vida conjugal. Tal critério acaba por discriminar a maioria delas. Dessa forma,

> *(...) a interpretação da opção ou não pela visita íntima passa, num primeiro momento, pela desigualdade de gênero, que se reproduz intra-gênero, tornando as mulheres não somente diferentes dos homens, mas desiguais em relação a eles e às outras mulheres, pelo valor social atribuído à instituição do casamento ou laços de conjugalidade. Assim, são submetidas, na condição de mulheres presas, a uma norma que vincula sua sexualidade ao casamento ou laços comprovados de conjugalidade com o parceiro, o que pode excluir as mulheres que, mesmo possuindo companheiros e/ou namorados, não podem usufruir desse direito (Lima, 2006, p. 57).*

Também foi observado por Buglione (2000), nos presídios de Porto Alegre, uma grande discrepância no que diz respeito à autorização de visita de cônjuges de presos não casados oficialmente.[7] Na prisão masculina, basta que a companheira declare por escrito sua condição para que o recluso receba visitas íntimas até oito vezes ao mês. Mas, para que a apenada tenha direito à visita do parceiro, este deve comparecer a todas as visitas familiares semanais, sem possibilidade de relação sexual, durante quatro meses seguidos e ininterruptos. Feito isso, a concessão da visita íntima ainda dependerá do aval do diretor do presídio para que aconteça, no máximo, duas vezes ao mês.

Ora, ignora-se que a atividade sexual é elementar e instintiva, sendo impossível seu controle por meio da reclusão. É contraditório buscar a ressocialização

7. Na penitenciária Madre Pelletier, em Porto Alegre – RS, há uma portaria que regula a visita íntima das mulheres. Para que recebam a visita conjugal, as detentas devem comprovar o vínculo conjugal através de Certidão de Casamento, excluindo-se, assim, aquelas que namoram ou vivem em união estável não oficial.

da encarcerada, ao mesmo tempo em que se ignora a questão sexual, acreditando que esta não merece atenção especial. Ao ser reprimido o instinto sexual, não se contrariam apenas as leis da natureza, mas também a vontade do indivíduo (Bitencourt, 2004).

A abstinência sexual imposta pode gerar problemas psicológicos, favorecendo condutas inadequadas, deformando a autoimagem do recluso, destruindo sua vida conjugal e induzindo-o a um desvio de comportamento (tendo como parâmetro a orientação sexual original) que acarreta, muitas vezes, graves sequelas psicológicas.

Neste sentido, é a lição de Bitencourt (2004):

> *A imposição da abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, já que é impossível pretender a readaptação social da pessoa e, ao mesmo tempo, reprimir uma de suas expressões mais valiosas. Por outro lado, viola-se um princípio fundamental do direito penal: a pessoalidade da pena, visto que, quando se priva o recluso de suas relações sexuais normais, castiga-se também o cônjuge inocente (p. 220).*

Na atualidade, é possível afirmar que a privação de relações sexuais corresponde a um tratamento cruel dentro das prisões, representando uma punição excessiva e sem justificação legal (Bitencourt, 2004). Todavia, quando a maioria dos autores tratam da visita íntima, simplesmente fecham os olhos para a mulher em condição de encarceramento.

Ainda há grande dificuldade para reconhecer o direito da mulher sobre o próprio corpo, seus direitos sexuais e reprodutivos na sociedade em geral. A dificuldade é ainda mais grave para as presas (Lima, 2006). Permitir a visita íntima significaria conceder liberdade feminina numa sociedade ainda patriarcal e sexista, na qual, embora seja garantida constitucionalmente a igualdade entre os sexos, ainda se constata a discriminação das mulheres no quotidiano (Santos, Albuquerque, Santos & Silva, 2010)

É evidente o protecionismo discriminatório existente ao tratar da sexualidade feminina. A mulher encarcerada é desestimulada em sua vida sexual pela burocratização do acesso à visita íntima, havendo ainda que se considerar que o sistema punitivo brasileiro não possui uma coerência na execução da pena, fazendo com que os presidiários tenham de se adaptar às ideologias dos novos diretores (Buglione, 2000).

Constata-se que as mulheres são mais submissas aos regulamentos das prisões, tendo receio de lutar pelo direito à visita íntima, temendo ser consideradas promíscuas, reafirmando, assim, a predominância da educação patriarcal imposta há séculos (Santos et al., 2010). Muitas vezes, a discriminação vem das próprias encarceradas, pois a mulher

> *(...) se sente humilhada por manifestar o desejo de ter 'desejo', quando vai para a visita íntima. Neste caso, o delito é o desejo. E, sendo assim, ela é julgada e condenada. Nesse tribunal, as participantes são as próprias mulheres, sejam as que se encontram nas mesmas condições, isto é, presas, sejam as 'outras', isto é, mulheres trabalhadoras da instituição (Lima, 2006, p. 79).*

O discurso proclamado pelas autoridades e funcionários das instituições penitenciárias para justificar a desigualdade entre homens e mulheres, no tocante à visita íntima, tem como base argumentos de que a mulher engravida, tem necessidades sexuais diferentes das masculinas e, portanto, não necessitaria de relações sexuais (Lima, 2006).

Apresenta-se, ainda, a questão da homossexualidade circunstancial. A prisão acaba por desencadear, muitas das vezes, dependência e solidão afetiva, fazendo com que muitas mulheres mudem em relação à sua sexualidade, mudança essa que não decorre de opção ou de processos naturais. Portanto, durante a permanência nas prisões, tornam-se homossexuais circunstanciais. Há um rompimento com seu instinto sexual, segundo Buglione (2000). Como muitas mulheres não podem se relacionar com seus namorados ou parceiros, acabam se relacionando com quem está acessível, a exemplo do que também ocorre em outras instituições totais.[8]

8. Julita Lemgruber (1983, p. 105-106) demonstra, a partir de pesquisa empírica realizada no Instituto Talavera Bruce que, dentre as mulheres encarceradas, um grande número via na relação ho-

Por outro lado, existe uma parcela de presidiárias homossexuais que têm companheiras extramuros, que encontram, em grande parte dos estabelecimentos prisionais, grandes dificuldades para realizar a visita íntima, pois esta é de modo geral, mais difícil para parceiras do mesmo sexo, representando outra discriminação pautada pela orientação sexual, o que, em síntese, representa outra forma de homofobia.

4.1 Breves considerações acerca da cadeia feminina de Franca

A situação carcerária das mulheres na cidade de Franca não se apresenta diferente da situação de indignidade do restante do país. A cadeia feminina de Franca, inicialmente, um estabelecimento de detenção masculino, passou a abrigar mulheres quando da construção de um Centro de Detenção Provisória na cidade, no ano de 2010. É necessário salientar que não foi realizado nenhum tipo de reforma no sentido de atender as necessidades específicas femininas. Como é comum em todo o país, nos estabelecimentos originariamente destinados à detenção masculina, são adaptadas celas para mulheres, sem qualquer preocupação com a ressocialização, sem creche ou berçário para seus filhos.

O número de mulheres encarceradas é flutuante, de modo que não foi possível obter, por meio de documentos carcerários, dados como etnia, idade ou escolaridade das encarceradas. Quando da realização da pesquisa, a cadeia feminina abrigava 126 mulheres: 6 delas (5%) cumprindo pena no regime semiaberto, estavam na APARE (Associação de Proteção e Amparo aos Reeducandos e Egressos), localizada ao lado da cadeia. As outras 120 mulheres (95%) estavam abrigadas em 16, das 28 celas que a instituição oferece.

Dentre as 126 reclusas, 61 (48,5%) eram provisórias e ainda estavam aguardando sentença. A maioria delas, 65 (51,5%) eram efetivamente condenadas, o que demonstra a precariedade do sistema penitenciário brasileiro, vez que as cadeias públicas são destinadas ao abrigo de presos provisórios, não dispondo de uma equipe de profissionais especializados para acompanhar esses últimos durante o período de encarceramento.

Algumas das reclusas, por apresentarem bom comportamento e estarem há mais tempo na cadeia, tornam-se responsáveis pela organização do estabelecimento e atuam como intermediárias entre os carcereiros e as reclusas, ou mesmo entre as demais reclusas. Como recompensa, adquirem certa autoridade e são alojadas em celas maiores e menos lotadas.

O cotidiano das mulheres presas na Cadeia Feminina de Franca é marcado pela monotonia. As grades das celas abrem-se, todos os dias, às 8 horas da manhã, e fecham-se às 18 horas. A maior parte das detentas, no ano de 2011, realizava trabalhos oferecidos pela indústria francana, como costura manual de sapato, confecção de cigarros de palha e montagem de sacolas de papel. No entanto, quando da realização da pesquisa, já não era oferecido qualquer tipo de atividade laborativa. Algumas das encarceradas, por contra própria, confeccionavam artesanato e faziam tapetes de crochê. Cumpre ressaltar, porém, que sem trabalho formal dentro da Cadeia, as encarceradas não têm direito à remissão de pena, prevista no artigo 126 da Lei de Execuções Penais.[9]

As reclamações quanto à comida oferecida são constantes, o que leva algumas das presas a cozinhar precariamente, em fogões improvisados, seu próprio alimento quando têm condições de comprá-lo. São ainda constantes as reclamações quanto à falta de medicamentos e ao atendimento médico, que ocorre uma vez por semana e atende apenas a situações emergenciais.

4.2 A visita íntima

Não há, na cadeia feminina de Franca, qualquer regulamentação quanto à visita íntima, de forma que, para que pudéssemos ter acesso a informações sobre

mossexual um substituto capaz de aliviar a tensão resultante da impossibilidade de manter relações heterossexuais. A quase totalidade delas optaria pela relação heterossexual, ou mesmo heterossocial, se lhe fossem oferecidas essas alternativas.

9. Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

a dinâmica dessas visitas, fez-se necessária a elaboração de um convite às mulheres encarceradas para que respondessem a um questionário contendo perguntas acerca do estado marital, da existência de filhos, das visitas familiares e da visita íntima.

Das 126 mulheres que se encontravam na cadeia pública de Franca na data de aplicação dos questionários, 69 (54,7%) tiveram interesse em participar, indicando seu estado marital, se possuíam filhos, com quem eles ficaram após a prisão, de quem elas recebem visitas, se recebem visitas íntimas e com que frequência. A adesão de mais da metade das mulheres à participação na pesquisa é de certa forma representativa tendo em vista que boa parte das encarceradas não recebem visitas de seus companheiros, ou mesmo de seus familiares, e logo, responder às questões suscitadas poderia significar um reencontro com a dor, a angústia e a vergonha do abandono, ou mesmo com a culpa por terem rompido com o comportamento esperado, de mãe e esposa.

No entanto, para a apresentação dos dados presentes no questionário, faz-se necessário considerar somente a porcentagem de mulheres que se interessaram em participar da pesquisa.

Foi empregado no questionário a expressão "estado marital", uma vez que foi verificada a informalidade das relações conjugais dessas mulheres, ou seja, apesar de ter companheiros, não eram casadas oficialmente. Dentre as entrevistadas, 35 mulheres (50,7%) informaram seu *status* de amásia antes da prisão: viviam com os companheiros, em união estável, sem qualquer documentação. Outro número significativo foi o de mulheres solteiras, 24 (36,2%). Dentre as demais presas, 6 (8,7%) afirmaram ter namorado, havendo somente 2 (2,9%) presas casadas e 1 (1,4%) divorciada. Nenhuma se declarou viúva.

É clara a predominância de mulheres com filhos na cadeia pública de Franca: 61 (88,4%) das mulheres possuem filhos e somente 6 declararam não ter filhos (8,7%). A pergunta foi deixada em branco em um questionário. Uma das mulheres entrevistadas não soube o que responder no presente item, uma vez que, apesar de ter um filho, em razão do vício em drogas, perdeu a guarda da criança, que foi adotada por outra família.

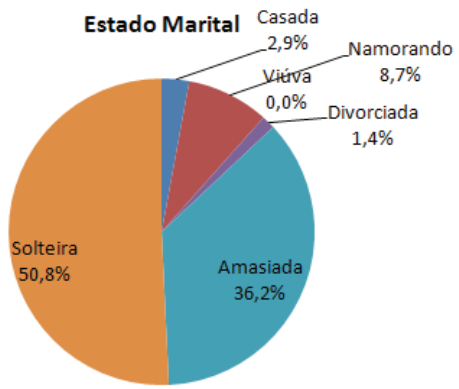

Gráfico 1. *Estado marital das presas na Cadeia Pública de Franca.*

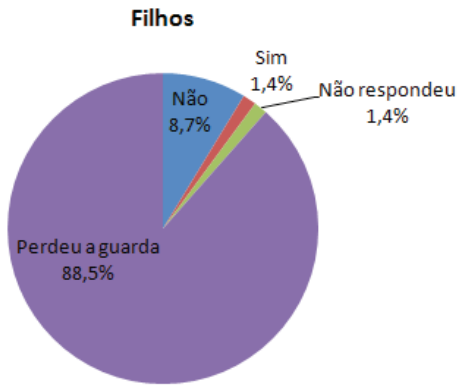

Gráfico 2. *Caracterização das presas na Cadeia Pública de Franca quanto a existência de filhos.*

A maternidade se apresenta como um dos principais aspectos da vida dessas mulheres em situação de confinamento, e também razão de grande sofrimento, pela preocupação em saber como e por quem estão sendo cuidados os filhos, por não poder cumprir seu papel de mãe. A condição feminina, no discurso das mulheres, está intimamente ligada à questão reprodutiva, como seu principal papel na sociedade.

No tocante ao recebimento de visitas comuns, é impressionante constatar que 32 mulheres (46,4%) não recebem qualquer tipo de visita. Isso mostra que, diferentemente do que acontece com os homens encarcerados, as mulheres são abandonada por suas famílias e companheiros, como forma adicional de punição por terem ferido não só o direito penal vigente, mas também rompido com o paradigma de

gênero, de ser frágil, dócil, esposas e mães exemplares, dedicadas às suas famílias e aos homens.

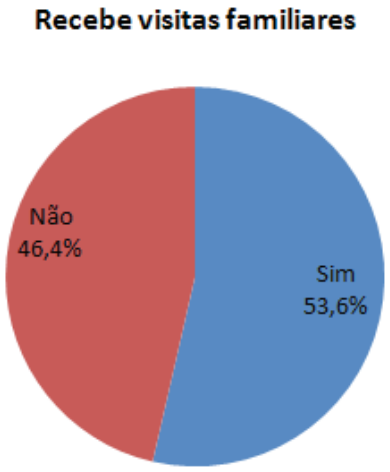

Gráfico 3. *Caracterização das presas na Cadeia Pública de Franca quanto ao recebimento de visitas familiares.*

Somado a isso, a administração penitenciária definiu como dia de visita as sextas-feiras, entre 8h e 14h, obstaculizando ainda mais o recebimento de visitas. Na maioria dos casos, os familiares das mulheres encarceradas trabalham no período supracitado e culminam por abandoná-las.

Dentre as 69 presas que responderam ao questionário, 13 delas (18,8%) recebem visita dos companheiros, 35 (50,7%) recebem visitas dos pais, 24 recebem visitas dos irmãos (34,8%). Embora 61 das presas (88,4%) tenham filhos, somente 24 (34,8%) recebem visitas destes. Ainda entre aquelas que recebem visitas, 2 (2,9%) recebem visitas de amigos e 2 (2,9%) recebem visitas de outros familiares diferentes dos elencados no questionário.

Quando perguntadas acerca do recebimento de visitas íntimas, todas as 13 mulheres que declararam receber a visita dos companheiros, também a realizam. Ou seja, 18,8% das reclusas que participaram da pesquisa recebem visita íntima. Deve-se atentar para o fato de que a visita íntima representa, para elas, um meio de manutenção dos laços conjugais. O encontro é visto como fundamental para que não se dê um distanciamento do parceiro, e também como garantia de receber visitas deste e também dos filhos.

Dessas mulheres que recebem a visita íntima, 7 (53,8%) delas responderam que a frequência é semanal, 3 (23,1%) responderam que a frequência é quinzenal, 2 (15,4%) responderam que a frequência com que recebem é mensal e apenas 1 (7,7%) afirmou receber a visita íntima menos de uma vez ao mês.

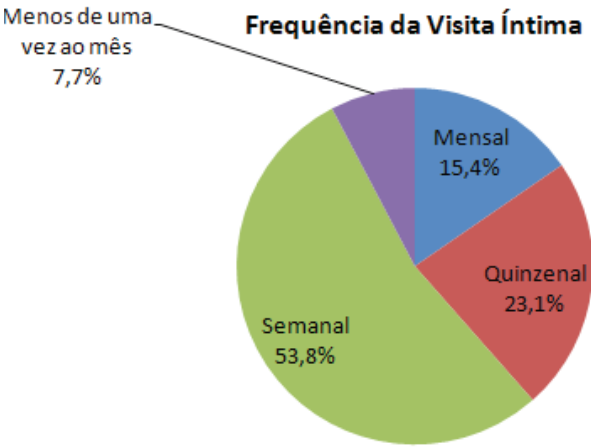

Gráfico 4. *Caracterização das presas que recebem a visita íntima na Cadeia Pública de Franca, quanto à frequência das visitas.*

A partir desses dados, bem como das conversas com as presas e os funcionários da cadeia, foi possível visualizar que a visita íntima é permitida na cadeia feminina de Franca, não há qualquer restrição ou exigência burocrática, como a apresentação de certidão de casamento ou comprovante de união estável para o seu recebimento.

No entanto, faz-se imperativo questionar se, em razão da aparente não restrição à visita íntima, não existe, ali, qualquer violência de gênero no que tange aos direitos sexuais bem como de que forma se dá a dinâmica da visita íntima.

Quanto ao primeiro tópico, cumpre ressaltar que as visitas, tanto íntimas quanto familiares, ocorrem durante a semana, em horário comercial. As mulheres, que diferentemente dos homens são muitas das vezes abandonadas por suas famílias, têm o recebimento das visitas ainda mais dificultado pela administração, especialmente nos casos em que são provenientes de outras cidades da região. A administração penitenciária, ao instituir esse horário para visitas, acaba por impor uma punição extra: a distância da família, dos

filhos, do companheiro, da vida extra muros.

Em relação ao segundo questionamento, fica claro que a visita íntima na cadeia feminina de Franca não ocorre de forma digna, descumprindo os preceitos da Resolução do CNPCP, bem como da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. A visita não ocorre em lugar reservado, onde a intimidade e a inviolabilidade sejam asseguradas. Ocorre, em verdade, dentro das próprias celas, lugar dividido com outras 7 ou 8 mulheres, onde não há sequer espaço para a realização do ato sexual, não se podendo falar em privacidade.

Além disso, a visita íntima ocorre no dia das visitas comuns, quando há, além das detentas, crianças e outros familiares circulando por entre os pátios, o que culmina por diminuir ainda mais a privacidade do casal que está realizando a visita íntima.

O art. 7º da Resolução nº 1 do CNPCP de 1999 dispõe que "incumbe à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da visita íntima, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização". O art. 9º do mesmo dispositivo, por sua vez, dispõe que "incumbe à direção do estabelecimento prisional informar ao preso, cônjuge ou outro parceiro da visita íntima sobre assuntos pertinentes à prevenção do uso de drogas, de doenças sexualmente transmissíveis e, particularmente, a AIDS".

A administração da cadeia feminina de Franca se omite na organização da dinâmica da visita, deixando de realizar o controle administrativo, cadastrar visitantes ou confeccionar um cronograma de visitas. Não existe um lugar específico, destinado à realização da visita íntima, nem sequer um horário diferenciado. A direção do estabelecimento prisional, em nenhum momento, procura orientar as mulheres presas ou seus parceiros sobre o planejamento familiar ou prevenção contra as doenças sexualmente transmissíveis.

É possível dizer, diante do quadro apresentado, que a administração da cadeia não assegura a visita íntima às mulheres que desejam fazê-la, apenas finge que não vê, a fim de evitar qualquer indisposição com as encarceradas. A visita íntima na cadeia feminina de Franca não é pensada pela administração de modo a favorecer o contato com o parceiro, não facilita a presença do mesmo ou visa qualquer manutenção do elo familiar.

A indignidade imposta pela administração quando da realização da visita íntima pode ser compreendida como uma punição adicional a essas mulheres que ousaram romper com o padrão de feminino ao se tornarem criminosas, e ousaram rompê-lo outra vez, ao exercer sua sexualidade dentro do cárcere.

5 Considerações finais

O estudo buscou compreender a dinâmica de realização das visitas íntimas nos estabelecimentos prisionais femininos brasileiros. A partir da pesquisa bibliográfica e dos questionários aplicados às encarceradas foi possível refletir sobre alguns aspectos desse universo.

As mulheres são uma parcela da população carcerária situada na invisibilidade, suas necessidades não são atendidas e sua dignidade é constantemente violada. As encarceradas encontram-se multiplamente excluídas e estigmatizadas. Carregam o estigma, inicialmente, de serem mulheres; as presidiárias são, em sua maioria absoluta, de baixa renda e escolaridade precária, carregando consigo a marca da pobreza. Posteriormente, com o seu ingresso na prisão, recebem a cicatriz de delinquente, que se perpetuará mesmo após alcançarem a liberdade.

No que tange especificamente à visita íntima, é possível afirmar que esta é um importante elemento para a ressocialização do recluso e da reclusa, estimulando a manutenção de laços afetivos e familiares. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, nesse sentido, editou a Resolução nº 1 de 1999 considerando ser a visita íntima um direito constitucionalmente assegurado aos presos, recomendado que os Departamentos Penitenciários Estaduais e congêneres se esforçassem ao máximo para garanti-la a homens e mulheres, hetero ou homossexuais.

Contudo, é evidente a ausência de equidade entre

homens e mulheres. A despeito da facilitação aos homens presos, as encarceradas são desestimuladas em sua vida sexual pela burocratização, ou mesmo impedimento, do acesso à visita íntima. Seu direito é negado, ou condicionado à discricionariedade da administração penitenciária.

A regulamentação da visita íntima feminina por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo não se mostrou efetiva nas situações fáticas analisadas. A mera regulamentação legislativa não surte nem surtirá qualquer resultado se, concomitante a ela, não se estabelecer uma nova forma de compreender o Direito, em todas as suas dimensões, onde ainda são muito fortes os valores machistas e patriarcais.

O problema da discriminação de gênero e de violação dos direitos fundamentais das mulheres tem raízes muito profundas, e sua superação representa um desafio individual e coletivo, no sentido de transformação das relações de gênero nas quais não sejam legitimadas *desigualdades inferiorizadoras* tampouco *igualdades descaracterizadoras*, a fim de garantir a capacidade de autodeterminação das mulheres e a efetivação dos direitos da humana.

6 Referências

Andrade, V. R. P. (1999). Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In C. H. Campos (org.). *Criminologia e feminismo* (pp. 105-117). Porto Alegre: Sulina.

Andrade, V. R. P. (2003). *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal* (2 ed). Porto Alegre: Livraria do Advgado.

Andrade, V. R. P. (2004). Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, 48 (1),* 260-290.

Angotti, B. (2012). *Entre as leis da ciência, as leis do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil.* São Paulo: IBCCrim.

Bachin, M. (2007). *Ninguém é mulher impunemente: a opressão de gênero no sistema prisional brasileiro.* (Monografia de Graduação). Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista, Brasil.

Bitencourt, C. R. (2004). *Falência da pena de prisão: causas e alternativas* (3 ed). São Paulo: Saraiva.

Braga, A. G. M. & Angoti, B. (no prelo) *Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras de exercício de maternidade por mulheres em situação de prisão*. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL-MJ) & Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Buglione, S. (2000). A mulher enquanto metáfora do Direito Penal. *Jus Navigandi, 38 (5).* Disponível em http://jus.uol.com.br/revista/texto/946

Castilho, E. W. V. (2007). Execução da pena privativa de liberdade para mulheres: a urgência de regime especial. *Justitia*, *64,* 37-45. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25947/execucao_pena_privativa_liberdade.pdf?sequence=1

Castro, M. P. (2010). A dignidade do preso na execução penal e a responsabilidade do Estado. In P. C. C. Borges (org.). *Perspectivas Contemporâneas do Cárcere* (pp. 73-128). São Paulo: Unesp.

Centro de Estudios Legales y Sociales; Ministerio Público de la Defensa de la Nación; Procuración Penitenciaria de la Nación (2011). *Mujeres en prisión: los alcances del castigo.* Buenos Aires: Siglo Veinteuno.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília. In Vade Mecum (9 ed., 2010). São Paulo: Saraiva.

Dussel, E. (1977). *Filosofia da libertação na América Latina.* São Paulo: Loyola, Unimep.

Espinoza, O. (2004). *A mulher encarcerada em face do poder punitivo.* São Paulo: IBCCrim.

Facchini, M. I. O. S. (1999). Visita íntima: direito do preso. *Boletim IBCCRIM, 7 (83),* 8-9.

Facio. A. & Camacho, R. (1995). Em busca das mulheres perdidas – ou uma aproximação – crítica à criminologia. In *Mulheres: vigiadas e castigadas* (pp. 39-74). São Paulo: CLADEM Brasil.

Facio, A. (2002). Con los lentes de género se ve otra justicia. *El otro derecho, 28,* 85-102.

Franco, A. S. (2004). Prólogo. In O. Espinoza (org.). *A mulher encarcerada em face do poder punitivo.* São Paulo: IBCCrim.

Ilgenfritz, I. & Soares, B. M. (2002). *Prisioneiras – vida e violência atrás das grades.* Rio da Janeiro: Garamond.

Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (1984). Institui a Lei de Execução Penal. Brasília. In Vade Mecum (9 ed., 2010). São Paulo: Saraiva.

Lemgruber, J. (1999). *Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres* (2 ed). Rio de Janeiro: Forense.

Lima, M. (2006). *Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional* (Dissertação de Mestrado), Universidade de São Paulo, Brasil. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-24032008-085201/pt-br.php

Lombroso, C. & Ferrero, G. (1923). *Donna delinquente, la prostitua e la donna normale*. Torino: Bocca.

Martins, S. (2009). A mulher junto às criminologias: de degenerada à vítima, sempre sob controle sociopenal. *Fractal Revista de Psicologia 21 (1),* 111-123 Disponível em http://www.scielo.br/pdf/fractal/v21n1/09.pdf

Ministério da Justiça. (2008a). *Mulheres encarceradas: diagnóstico nacional. Consolidação dos dados fornecidos pelas unidades da federação*. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7BC9103B15-840B-4E57-93CF-7B00DA0A9041%7D&ServiceInstUID=%7B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%7D

Ministério da Justiça. (2008b). Execução Penal. In *Sistema Penitenciário no Brasil: dados consolidados.*

Brasília. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cnpcp//data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2A-E94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm

Ministério da Justiça. (2011). Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. In *Categorias e indicadores preenchidos: todas as Unidades da Federação*. Disponível em http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE-94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm

Rabenhorst, E. (2011). *Tem sexo o direito?* Disponível em http://generoedireito.blogspot.com/search?updated-max=2011-03-13T07:47:00--07:00&max-results=7

Resolução nº 1, de 30 de março de 1999. (1999). Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais. Brasília, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Santos, M. A.; Albuquerque, J.; Santos, J. P. & Silva, M. P. L. (2010). *A visita íntima no contexto dos direitos humanos: a concepção das reeducandas do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia.* Disponível em http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/M/Marli_Araujo_51.pdf

Severi, F. C. (2011). Direitos humanos das mulheres e a transversalidade de gênero no sistema de justiça. *Revista de Estudos Jurídicos. 15 (22),* 325-338.

Silva, A. D. (2011) *A invisibilidade da mulher encarcerada: os rebatimentos da exclusão social na vida das reclusas da Cadeia Pública Feminina de Franca/SP* (Trabalho de Conclusão de Curso de Serviço Social). Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Brasil.

Silva, L. P. (2011). Sistema prisional: sistema eficaz para a proteção das mulheres? In P. C. C. Borges (Org.). *Sistema penal e gênero: tópicos para a emancipação feminina* (pp. 11-27). São Paulo: Cultura Acadêmica.

Swanningen, R. van (1993). Feminsmo e Derecho Penal: ¿Hacia una política de abolucionismo o garantismo penal? In L. Hulsman et. al. (Org). *Criminologia crítica y control social: El poder punitivo del Estado* (pp. 119-148). Rosário: Juris.

Thomas, W. I. (1967). *The Unadjusted Girl: With Cades and Standpoint for Behavior Analysis*. New York: Harper & Row.

Zaffaroni, E. R. (1995). A mulher e o poder punitivo. In *Mulheres: vigiadas e castigadas* (pp.23-29). São Paulo: CLADEM Brasil.

Data de submissão/Submission date: 26.06.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 08.07.2014

PESQUISA EMPÍRICA DA GESTÃO PÚBLICA DOS SERVIDORES: mecanismos jurídicos para a modernização das administrações públicas dos entes federativos // *Irene Patrícia Nohara*[1]

Palavras-chave

Pesquisa empírica / Gestão pública / Servidores públicos

Sumário

1 Introdução
2 Aspectos metodológicos da pesquisa empírica
3 Reforma Administrativa, regime jurídico e modernização da gestão pública
4 Dados revelados e análise dos resultados da pesquisa
5 Proposta de alteração normativa pela criação do Plano de Gestão da Força de Trabalho
6 Conclusões
7 Referências

Resumo

O presente artigo compreende a análise de uma parcela do material empírico produzido pela pesquisa do Projeto Pensando o Direito (edital especial 1/2012), referente aos mecanismos jurídicos para a modernização da gestão pública, realizada com fomento do PNUD. Foi empregado o método empírico-quantitativo, a partir da coleta de dados em formulários endereçados a 54 órgãos públicos de gestão de servidores das diversas Administrações Públicas de variadas esferas federativas brasileiras. Objetiva-se, a partir da introdução da problemática das insuficiências da última Reforma Administrativa, e da análise dos dados recebidos, oferecer soluções jurídicas aptas a promover uma gestão pública mais eficiente, considerando que a proposta de modernização administrativa deve acompanhar o projeto constitucional de desenvolvimento nacional. A análise dos dados coletados tem por finalidade demonstrar alguns aspectos do panorama geral da gestão pública dos servidores, obtidos em função do regime jurídico, das faixas de remuneração, da duração da jornada de trabalho, da presença de mecanismos de promoção e da qualificação da força de trabalho. Espera-se enfatizar a necessidade de um planejamento estratégico da força de trabalho dos entes federativos como instrumento relevante para que se atinja maior eficiência e envolvimento dos servidores públicos, em função das demandas de políticas públicas existentes na agenda do Estado brasileiro, aspecto que não foi considerado detidamente quando do planejamento da última Reforma Administrava.

1. Doutora e Livre-Docente em Direito do Estado (USP), Professora-Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (Uninove), instituição na qual foi desenvolvido o projeto.

Deve-se registrar o agradecimento caloroso aos pesquisadores que auxiliaram intensivamente na coleta dos dados solicitados, que são: Liziane Parreira, Daniela Bittencourt, Rodolfo Luiz Maderic Richardo, os três agora já mestres em Direito, Anderson Nogueira, mestrando, e Erika M. Tsukada (graduanda em Direito, pela Uninove, e mestre em geografia pela USP), bem como ao estatístico Marcos Toyotoshi Maeda e aos professores Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Vladmir Oliveira da Silveira, coordenador do programa.

Email. irene.nohara@uol.com.br.

EMPIRICAL RESEARCH ON THE MANAGEMENT OF PUBLIC SERVANTS: legal mechanisms for the modernization of the public administration of Brazilian federal units // *Irene Patrícia Nohara*

Keywords
Empirical research / Public management / Public servants

Abstract
This paper aims to analyze part of the empirical data generated from a research performed for the Projeto Pensando o Direito (Project Thinking the Law) on the mechanisms for modernization of public management, supported by United Nations Development Program (UNDP). The quantitative-empirical method was used here for data collection from public agencies of public servants management of 54 Brazilian federal units. By showing the problems that the latest Administrative Reform did not solve when it tried to stimulate efficiency, this paper offers legal solutions that should promote a more efficient public management. It does so by taking into account that the modernization of the public administration should follow the constitutional project of national development. The data analysis was completed to construct a comparative picture of the management from public servants of different Public Administrations, concerning its legal regime, due to pay bands, length of working hours, and the presence of mechanisms for promotion and qualification of its workforce. We intended to emphasize the need for strategic planning concerning the public servants workforce of the federal units, an issue that was not considered carefully enough in the last Administrative Reform.

1 Introdução

O presente artigo contempla um recorte[2] da pesquisa denominada "Gestão da Força de Trabalho entre os Entes Federativos da Administração Pública", realizada no âmbito do Projeto Pensando o Direito – volume 49-I (Nohara et al., 2013), que abordou a temática da gestão pública dos servidores públicos dos diversos entes federativos brasileiros com o objetivo de oferecer um diagnóstico comparativo de diversas questões relacionadas com a força de trabalho das Administrações Públicas e contribuir com sugestões de aprimoramento dos mecanismos jurídicos utilizados para a modernização do Estado.

Este artigo visa apresentar os resultados da pesquisa, realizada entre 2012 e 2013, bem como apresentar os caminhos metodológicos trilhados pela equipe e seus reflexos na construção dos resultados. Foram utilizados múltiplos métodos (Nielsen, 2010, p. 953), entre os quais será dado especial relevo, para a finalidade do presente trabalho, ao método empírico-quantitativo, realizado a partir da coleta de dados em formulários endereçados a 54 secretarias de gestão de pessoal ou órgãos congêneres (diretorias) de diversas Administrações Públicas em esferas federativas brasileiras.

A última Reforma Administrativa no Brasil, da década de noventa, tentou equacionar alguns problemas nos mecanismos jurídicos presentes na Constituição de 1988 para promover uma modernização na máquina administrativa, sob a alegação de aumentar o desempenho do Estado em face da globalização e da integração das economias em escala mundial.

A partir da exposição das características principais dos três movimentos de Reforma Administrativa do século XX, objetiva-se problematizar se as soluções de flexibilização do regime jurídico apresentadas pela última grande reforma são adequadas para o objetivo de promoção da eficiência do Estado. Para tanto, descarta-se a proposta supostamente modernizante que se divorcie do projeto de desenvolvimento presente na Constituição de 1988, sendo posto em dúvida a noção de que a flexibilização propugnada traga tantos benefícios do ponto de vista do incremento da capacidade dos órgãos públicos.

Para refletir sobre o atual desenho do estado da arte da gestão pública de recursos humanos nas variadas Administrações Públicas brasileiras, foi realizado o mapeamento empírico de dados solicitados às secretarias de gestão de pessoal dos entes federativos.

Os dados agora expostos permitem ao pesquisador do direito administrativo ou da gestão pública ter acesso a um repertório de informações atualizadas e aptas a gerar uma melhor compreensão de alguns elementos-chave para a tomada de decisões no âmbito da realidade do regime jurídico administrativo e também das políticas públicas voltadas ao incremento do desempenho dos servidores públicos, questão que não deixa de ter contornos de acentuada juridicidade a partir do momento em que a eficiência foi positivada pela Emenda Constitucional nº 19/98 no caput do artigo 37 da Constituição como um princípio normativo a orientar a gestão pública.

Por fim, será exposta a solução encontrada pela equipe no sentido de oferecer um produto normativo inovador que provoque não apenas a articulação da gestão dos recursos humanos com as demandas das políticas públicas, mas também o aprofundamento da democracia no planejamento estatal.

2 Aspectos metodológicos da pesquisa empírica

O edital da Secretaria de Assuntos Legislativos contemplava o título Gestão da força de trabalho entre os Entes Federativos da Administração Pública. Por conseguinte, o primeiro passo na delimitação da pesquisa foi estabelecer quais entes federativos seriam analisados. O objetivo da pesquisa era fornecer um quadro comparativo da gestão da força de trabalho na federação brasileira. Logo, determinou-se que todos os entes deveriam estar representados na pesquisa, isto é, a União, de onde se originou o edital de fomento, os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios.

Em 2013, período de realização da pesquisa, o Brasil contava com 5.570 municipalidades, conforme dados

2. O recorte foi feito conforme sugestão recebida a propósito da participação no III Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, realizado pela Rede de Pesquisa Empírica em Direito, em 2013, na Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto.

do IBGE. Diante das condições temporais e humanas do projeto, não seria possível, no espaço de tempo destinado à realização de toda pesquisa, que não foi maior do que dez meses, contados da formalização da Carta de Acordo nº 20976 entre o governo federal, o PNUD e a Universidade Nove de Julho (Uninove), cotejar os dados de todas as Municipalidades brasileiras. Delimitou-se, por conseguinte, que se trabalharia somente com as municipalidades-sede de capitais dos estados, que geralmente abarcam cidades grandes.

Com base nestes critérios, estabeleceu-se que seriam pesquisados dados das gestões de 54 entes federativos, dentre os quais: a União, o Distrito Federal, os 26 estados-membros (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Tocantins, Pará, Amapá, Roraima, Amazonas, Rondônia e Acre) e os 26 Municípios localizados em sede de capitais dos Estados-Membros (Porto Alegre, Florianópolis, Curitiba, São Paulo, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, Vitória, Cuiabá, Campo Grande, Goiânia, Salvador, Aracajú, Maceió, Recife, João Pessoa, Natal, Fortaleza, Teresina, São Luís, Palmas, Belém, Macapá, Boa Vista, Manaus, Porto Velho e Rio Branco).

No processo de elaboração do formulário, que foi discutido também com os consultores do Projeto Pensando o Direito, em reuniões que ocorreram não apenas em São Paulo, mas também em Brasília, entendeu-se por bem inserir as seguintes categorias de dados a serem solicitadas às secretarias de gestão dos mencionados entes: (i) o total de servidores públicos, classificados nas seguintes categorias funcionais de estatutários, celetistas, comissionados ou admitidos estáveis, conforme art. 19 do ADCT; (ii) quantitativo de servidores em função de faixas de remuneração; (iii) duração da jornada de trabalho em números de servidores; (iv) presença de mecanismos de promoção; e (v) quantidade de servidores em função da sua formação.

Como o objetivo da pesquisa era analisar a gestão da força de trabalho das Administrações Públicas dos entes federativos, entendeu-se que tais dados, além de serem de fácil acesso pelas secretarias de gestão que lidam com folha de pagamento e com os demais aspectos mais organizacionais dos recursos humanos, auxiliariam na configuração de um panorama comparativo entre a realidade dos diversos entes pesquisados.

Delimitados os assuntos que constariam do formulário quantitativo, foi feito o levantamento dos contatos referentes a cada secretaria de gestão ou órgão similar responsável pela força de trabalho (recursos humanos) dos entes federativos, para que fossem utilizados duas formas de contato: (1) o telefônico, com o responsável pela secretaria, e, depois da exposição da importância da pesquisa, (2) o envio, por e-mail, do formulário para preenchimento dos dados solicitados.

Ocorre que, logo no primeiro mês de levantamento dos dados (setembro de 2012), tal forma mostrou-se insuficiente. Apesar de as leis de processo administrativo dos diversos entes federativos falarem, em geral, do formalismo moderado ou mitigado (Nohara & Marrara, 2009, p. 195), constatou-se, a partir destes contatos, que havia uma tendência de os órgãos recorrerem a exigências de caráter mais formal para supostamente envidarem esforços no fornecimento das informações.

Uma possibilidade que foi aventada pela equipe foi de que a formalização excessiva pudesse ser utilizada como escudo para justificar a ausência de atendimento aos dados requisitados. Ressalte-se, contudo, que apenas um dos 54 entes federativos pesquisados, atendeu rápida e eficientemente à solicitação dos dados da forma como inicialmente pedidos: o Estado de Minas Gerais.

Ainda, muitos dos funcionários que atendiam aos telefonemas não queriam se responsabilizar pelo preenchimento do formulário. Outros, quando se comprometiam, não atendiam num contato posterior o telefone ou, se atendiam, dificultavam o acesso, exigindo que se ligasse várias vezes para estabelecer outro contato. Diante destas dificuldades, optou-se, com o relevante auxílio da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, por uma nova estratégia mais apta a assegurar maior oficialidade e

formalismo à pesquisa.

Solicitou-se o envio de um ofício, assinado pelo Secretário de Assuntos Legislativos (SAL/MJ), expondo a importância da pesquisa, sendo o formulário enviado anexo em Carta Registrada. Paralelamente à medida de "oficialização", houve a cobrança dos dados digitalmente, por e-mail e telefonemas, o que facilitaria inclusive na organização posterior das informações.

O ofício, assinado pelo Secretário de Assuntos Legislativo, trazia o logo do PNUD, do governo federal e do Projeto Pensando o Direito. No conteúdo, o documento enfatizava o objetivo do projeto em democratizar o processo de elaboração legislativa, a partir da interlocução com equipes de pesquisa acadêmica de todo o país, apresentando a equipe da pesquisa e a proposta sobre gestão pública dos entes e mencionando, como forma de expor a legitimidade da iniciativa e a qualificação da pesquisa, que o Projeto Pensando o Direito recebera o 15º prêmio de inovação na gestão pública federal, em concurso organizado pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Advertia-se, por fim, que a disponibilização dos dados era de suma importância para a garantia dos resultados da pesquisa empírica, o que viabilizaria resultados de interesse geral.

A Carta Registrada, por sua vez, foi apta a gerar um protocolo. Tal protocolo era demanda corrente de muitos dos funcionários contatados. Entretanto, mesmo após a tomada das medidas complementares, para adequação da pesquisa ao modus operandi burocrático, o que, acrescente-se, resultou em mais despesas, tendo em vista o envio de 54 cartas registradas com AR para diversos locais do Brasil, ainda assim, lamentavelmente, as dificuldades persistiram, o que tornou cada vez mais provável a hipótese aventada de que, em muitos dos casos, a formalização representava apenas um pretexto para a recusa com uma fundamentação mais específica.

Portanto, mesmo diante do cumprimento das exigências levantadas, ainda assim muitos dos entes contatados provocavam novas dificuldades para a ausência de disponibilização dos dados solicitados. Neste ponto, foi inevitável a associação da situação com aquela retratada nas obras de ficção kafkianas, a propósito da reflexão da burocracia.

Kafka, sobretudo nas obras O Processo e O Castelo, possui um narrador que não esclarece os fatos, para deixar obscuro o papel do protagonista diante da burocracia. As expectativas quase nunca são atingidas e quanto mais se tenta saber do andamento dos processos administrativos, tanto mais o protagonista se depara com respostas distantes e confusas, presentes em cadeias irracionais de auto-referências organizacionais (Nohara & Parreira, 2012, p. 60).

Assim, as dificuldades enfrentadas no levantamento de dados desta pesquisa se encaixam nas situações relatadas na ficção kafkiana, servindo a entropia da alegoria apresentada para reproduzir o funcionamento distante e evasivo de diversos órgãos públicos nos dias atuais, num labirinto de exigências irracionais que aumentam o grau de dificuldade daqueles que queiram levantar dados para análise mais detida do funcionamento da gestão pública.

Intensificou-se, pois, a cobrança inicial de quinze em quinze dias para ligações semanais aos órgãos de recursos humanos, e foram constantes as respostas obscuras e evasivas, tendo em vista que mais de uma resposta foi dada ao telefone no sentido de que não se encontrava o documento que gerou o protocolo, mesmo com a descrição do número do protocolo a partir do recebimento do AR com ele preenchido, após entrega da Carta Registrada pelo correio na repartição contatada, o que comprovava a existência do protocolo.

Além da inserção de complexidades que aumentaram a insolubilidade da questão, houve até uma recusa explícita de participação na pesquisa por parte do município de Palmas. A recusa ocorreu por e-mail, tendo sido redigida nos seguintes termos: "Em atenção à solicitação quanto a resposta do Projeto Pensando o Direito, vimos informar que não participaremos do mesmo. Grata. Diretoria de Recursos Humanos – SEPLAG". Data do recebimento: 7.2.2013.

Havia a expectativa de que a vigência da Lei de Acesso à Informação auxiliaria no recebimento das informações, principalmente diante do fato de que

estas informações deveriam ser de acesso de todos os cidadãos, ainda mais que a lei prevê que se a informação estiver disponível (o que deveria ser o caso da maior parte das informações solicitadas), ela deve ser entregue imediatamente ao solicitante. Caso não seja possível conceder acesso imediato, o órgão ou a entidade tem até 20 dias para atender ao pedido, prazo que pode ser prorrogado por mais dez dias, desde que haja justificativa expressa (art. 11, § 1º, da Lei nº 12.527/2011).

Este é o "dever ser", mas no caso da presente pesquisa empírica aconteceu que, mesmo com a invocação constante dos supostos "direitos" previstos na Lei de Acesso à Informação, dos 54 órgãos públicos contatados desde setembro de 2012, somente 14 atenderam à solicitação dos dados,[3] o que corresponde a um quarto deles, sendo que, além do recebimento de alguns formulários parcialmente preenchidos (incompletos), foram necessários cinco meses de cobrança intensiva, prazo que violaria uma razoável duração do processo administrativo, principalmente diante do fato de que a pesquisa tinha um prazo de duração e fomento. Foram arquivados na documentação todos os e-mails enviados, bem como as cópias dos avisos de recebimento das Cartas enviadas.

3 Reforma Administrativa, regime jurídico e modernização da gestão pública

A pesquisa empírica fez parte de projeto que indicava a necessidade de sugestões de mecanismos jurídicos de aprimoramento da gestão da força de trabalho das diversas Administrações Públicas brasileiras. Logo, como condição para o alcance de tal objetivo, havia a necessidade de revisar quais foram as características principais das reformas administrativas, no tocante às transformações do regime jurídico dos servidores públicos, que constituem a força de trabalho dos entes federativos.

É universal o desejo de reformar o Estado para imprimir-lhe maior eficiência. No caso brasileiro, podem ser mencionados, ao longo do século XX, três grandes movimentos de reforma que procuraram alterar as estruturas das Administrações Públicas, tendo em vista a modernização da gestão pública (Nohara, 2012, p. 7).

O primeiro movimento transformador das práticas administrativas de relevo a que se deve fazer alusão ocorreu no período Vargas do final de década de 1930. Mesmo diante das diversas leituras que são extraídas da atuação de Getúlio Vargas – que angariou sentimentos e percepções variadas, extremadas até, tanto do ponto de vista negativo, com o populismo, o controle dos sindicatos e a tendência autoritária, quanto do ponto de vista positivo, com a edição da festejada legislação trabalhista, a qual, segundo Bercovici (2005, p. 18), não foi mera "concessão" do Estado aos trabalhadores, e a visão de que o Estado teria um papel significativo de impulsionar o processo de industrialização nacional –, somente a partir deste período histórico houve a percepção mais profunda de que as deficiências administrativas eram centrais à explicação do atraso econômico do país.

Foram tomadas medidas concretas de reestruturação da máquina administrativa, a exemplo da criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), que foi responsável por transformar as relações de poder no âmbito administrativo rumo à profissionalização do funcionalismo.

O próximo movimento de reforma da estrutura administrativa se deu no final de década de 1960, a partir dos governos militares. Foi uma reforma também bastante controvertida. Entre os analistas dos efeitos modernizantes da gestão pública, existem os que enxergam a opção dos militares por um modelo de dependência associada aos Estados Unidos, e aqueles que veem nas propostas da época as raízes do modelo gerencial – e não na proposta que viria na década de 1990. Do ponto de vista prático, não se pode deixar de identificar um hiato entre o discurso de con-

3. Nas seguintes datas de recebimento de formulário preenchido: Minas Gerais, em 25.09.2012; São Paulo Município sede de Capital, em 9.11.2012; Mato Grosso do Sul, em 14.11.2012; Distrito Federal, em 3.12.2012; Recife, em 21.12.2012, sendo recebido incompleto; Aracajú, em 2.01.2012, chegou à Uninove por Carta endereçada pelo Ministério da Justiça; Mato Grosso, em 9.01.2013; Belo Horizonte, em 31.1.2013; Boa Vista: em 6.2.2013, tendo o preenchimento sido incompleto; Goiás, em 7.02.2013; Cuiabá, em 8.02.2013; Goiânia, parte em 8.02.2013 e o restante em 15.02.2013; Acre, em 15.2.2013, em arquivo corrompido; Porto Velho, em 15.02.2013; e União, formulário parcialmente preenchido e entregue em 15.02.2013.

tratualização, adotado por Hélio Beltrão (1968, p. 11), incumbido de auxiliar na reforma administrativa, e a prática centralizadora e estatizante dos governos militares que supostamente apoiavam a reforma, haja vista a criação de diversas estatais no contexto de edição do Decreto-Lei nº 200/67.

Já a última grande reforma administrativa que sofreu o Estado brasileiro ocorreu em meados dos anos 1990, capitaneada pelo então Ministro Bresser Pereira, que estava à frente do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare). Os objetivos principais da Reforma da década de 1990 estão expostos em um documento denominado "Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado" (PDRAE), que visava a alterar o regime jurídico dos servidores, a partir da ampliação das contratações celetistas, do fomento à iniciativa privada de interesse público e da retração da atuação do Estado na prestação de atividades, sendo intensificada sua função regulatória da atividade econômica.

Segundo expõe Fernando Luiz Abrucio (2006, p. 190), houve inspiração nas experiências da new public management, na sua primeira fase, denominada gerencialismo. Daí que se fala também em modelo gerencial.

Do ponto de vista crítico, a proposta de reforma da década de 1990 dissociava o projeto de modernização administrativa do projeto constitucional de desenvolvimento. Primeiro porque o próprio PDRAE, ao anunciar as mudanças que pretendia fazer no regime dos servidores, tecia duras críticas aos entraves jurídicos criados pela Constituição de 1988, tanto que a Emenda Constitucional nº 19/98 possui pontos que foram duramente criticados pelos administrativistas.

Um exemplo deste movimento foi a tentativa de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando de reunião ministerial, em nome dos administrativistas que integravam o encontro, a exemplo da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, interrompida na fala, de criticar, em reunião com o Ministro Bresser Pereira, a flexibilização da estabilidade por fatores alheios ao desempenho ou à conduta do servidor público, no caso da perda do cargo público por servidor estável por excesso de despesa com pessoal ativo e inativo dos entes federativos. Mesmo diante da rejeição a esta medida pelo grupo de juristas, a inserção que acabou sendo feita pela Emenda Constitucional nº 19/98 no artigo 169, § 4º, da Constituição.

Depois, segundo o PDRAE, o Estado deveria deixar de ser "responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortelecer-se na função de promotor e regulador do desenvolvimento" (Nohara, 2012, p. 79). Ora, esta tentativa de demissão do Estado de parcela da função de prestador direto de serviços público e, por decorrência, de realização dos direitos sociais, provocaria efeitos significativos na promoção dos objetivos constitucionais de garantia do desenvolvimento nacional, sobretudo na vertente associada à redução das desigualdades sociais.

O plano questionava a atuação direta do Estado no domínio econômico, como meio utilizado no século XX para obtenção da estabilização econômica e de desenvolvimento, considerando que seria necessário transferir para o setor privado atividades que pudessem ser controladas pelo mercado, daí a ênfase nos processos de privatização.

Para dar conta da ampliação especializada das contratualizações e delegações viabilizada pela descentralização propugnada pelo PDRAE, foi estruturado, com inspiração na organização norte-americana, um sistema de agências reguladoras. Tal estruturação teve de ser submetida a inúmeras adaptações, pois a ideia de se criar agências por contratos de gestão e admitir servidores celetistas foi rechaçada por incompatibilidade com a sistemática constitucional. Em suma, o regime jurídico celetista para o pessoal das agências reguladoras, que foi criado pelo art. 1º da Lei nº 9.986/00, foi rejeitado liminarmente na ADI 2.310-1/DF,[4] sendo depois revogado pela Lei nº 10.871/04, que lhes aplicou o regime estatutário.

Ficou patente que o transplante, sem maiores adaptações, de institutos presentes em outros países, com características culturais distintas, não representava

4. A ADI 2.310-1/DF concedeu liminar para suspender a eficácia do art. 1º da Lei nº 9.986/00, reconhecendo ser incompatível a atividade desempenhada pela agência reguladora o regime do emprego público.

solução compatível com as características do ordenamento jurídico e da realidade cultural nacional.

A propugnada flexibilização do regime jurídico representa também muito retrocessos em relação a conquistas sociais baseadas nos princípios republicano e democrático, pois a estabilidade, que se intentou (sem tanto sucesso para o caso das agências reguladoras) flexibilizar possui também seu efeito positivo. O regime estatutário representa uma garantia para a sociedade de que os servidores públicos tenham carreiras que estejam a salvo de cooptações partidárias e que se engajem perene e legalmente no cumprimento das missões constitucionais.

Pode ser apontado como ilustrativo deste argumento o estudo apresentado, em Washigton, por Katherine Bersch, Sérgio Praça e Matthew Taylor, "State Capacity and Bureaucratic Autonomy within National States: mapping the archipelago of excellence in Brazil" (2013), no qual, a partir do mapeamento de dados obtidos na mídia, no Portal da Transparência do Governo Federal, no Supremo Tribunal Federal e no Ministério do Planejamento, houve a análise comparativa de cem órgãos e entidades. A capacidade dos órgãos e entes públicos foi categorizada a partir dos seguintes fatores: solidez e tempo médio das carreiras, salário, proporção de concursados em postos-chave, menor número de servidores cedidos e distribuição de cargos em comissão a apadrinhados políticos.

Foram identificados como "ilhas de excelência" em meio a ambientes que demandam maior capacitação: o Banco Central, a Polícia Federal e a Controladoria Geral da União, em contraposição ao baixo desempenho do setor de infraestrutura, mormente nos Ministérios do Esporte, do Turismo e da Cultura (Bersch, Praça & Taylor, 2013).

Constatou-se que, enquanto o Banco Central contempla em seus quadros analistas, procuradores e técnicos de nível superior, no Ministério dos Esportes os cargos de livre nomeação representam mais da metade dos quadros. A pesquisa também ponderou que quanto menor a proporção de funcionários de confiança de baixo e de alto escalão e de servidores concursados filiados a partidos políticos, maior a autonomia do órgão. Logo, o fato de os servidores terem um regime jurídico com estabilidade não foi fator que indicava menor eficiência do ente ou órgão pesquisado (Bersch et al., 2013).

Uma conclusão que se pode extrair desta pesquisa é que a estabilidade não é necessariamente um fator de ineficiência ou de acomodação, como se propaga no senso comum. Argumento que é explorado ao máximo nas reformas que pretendem reduzir alguns direitos dos servidores públicos.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 19/98, que resultou das propostas reformistas, trouxe uma nova hipótese de perda do cargo efetivo: por procedimento de avalição periódica de desempenho, segundo critérios estabelecidos por lei complementar.

Entende-se, pois, que a avaliação periódica de desempenho é um instrumento hábil a estimular a eficiência dos servidores, mas que ela surgiu de forma distorcida, uma vez que a preocupação central não era com o incremento do desempenho do funcionalismo, mas principalmente com o "corte de custos", dentro da máxima da new public management: "work better and cost less".

Esta mesma percepção é extraída da reflexão de Emerson Gabardo (2002):

> *Os governos que se sucederam na tentativa de inculcar uma mentalidade gerencial, em momento algum se preocuparam com a valorização do aparato humano na Administração. Ao contrário, a grande preocupação está somente na sua redução remuneratória, até porque, na última década, a grande e real preocupação se concentrou no ajuste do déficit público com a finalidade de redução inflacionária. Todas as outras finalidades ou foram acessórias ou tiveram o condão de legitimar simbolicamente a finalidade primordial (p. 66).*

O próprio Bresser Pereira ressentiu-se de que, quando da extinção do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), quando os próximos passos da reforma seriam dados, após as alterações estruturais feitas, a pauta do órgão foi transferida ao Ministério do Planejamento – o qual, dada preo-

cupação exclusiva com questões orçamentárias, relegou a gestão pública "ao terceiro escalão do governo" (2006).

Não só nos países do sistema do common law, que propagaram e adotaram os preceitos da new public management, segundo análise crítica de Matias-Pereira (2008, p. 79), mas também no Brasil, ainda hoje é grande a demanda por mecanismos jurídicos que induzam eficiência na gestão pública. Estes mecanismos, a nosso ver, só produzirão os resultados desejados se houver algum tipo de articulação da força de trabalho, enfocada da perspectiva humana (como pessoas que devem ser motivadas, tratadas com dignidade e que se estimulam também em função do exemplo dado por suas lideranças), e não de meros recursos à disposição das secretarias, com as pautas das políticas públicas prementes na sociedade brasileira, o que conforme será demonstrado com a pesquisa empírica, não acontece do ponto de vista jurídico.

Servidores	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Boa Vista	Porto Velho
Estatutários	2.018	8.582	106.621	27.811	29.264	19.268	3.844	5.691
Celetistas	9.034	74	0	3.865	371	0	481	1
Comissionados	793	316	3.858	2.558	5.305	3.805	1.022	533
Temporários	376	2.999	3.269	107	1.708	695	3.591	59
admitidos estáveis	25.285	0	2.119	623	2.436	3.756	0	1.809
Total	37506	11971	115.867	34.964	39.084	27.524	8.938	8.093

Tabela 1. *Divisão numérica dos regimes jurídicos de trabalho nos municípios-capitais.*[5]

Ademais, muitas das soluções apontadas na reforma da década de 1990, a exemplo da disseminação da contratação celetista, representam retrocessos em direitos que, no longo prazo, não resultam em incremento na eficiência da máquina, mas, ao contrário, tem implicam uma maior 'cooptação' dos servidores a interesses não necessariamente públicos. Como alerta Geddes (1994), bureaucrats need protection from politicians' efforts to transform state resources into particularistic benefits for supporters in order to respond effectively to popular demands (p. 49).

4 Dados revelados e análise dos resultados da pesquisa

Passa-se, neste item, à exposição e à análise das informações coletadas, organizadas em 22 tabelas que fornecem dados sobre a organização da força de trabalho das Administrações dos Entes Federativos.[6] As tabelas trazem informações acerca da força de trabalho de quatorze secretarias de gestão em recursos humanos dos entes federativos que participaram da pesquisa, que são: a União; o Distrito Federal; os Estados-membros de Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul; e os Municípios de São Paulo, Belo Horizonte, Cuiabá, Goiânia, Aracajú, Recife, Boa Vista e Porto Velho.

No tocante à distribuição percentual das categorias de servidores públicos, é possível notar que, nos entes que participaram da pesquisa, existe a predominância geral de servidores estatutários. As exceções, entre os Municípios, são Goiânia, onde há o predomínio de admitidos estáveis (67,4%, conforme tabela 2); e, entre os Estados, Minas Gerais, onde há 31,2% de estatutários, 32,8% de servidores temporários e 34,9% de admitidos estáveis (tabela 4).

5. Fonte: Nohara et al., 2013

6. Deve-se registrar que os dados foram organizados nas tabelas com o relevante auxílio do estatístico Marcos Toyotoshi Maeda.

Servidores	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Boa Vista	Porto Velho
Estatutários	5,4	71,7	92,1	79,5	74,9	70,1	43,0	70,3
Celetistas	24,1	0,6	0,0	11,1	0,9	0,0	5,4	0,0
Comissionados	2,1	2,6	3,3	7,3	13,6	13,8	11,4	6,6
Temporários	1,0	25,1	2,8	0,3	4,4	2,5	40,2	0,7
admitidos estáveis	67,4	0,0	1,8	1,8	6,2	13,6	0,0	22,4
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 2. *Distribuição percentual dos regimes de trabalho nos municípios-capitais.*[7]

Servidores	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
Estatutários	111.159	72.624	40.817	29.582	86.921	39.1924
Celetistas	1.746	417	0	74	0	12.972
Comissionados	7.069	7.250	2.110	2.141	3.045	7.450
Temporários	9.072	13.874	19.026	10.466	91.194	22.545
admitidos estáveis	0	0	3.454	7.002	97.289	150.279
Total	129.046	94.165	65.407	49.265	278.449	585.170

Tabela 3. *Divisão numérica dos regimes jurídicos de trabalho nos Estados/DF/União.*[8]

Servidores	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
Estatutários	86,1	77,1	62,4	60,1	31,2	67,0
Celetistas	1,4	0,4	0,0	0,2	0,0	2,2
Comissionados	5,5	7,7	3,2	4,3	1,1	1,3
Temporários	7,0	14,7	29,1	21,2	32,8	3,8
admitidos estáveis	0,0	0,0	5,3	14,2	34,9	25,7
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 4. *Distribuição percentual dos regimes jurídicos de trabalho nos Estados/DF/União.*[9]

Servidores estatutários são os que atualmente ingressam na Administração Pública por concurso público e que se submetem juridicamente a estatuto, isto é, a uma lei que rege sua relação funcional, diferentemente, por exemplo, do celetista, que se rege genericamente pela CLT, sendo esta parcialmente derrogada por normas de direito público. Já os admitidos estáveis são os integrantes da Administração Direta, autárquica e fundacional, que, mesmo que não investidos em concurso público, estavam em exercício na data da promulgação da Constituição há cinco anos continuados, tendo sido estabilizados pelo artigo 19 do ADCT.

7. Fonte: Nohara et al., 2013
8. Fonte: Nohara et al., 2013
9. Fonte: Nohara et al., 2013

Atualmente, admite-se também a contratação de temporários para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista no artigo 37, IX, da Constituição, sendo disciplinada por lei própria de cada esfera federativa.

Era de se presumir a predominância de estatutários, pois a pesquisa cotejou dados da Administração Direta, e foi excluída da análise a realidade das pequenas municipalidades, uma vez que a pesquisa abordou municípios-sede de capitais de Estados, sendo que, não obstante a tentativa de extinção do regime jurídico único pela Emenda Constitucional nº 19/98, ele foi restaurado com efeitos ex nunc pela ADIMC 2.135, em 2007.

Valores de remuneração	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Boa Vista	Porto Velho
ate R$ 2.000 reais	26.270	8.762	44.596	15.238	16.852	13.712	7.164	9.209
de 2.000 a 4.000 reais	10.974	1.734	60.167	10.688	12.659	6.169	1.262	2.644
de 4.000 a 6.000 reais	3.478	963	16.571	3.235	6.076	2.066	297	549
de 6.000 a 8.000 reais	1.917	281	9.076	2.428	1.326	1.303	77	303
de 8.000 a 10.000 reais	838	227	4.378	1.470	676	201	59	180
mais de 10.000 reais	996	164	4.191	1.505	1.495	532	79	161
Total	44.473	12.131	138.979	34.564	39.084	23.983	8.938	13.046

Tabela 5. *Remuneração em faixas – quantitativo de servidores: municípios-capitais.*[10]

Segundo parcela considerável da doutrina, o regime jurídico único aproxima-se mais da opção pelo estatutário (Di Pietro, 2012, p. 592), não obstante entendimentos no sentido de que pode haver opção, desde que homogênea nos entes da administração indireta (autarquias e fundações públicas) pelo regime celetista.

Foi feita, ainda, a coleta de dados referentes à remuneração dos servidores. Do ponto de vista jurídico, há regras de remuneração previstas na Constituição, no capítulo da Administração Pública, muitas das quais foram inclusive modificadas pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A fixação dos padrões de vencimento deve observar, conforme determinação contida no artigo 39, § 1º, da Constituição, a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; os requisitos para investidora; e as peculiaridades dos cargos.

Lei de cada ente federativo "poderá" estabelecer a relação entre a maior ou menor remuneração dos servidores públicos, em previsão contida no § 5º, do artigo 39 da Constituição, obedecido, em qualquer dos casos, o limite do teto remuneratório previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição. Lamentável a utilização pela Emenda Constitucional nº 19/98 do vocábulo "poderá", o que enfraquece a força obrigatória do preceito normativo. Caso o reformador tivesse desejado criar uma norma que transformasse a realidade das disparidades gritantes de remuneração no serviço público em âmbito nacional, deveria ter adotado o termo "deverá" (estabelecer), o que retiraria a discricionariedade na regulamentação legal.

10. Fonte: Nohara et al., 2013

Em relação ao quantitativo de servidores em função de faixas de remuneração, as tabelas 5 a 8 mostram a distribuição da força de trabalho em seis gradações: (1) remuneração de até dois mil reais; (2) entre dois e quatro mil reais; (3) entre quatro e seis mil reais; (4) seis a oito mil reais; (5) oito a dez mil reais; e (6) mais de dez mil reais.

Nos oito municípios-sede de capitais de estado, os dados revelaram haver o predomínio de classes salarias mais baixas. Conforme se observa dos dados estatísticos expostos na tabela 6, em Boa Vista, 80,2% dos servidores percebem até dois mil reais, sendo este percentual de 70,6% em Porto Velho e 70,2% em Cuiabá. No Município de São Paulo, no entanto, há mais servidores (43,3%) que percebem entre dois a quatro mil reais do que menos de dois mil reais (32,1%), mas, ainda assim, não há percentual tão expressivo (24%) que percebe mais do que quatro mil reais de remuneração (tabela 6).

Valores de remuneração	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Boa Vista	Porto Velho
ate R$ 2.000 reais	59,1	72,2	32,1	44,1	43,1	57,2	80,2	70,6
de 2.000 a 4.000 reais	24,7	14,3	43,3	30,9	32,4	25,7	14,1	20,3
de 4.000 a 6.000 reais	7,8	7,9	11,8	9,5	15,5	8,6	3,3	4,1
de 6.000 a 8.000 reais	4,3	2,3	6,5	7,0	3,5	5,4	0,9	2,3
de 8.000 a 10.000 reais	1,9	1,9	3,2	4,3	1,7	0,9	0,7	1,4
mais de 10.000 reais	2,2	1,4	3,0	4,4	3,8	2,2	0,9	1,2
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 6. *Distribuição percentual da remuneração em faixas nos municípios-capitais.*[11]

Os dados comparativos entre Estados, Distrito Federal e União, contidos quantitativamente na tabela 7 e percentualmente na tabela 8, revelaram também o predomínio das categorias salariais mais baixas. Minas Gerais, por exemplo, remunera em até R$ 2.000,00 81,3% de seus servidores públicos (tabela 8).

No Distrito Federal há o predomínio de categorias salariais discretamente mais altas, na comparação com os Estados-Membros, sendo que mais da metade dos servidores (51,3%) aufere entre quatro a oito mil reais, conforme tabela 8. A União também se destaca com o maior percentual (17,2%) de remunerações acima de dez mil reais (tabela 8), realidade que, a exceção do Distrito Federal (11,9%, de acordo com dado presente na tabela 8), não passa de 4,4% (percentual de Belo Horizonte, conforme tabela 6) nos demais entes pesquisados.

11. Fonte: Nohara et al., 2013

Valores de remuneração	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
ate R$ 2.000 reais	5.388	34.323	25.528	20.894	226.321	4.3945
de 2.000 a 4.000 reais	19.923	41.918	26.398	19.268	40.130	16.8643
de 4.000 a 6.000 reais	29.242	11.751	6.854	4.212	5.815	13.8387
de 6.000 a 8.000 reais	22.346	2.667	2.741	1.308	1.907	7.9795
de 8.000 a 10.000 reais	11.690	709	1.288	451	1.072	5.3509
mais de 10.000 reais	11.967	2.797	2.598	2.053	3.204	10.0891
Total	100.556	94.165	65.407	48.186	278.449	58.5170

Tabela 7. *Remuneração em faixas – quantitativo de servidores: Estados/DF/União.*[12]

Valores de remuneração	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
ate R$ 2.000 reais	5,4	36,4	39,0	43,4	81,3	7,5
de 2.000 a 4.000 reais	19,8	44,5	40,4	40,0	14,4	28,8
de 4.000 a 6.000 reais	29,1	12,5	10,5	8,7	2,1	23,6
de 6.000 a 8.000 reais	22,2	2,8	4,1	2,7	0,7	13,5
de 8.000 a 10.000 reais	11,6	0,8	2,0	0,9	0,4	9,0
mais de 10.000 reais	11,9	3,0	4,0	4,3	1,1	17,2
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 8. *Distribuição percentual da remuneração em faixas nos Estados/DF/União.*[13]

Os valores declarados como maiores remunerações variaram nos municípios, de acordo com os dados da tabela 9, entre R$ 15.000,00, em Boa Vista, até R$ 43.588,00, no caso de Recife. Quanto aos Estados, houve também grandes variações, encontradas na tabela 11: entre R$ 19.451,00 até R$ 49.747,00, sendo surpreendente que o Distrito Federal tenha declarado remunerar alguém com R$ 76.207, valor superior ao teto constitucional.

12. Fonte: Nohara et al., 2013
13. Fonte: Nohara et al., 2013

Valores de remuneração	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Boa Vista	Porto Velho
Maior valor	24.130,69	29.321,13	24.117,62	19.080,00	24.117,62	43.588,23	15.000,00	29.379,72

Tabela 9. *Maiores valores de remuneração: municípios-capitais.* [14]

Os valores das menores remunerações variam menos, pois estão todos nas proximidades do valor do salário mínimo (da época da pesquisa, pois o salário mínimo sofreu majorações nos seguintes anos: em 2012, foi de R$ 622, cf. Dieese; em 2013, R$ 678; e atualmente, 2014, está fixado em R$ 724), tanto dos municípios, como dos Estados, conforme se observa das tabelas 10 e 12. Interessante notar que a União alegou não remunerar menos de R$ 1.034,00.

Valores de remuneração	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Boa Vista	Porto Velho
Menor valor	678,00	678,00	630,00	622,00	622,00	622,00	622,00	702,84

Tabela 10. *Menores valores de remuneração: municípios-Capitais.*[15]

Valores de remuneração	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
Maior valor	76.207,31	24.117,62	24.117,00	42.083,24	49.747,13	19.451,00

Tabela 11. *Maiores valores de remuneração: Estados/DF/União.*[16]

Novamente o Distrito Federal enviou dados controvertidos, pois declarou, conforme se observa na tabela 12, que a menor remuneração seria de R$ 33,57 reais, o que é improvável, haja vista que a Súmula Vinculante nº 16 proíbe que a remuneração dos servidores públicos seja inferior ao salário mínimo.

Valores de remuneração	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
Maior valor	76.207,31	24.117,62	24.117,00	42.083,24	49.747,13	19.451,00

Tabela 12. *Menores valores de remuneração: Estados/DF/União.*[17]

Quanto à jornada de trabalho, foram estabelecidas duas faixas: de até seis horas e de seis a oito horas. São Municípios nos quais predomina a jornada de até seis horas: Cuiabá, Belo Horizonte, Recife e Aracajú (tabelas 13 e 14), sendo que nesta última municipalidade 95% dos servidores trabalham em até seis horas diárias. Já nos municípios de Goiânia, São Paulo e Porto Velho, há o predomínio de jornadas de seis a oito horas.

14. Fonte: Nohara et al., 2013.
15. Fonte: Nohara et al., 2013
16. Fonte: Nohara et al., 2013
17. Fonte: Nohara et al., 2013

Quantidade de servidores que trabalham	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Porto Velho
Em jornada de até 6 horas	12.644	15.701	48.846	20.286	37.115	17.587	3.958
Entre 6 a 8 horas	15.338	7.286	90.133	14.125	1.969	6.396	9.124
Total	27.982	22.987	138.979	34.411	39.084	23.983	13.082

Tabela 13. *Divisão numérica da duração da jornada de trabalho: municípios-capitais.*[18]

Quantidade de servidores que trabalham	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Porto Velho
Em jornada de até 6 horas	45,2	68,3	35,1	59,0	95,0	73,3	30,3
Entre 6 a 8 horas	54,80	31,7	64,9	41,0	5,0	26,7	69,7
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 14. *Distribuição percentual da duração da jornada de trabalho: municípios-capitais.* [19]

Entre os Estados pesquisados, são aqueles que possuem mais jornadas de até seis horas (tabelas 15 e 16): Minas Gerais (83,5%) e Mato Grosso (61,1%), nos demais predominam jornadas entre seis a oito horas. Ressalte-se que, na União, 94,8% das jornadas são de mais de seis horas.

18. Fonte: Nohara et al., 2013
19. Fonte: Nohara et al., 2013
20. Fonte: Nohara et al., 2013
21. Fonte: Nohara et al., 2013

Quantidade de servidores que trabalham	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
Em jornada de até 6 horas	18.841	20.883	39.950	15.825	232.487	30.283
Entre 6 a 8 horas	111.226	73.282	25.457	32.654	45.962	554.887
Total	130.067	94.165	65.407	48.479	278.449	585.170

Tabela 15. *Divisão numérica da duração da jornada de trabalho: Estados/DF/União.*[20]

Quantidade de servidores que trabalham	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
Em jornada de até 6 horas	14,5	22,2	61,1	32,6	83,5	5,2
Entre 6 a 8 horas	85,5	77,8	38,9	67,4	16,5	94,8
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 16. *Distribuição percentual da duração da jornada de trabalho: Estados/DF/União.*[21]

De todos os entes federativos pesquisados, o que teve o maior número de servidores promovidos no último ano foi o Município de São Paulo, conforme se extrai da tabela 17, com 43.075 servidores, em contraposição com Porto Velho, em que somente 1.857 servidores foram promovidos neste período.

Quantidade de servidores que progrediram ou foram promovidos no último ano	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Porto Velho
	5.755	43.075	16.430	19.030	1.857

Tabela 17. *Quantidade de servidores que progrediram: municípios-capitais.*[22]

Entre os Estados-membros pesquisados, que forneceram dados, note-se ter havido maior número de servidores promovidos no Estado do Mato Grosso do Sul (correspondente a 14.510 servidores).

Quantidade de servidores que progrediram ou foram promovidos no último ano	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Porto Velho
	6.622	1.926	8.278	14.510	6.994

Tabela 18. *Quantidade de servidores que progrediram: Estados/DF/União.*[23]

Por fim, no item qualificação dos servidores, nos municípios pesquisados, há o predomínio de servidores com ensino médio e superior completo (tabelas 19 e 20). O Município com maior percentual de servidores só com ensino fundamental foi Goiânia (21,8%, tabela 20), que, no entanto, "perde" em termos numéricos absolutos (8.585) para o Município de São Paulo, o qual, de acordo com a tabela 19, possui 19.593 servidores com tal formação, mas, conforme dito, não em termos percentuais, pois este número representa para a realidade paulistana apenas 14,2% dos servidores.

22. Fonte: Nohara et al., 2013
23. Fonte: Nohara et al., 2013
24. Fonte: Nohara et al., 2013

Grau de instrução	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Porto Velho
Ensino fundamental	8.585	1.965	19.593	3.119	7.093	3.573	758
Ensino médio	13.645	3.994	30.883	11.813	12.049	9.516	5.113
Ensino superior completo	10.820	3.923	86.366	15.739	11.134	13.897	3.871
Especialização	6.329		1.498	3.716	5.589	1.361	1.910
Mestrado			340	205	172	144	36
Doutorado			291	12	25	6	5
Total	39.379	9.882	138.971	34.604	36.062	28.497	11.693

Tabela 19. *Qualificação em função do grau de instrução: municípios-capitais.*[24]

Grau de instrução	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Porto Velho
Ensino fundamental	21,8	19,9	14,2	9,0	19,6	12,6	6,5
Ensino médio	34,7	40,4	22,2	34,1	33,4	33,4	43,7
Ensino superior completo	27,5	39,7	62,1	45,5	30,9	48,8	33,1
Especialização	16,0	0,0	1,1	10,8	15,5	4,9	16,4
Mestrado	0,0	0,0	0,2	0,6	0,5	0,5	0,3
Doutorado	0,0	0,0	0,2	0,0	0,1	0,0	0,0
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 20. *Distribuição percentual do grau de instrução: municípios-capitais.*

Também nos Estados há, conforme as tabelas 21 e 22, o predomínio de servidores com formação de ensino médio e superior completo, sendo que no Mato Grosso e em Minas Gerais há percentual considerável de servidores especialistas, respectivamente, 26,5% e 22,2%.

Grau de instrução	Goiânia	Cuiabá	São Paulo Capital	Belo Horizonte	Aracaju	Recife	Porto Velho
Ensino fundamental	21,8	19,9	14,2	9,0	19,6	12,6	6,5
Ensino médio	34,7	40,4	22,2	34,1	33,4	33,4	43,7
Ensino superior completo	27,5	39,7	62,1	45,5	30,9	48,8	33,1
Especialização	16,0	0,0	1,1	10,8	15,5	4,9	16,4
Mestrado	0,0	0,0	0,2	0,6	0,5	0,5	0,3
Doutorado	0,0	0,0	0,2	0,0	0,1	0,0	0,0
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 21. *Qualificação em função do grau de instrução: Estados/DF/União.*

O ente federativo que tem o maior número de servidores titulados com pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) é a União, totalizando 15,5% de seus servidores públicos, o que corresponde a 91.080 mestres e doutores, curiosamente tal número corresponde quase que a totalidade de servidores do Estado de Goiás (94.165).

25. Fonte: Nohara et al., 2013
26. Fonte: Nohara et al., 2013

Grau de instrução	Distrito Federal	Goiás	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	União
Ensino fundamental	4,5	16,7	4,4	8,9	10,6	8,7
Ensino médio	45,9	20,3	37,1	38,2	31,0	28,3
Ensino superior completo	36,7	61,7	29,5	45,4	35,7	43,7
Especialização	11,5	1,3	26,5	6,2	22,2	3,8
Mestrado	1,2	0,0	2,0	1,0	0,5	6,2
Doutorado	0,2	0,0	0,5	0,3	0,0	9,3
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Tabela 22. *Distribuição percentual do grau de instrução: municípios-capitais.*[27]

5 Proposta de alteração normativa pela criação do Plano de Gestão da Força de Trabalho

A análise dos dados sugere o predomínio dos servidores estatuários, de classes salariais mais baixas, sendo de acentuada heterogeneidade os patamares de remuneração bem como a duração das jornadas de trabalho, que varia em função das práticas de gestão dos diversos entes federativos.

Outra questão que foi refletida na própria realização da pesquisa, com base nas dificuldades enfrentadas na obtenção dos dados requisitados às secretarias de gestão: não obstante a existência de uma Lei de Acesso à Informação, muitos entes, se não tinham organizado, provavelmente não desejaram compartilhar dos dados que dispunham sobre sua força de trabalho.

Dos que forneceram, houve ainda alguns dados inconsistentes, a exemplo das maiores e menores remunerações do Distrito Federal, sendo a maior acima do teto e a menor abaixo do salário mínimo, o que revela se não a presença de explícitas inconstitucionalidades, ao menos a falta de preparo técnico daquele que lançou os dados no formulário da pesquisa, uma vez que se há verbas indenizatórias, por exemplo, que poderiam elevar o valor, elas não poderiam ter sido lançadas neste campo da pesquisa. Estes fatos são indiciários de que há lacunas na organização planejada da gestão.

Restou ainda não integralmente refletida uma questão que se considera fundamental à eficiência do Estado: de que forma a ação da força de trabalho, dentro da estruturação jurídica das funções públicas, estaria correlacionada com as políticas de Estado, isto é, com as obrigações e finalidades públicas determinadas também a partir das necessidades coletivas circunstanciais e concretas expressas em políticas públicas?

Entende-se ser imprescindível para a eficiência e a legitimidade do Estado que a gestão dos servidores públicos tenha interconexão com o compromisso de metas e tarefas explicitadas em políticas públicas, ou seja, que, para além da simples manutenção do aparato estatal, haja também a articulação rumo à eficaz execução de suas relevantes atribuições.

Para tanto, faz-se necessário (re)pensar a estruturação normativa das carreiras públicas e sua relação com um procedimento de desempenho rumo à progressiva capacitação e orientação dos servidores. A força pública de trabalho precisa estar vinculada a compromissos de interesses públicos, sendo estes dissociados, por óbvio, dos interesses "político-clientelistas", pois se a atuação estatal é controlada sob o prisma das contratações, dos procedimentos

27. Fonte: Nohara et al., 2013

e das despesas, também os servidores públicos que realizam esta atuação precisam estar sob a ótica do acompanhamento e da orientação, o que não ocorre, dada ausência de articulação jurídica entre os compromissos das políticas públicas da agenda do Estado e os estímulos por sanções premiais presentes nas avaliações de desempenho.

O modelo de Administração Pública eficaz e simultaneamente respeitadora da dignidade dos servidores públicos implica que a organização do serviço público, ao invés de se pautar em metas genéricas ou em avaliações de desempenho meramente pró-forma, seja afinada com a regulação da vida profissional dos servidores públicos, permitindo-lhes, com clareza, reconhecer suas funções, responsabilidades, direitos, deveres, e, principalmente, seu papel em relação aos interesses públicos cambiantes, por meio de investimentos em capacitação e em sanções premiais em ascensões meritocráticas.

Como o intuito do edital especial nº 001/2012 era também o de que se apresentassem sugestões para o aperfeiçoamento da produção legislativa, estimulada no seio da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, via Projeto Pensando o Direito, a partir do quadro normativo e fático evidenciado, com auxílio da pesquisa empírica, apresentou-se como resultado da pesquisa a sugestão de criação do seguinte mecanismo jurídico: o estabelecimento, por lei complementar, de um Plano de Gestão da Força de Trabalho nas Administrações Públicas dos Entes Federativos, extraindo-se daí planos anuais e plurianuais como forma de gestão estratégica de pessoal e alcance de uma maior eficiência das políticas públicas.

O plano proposto poderia ser instrumentalizado por proposta de emenda à Constituição, estabelecendo genericamente a previsão da necessidade de planejamento da força de trabalho, para depois haver a criação da mencionada lei complementar.[28]

A principal contribuição do plano seria a formulação de um inventário pormenorizado da situação funcional dos servidores, com a qualificação e capacitação, estratégico para o uso racional dos recursos humanos na articulação com as políticas públicas, o que três-quartos das secretarias de gestão dos 54 entes federativos pesquisados não demonstrou ter, ou caso tenha, não demonstrou vontade de compartilhar com os pesquisadores.

O plano tem potencial de ser relevante para que as avaliações de desempenho sejam elaboradas em sintonia com a capacidade e qualificação da força de trabalho disponível. Trata-se, portanto, de solução aventada para combater a falta de vontade de se fornecer os dados da gestão dos servidores, bem como para tornar as práticas administrativas de gestão dos servidores públicos mais racionais, planejadas e meritocráticas.

Frise-se que mesmo diante da efetiva regulamentação da avaliação de desempenho, sua aplicação prática, para que seja equilibrada, deve acompanhar as características das carreiras, sendo a produção também mensurada de forma individualizada, com base nas condições materiais e humanas presentes em cada repartição pública.

Paralelamente ao planejamento "macro", deve, portanto, haver a individualização da produção em relação às atividades e metas de cada órgão administrativo, evitando-se, na prática, a determinação de metas excessivas ou estabelecidas exclusivamente com critérios quantitativos ou fordistas.

Por conseguinte, o planejamento observaria um razoável grau de abertura, permitindo aos órgãos administrativos compartilharem de suas ações estratégicas na área como ocorre numa discussão orçamentária. É possível, ainda, a previsão de cotas destinadas a operações especiais em planos anuais e plurianuais de gestão da força de trabalho, de iniciativa dos Chefes do Poder Executivo.

6 Conclusões

Deve-se enfatizar que a articulação entre as iniciativas do Projeto Pensando o Direito, chamando equipes de pesquisa de diversas localidades do Brasil a engajarem-se em seus editais, em conjunto com a

28. Ambas as propostas que por ora são expostas de forma mais genérica, estão pormenorizadas em Noara et al., 2013, p. 15-93.

Rede de Pesquisa Empírica em Direito, que promove ações significativas que contribuem para a diversificação metodológica das abordagens na área jurídica, imprimindo ao campo do Direito maior cientificidade em suas análises, por meio do estímulo na utilização criteriosa de dados empíricos, foram fundamentais para a elaboração do presente artigo.

O recorte de pesquisa empírica-quantitativa realizado objetivou rascunhar um estado da arte das gestões das forças de trabalho dos entes federativos pesquisados como substrato para análise da suficiência dos mecanismos jurídicos existentes para imprimir maior eficiência à gestão pública do Estado.

Do ponto de vista dos dados analisados, observa-se que, na Administração Direta dos catorze entes participantes, há a preponderância, como regra geral, da adoção do regime estatutário, à exceção de Minas Gerais. Do total de servidores públicos, os dados organizados revelam que há o predomínio das classes remuneratórias mais baixas. As remunerações mínimas são muito próximas do valor do salário mínimo, com exceção da União (que remunera no mínimo acima deste valor).

A União também apresentou os maiores índices de servidores com pós-graduação stricto sensu, sendo suas jornadas de trabalho no geral mais longas que as dos demais entes pesquisados.

As remunerações máximas variam muito de ente para ente federativo. Note-se que o Distrito Federal apresentou dados irregulares, pois declarou um valor mínimo muito abaixo do salário mínimo, o que não se aplica ao funcionalismo, tendo em vista a Súmula Vinculante nº 16/STF, e um valor de remuneração máxima bastante superior ao teto constitucional.

A distribuição de carga horária das jornadas de trabalho dos servidores também não é homogênea nas Administrações Públicas dos entes federativos, sendo que enquanto na União e no Distrito Federal há mais jornadas entre seis e oito horas, em Aracajú, por exemplo, 95% dos servidores trabalham em jornada de até seis horas diárias.

Também preocupou a equipe o fato de que em pleno vigor da Lei de Acesso à Informação, cerca de três-quartos das secretarias de gestão de servidores contatadas não enredaram esforços significativos no fornecimento dos dados solicitados, apesar da reiterada cobrança feita ao longo de cinco meses, o que é bastante alarmante não apenas para o avanço da pesquisa empírica na área da gestão pública e do Direito Administrativo, mas sobretudo para o exercício da cidadania, pois tais dados deveriam ser públicos.

Observou-se que não há uma gestão pública estratégica da força de trabalho em função das pautas de políticas públicas. Logo, como contribuição para a proposta do Projeto Pensando o Direito, estimulado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, sugeriu-se a criação de um mecanismo jurídico, de previsão constitucional, apto a tornar obrigatória a formulação periódica de um inventário pormenorizado da situação funcional dos servidores, sua qualificação, capacitação, com vistas ao uso racional dos recursos humanos presentes nas Administrações Públicas brasileiras dos entes federativos.

Entende-se, em suma, que o princípio constitucional da eficiência somente alcançará máxima eficácia quando houver um regramento que articule estrategicamente a gestão da força de trabalho das Administrações Públicas com as suas políticas públicas. Por conseguinte, se a força de trabalho das Administrações for articulada desta forma, será possível articular o funcionamento do governo com a Administração Pública e a velocidade de funcionamento da máquina será juridicamente calibrado também em razão das prioridades das agendas das políticas públicas.

Para tanto, propõe-se que haja a edição de lei complementar estabelecendo parâmetros genéricos de avaliação periódica de desempenho. Paralelamente, cada órgão deve editar regramento próprio, ajustado às suas realidades concretas, por meio de critérios específicos, o que resguarda as realidades distintas no âmbito da autonomia federativa.

A proposta desta pesquisa de elaboração de um Plano de Gestão da Força de Trabalho, inspirado nas práticas orçamentárias, viabilizaria o planejamento periódico simultaneamente revisto com base em

adaptações às necessidades públicas cambiantes. A avaliação periódica de desempenho deve ser vista da perspectiva de instrumento apto a promover o desenvolvimento das atribuições funcionais, estimulando nos servidores públicos capacidade de iniciativa, adaptabilidade e trabalho em equipe como condições de ascensão funcional, dentro do viés da sanção positiva ou premial. Retira-se, portanto, da avaliação o viés exclusivamente punitivo, conforme regramento constitucional da Emenda Constitucional nº 19/98, orientando-a ao estímulo meritocrático de um trabalho comprometido.

Logo, a solução encontrada pela equipe de pesquisa que se desenvolveu entre os anos de 2012-2013 no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, foi no sentido de oferecer um produto normativo inovador e que provoque não apenas a articulação da gestão dos recursos humanos com as demandas das políticas públicas, ponto que não foi detidamente considerado quando da última Reforma Administrativa brasileira, mas que provoque também o aprofundamento da democracia no planejamento estatal.

7 Referências

Abrucio, F. L. (2006). Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. Reforma do Estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

Bandeira de Mello, C. A. (2008). Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros.

Beltrão, H. (1968). Reforma Administrativa. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional.

Bercovici, G. (2005). Constituição econômica e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros.

Bersch, K.; Praça, S.; Taylor, M. M. (2013). State Capacity and Bureaucratic Autonomy Within National States: Mapping the Archipelago of Excellence in Brazil. Paper presented at The Latin American Studies Association Conference. Washington. Disponível em http://cepesp.files.wordpress.com/2013/06/bersch-praca-taylor-state-capacity-and-autonomy-may-1_lasa.pdf

Bresser-Pereira, L. C.; & Spink, P. (2006). Reforma do Estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

Bucci, M. P. D. (2002). Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva.

Dallari, D. A. (1986). O Estado federal. São Paulo: Ática.

Di Pietro, M. S. (2012). Direito Administrativo. São Paulo: Atlas.

Gabardo, E. (2002). Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética.

Geddes, B. (1994). Polititian's Dilemma: Building State Capacity in Latin America. California Series on Social Choice and Political Economy, 5. Los Angeles: University of California Press.

Martins Júnior, W. P. (2009). Remuneração dos agentes públicos. São Paulo: Saraiva.

Matias Pereira, J. (2008). Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Europeia. Revista de Administração Pública, 42 (1), 61-62.

Nielsen, L. B. (2010). The need for multi-method approaches in empirical legal research. In. P. Cane & H. M. Kritzer (eds.). The Oxford Handbook of Empirical Legal Research (pp. 951-975). UK: Oxford University Press.

Nohara, I. P.; & Marrara, T. (2009). Processo administrativo. São Paulo: Atlas.

Nohara, I. P. (2012). Reforma Administrativa e Burocracia. São Paulo: Atlas.

Nohara, I. P., & Parreira, L. (2012). Entropia e antropofagia no Castelo de Kafka: reflexões sobre a desfuncionalização burocrática à luz da racionalização extrema do direito público. In M. C. Galuppo; W Madeira Filho (eds.). Direito, Arte e Literatura (pp. 60-77). Florianópolis: Funjab.

Nohara, I. P; Silveira, V. O.; Meyer-Pflug, S. R.; Bittencourt, D. A.; Parreira, L.; Richardo, R. L. M.; Oliveira, A. N.; Tsukada, E. M.; Cobellis, G. (2013). Gestão pública da força de trabalho entre os entes federativos da Administração Pública. Série Pensando o Direito (49-I), 15-93. Disponível em http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/11/Volume-49-I-UFPI--Desapropria%C3%A7%C3%B5es-rurais.pdf

Weber, M. (1999). Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília.

Data de submissão/Submission date: 15.01.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 08.07.2014

AVALIANDO O DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO NO BRASIL: o caso do projeto pensando o direito

// *Ricardo de Lins e Horta*[1], *Vera Ribeiro de Almeida*[2], *Marcelo Chilvarquer*[3]

Palavras-Chave

Pesquisa empírica em Direito / Projeto Pensando o Direito / Metodologia científica

Sumário

1 Introdução
2 O desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil
3 A concepção do Projeto Pensando o Direito
4 Metodologia
5 Resultados
6 Discussão dos resultados
7 Limitações do método adotado
8 Desafios da pesquisa aplicada à política pública
9 Conclusão
10 Referências

Resumo

Embora pesquisas empíricas em Direito no Brasil sejam realizadas desde a década de 1970, e os últimos anos tenham trazido um crescimento acentuado do uso dessas metodologias, ainda se discutem os motivos da sua relativa incipiência. Entre eles estariam o baixo rigor científico, o isolamento da área e a baixa institucionalização da pesquisa em Direito. Partindo da premissa que o Projeto Pensando o Direito proporcionou meios para o apoio institucional, financiamento e divulgação de tais pesquisas, buscamos testar a hipótese de que os 56 relatórios publicados pelo Projeto, que cobrem o período de 2007 a 2012, refletem um crescimento relativo do uso e da diversidade de metodologias empíricas típicas das ciências sociais. Foi encontrado um significativo aumento na diversidade de abordagens empregadas por pesquisa, bem como no uso de estratégias de aplicação de questionários e realização de entrevistas. Os achados sugerem que a pesquisa em Direito no Brasil passa por um processo de difusão de abordagens multimetodológicas e de aproximação com as ciências sociais.

1. Mestre em Neurociências e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) federal. Chefe de Gabinete da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.
2. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, graduada em direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora de Direito Penal e Processo Penal e pesquisadora do Instituto de Administração Institucional em Conflitos Sociais - InEAC/INCT e Consultora Acadêmica do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).
3. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador de Elaboração Normativa da Coordenação-Geral de Atos Normativos do Departamento de Elaboração Normativa da Secretaria de Assuntos Legislativos.

EVALUATING THE DEVELOPMENT OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH IN BRAZIL: the case of *projeto pensando o direito* (project thinking the law) // *Ricardo de Lins e Horta, Vera Ribeiro de Almeida, Marcelo Chilvarquer*

Keywords
Empirical legal research / Projeto Pensando o Direito (Project Thinking the Law) / Scientific methodology

Abstract
Although empirical legal research in Brazil has existed since the 70's, and the use of empirical methods has expanded sharply in the last years, the reasons underlying its relative scantiness have been matter of debate. Among these reasons would be the low level of scientific rigour, the isolation and the absence of institutional infrastructure. Assuming that the *Projeto Pensando o Direito* (Project Thinking the Law) has been providing institutional support, financing and publicity to this kind of research, this paper aims to test the hypothesis that its 56 published research reports, covering the period between 2007 and 2012, show a relative increase in the use and diversity of empirical methods akin to those used in the social sciences. An increase in the number of approaches used in researches was found, as well as an expansion in the use of questionnaires and interviews. These findings suggest that legal research in Brazil is currently going through a process of spread of multi-method strategies and of a dialogue between Law and Social Sciences.

1 Introdução

Muito se tem escrito sobre o desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil. Esse debate transpõe os limites da academia jurídica, envolvendo institutos de pesquisa e órgãos públicos preocupados em ampliar a efetividade de políticas públicas. Nesse cenário surge, em 2007, o Projeto Pensando o Direito, no âmbito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), com o objetivo de aproximar os debates legislativos e a produção acadêmica em Direito.

Na primeira parte deste artigo, faremos um breve resumo do surgimento e da disseminação da pesquisa empírica em Direito, nos Estados Unidos e no Brasil, destacando discussões relevantes sobre os entraves institucionais e culturais ao seu desenvolvimento. Diante desse pano de fundo, apresentamos a concepção do Projeto Pensando o Direito, que surge num contexto de diversificação metodológica da produção jurídica nacional, como uma iniciativa cujo objetivo é aproximar a formulação de políticas públicas da produção acadêmica, e que tem proporcionado uma fonte adicional de financiamento a grupos de pesquisadores dispostos a adotar metodologias empíricas.

Em seguida, com base em um levantamento exploratório realizado nos relatórios de pesquisa publicados no âmbito do Projeto, busca-se agregar elementos a essa discussão. Parte-se da hipótese de que os métodos empregados pelos pesquisadores do Projeto refletem o próprio desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil, verificando-se, no campo jurídico, uma crescente adoção e diversificação de métodos de pesquisa típicos das ciências sociais.

Com base nos resultados, sugere-se que a recente expansão da pesquisa empírica em Direito tem ocorrido em favor de abordagens multimetodológicas. Sendo o Direito um fenômeno social complexo, o uso de mais de uma técnica de pesquisa produz não só resultados mais confiáveis, mas também uma compreensão mais nuançada das instituições e práticas jurídicas, com maior poder explanatório (Nielsen, 2010, p. 952-955). Em se tratando de pesquisas que buscam subsidiar alterações normativas ou institucionais, esse quadro é promissor.

Por fim, salientamos alguns pontos relevantes para a produção jurídica aplicada à formulação de políticas públicas, derivados da experiência do Projeto em seus 7 anos de existência.

2 O desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil

O surgimento de pesquisas empíricas em Direito nos Estados Unidos é associado às décadas de 1920 e 1930, em virtude da conjunção de fatores como o início da coleta de estatísticas sobre o sistema judicial, o desenvolvimento das primeiras pesquisas criminológicas e o movimento do realismo jurídico (Kritzer, 2013, p. 876-879). Uma das vertentes do realismo norte-americano partilhava a crença no uso de metodologias científicas para compreender os fenômenos sociais e assim propor a reforma das instituições (Sarat & Silbey, 1988, p. 104-105).

No mesmo momento em que o uso de computadores para o processamento de estatísticas (Kritzer, 2010, p. 897) vinha acompanhado de um otimismo com a possibilidade de o Direito ser utilizado como ferramenta de solução de problemas sociais (Sarat & Silbey, 1988, p. 111-112), as pesquisas empíricas orientadas para o aperfeiçoamento de políticas públicas receberam um novo impulso com o surgimento, em 1964, da *Law & Society*. A estrutura dos trabalhos discutidos no âmbito dessa associação seguia uma estrutura próxima à que se observa atualmente nos relatórios de pesquisa do Projeto Pensando o Direito: a descrição de um problema ligado a políticas públicas, situando-o num contexto teórico geral, um estudo empírico sobre o tema e recomendações para sua solução (Sarat & Silbey, 1988, p. 113).

Outra corrente que tem ensejado a realização de estudos jurídicos empíricos é o "novo realismo". Tal como o primeiro realismo jurídico, o recente *New Legal Realism* seria, segundo Nourse & Shaffer (2009, p. 64), uma reação ao "novo formalismo" do movimento da *Law & Economics*, que tem como base a economia neoclássica. De acordo com os autores, essa tendência, alinhada a um mundo impactado pela crise financeira mundial de 2008, traria uma visão mais dinâmica das interações entre Direito e sociedade e Direito e política, uma concepção menos reducionista da ciên-

cia e um olhar mais cuidadoso para o funcionamento das instituições (Nourse & Shaffer, 2009, p. 127-136).

Embora se possa verificar a influência do *New Legal Realism* e da *Law & Society* na produção jurídico-acadêmica recente com base na crescente participação de pesquisadores brasileiros naqueles fóruns – mais de 30 apresentaram trabalhos no encontro da *Law & Society* em Boston em 2013[4] –, o contexto primordial de surgimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil parece seguir uma trajetória específica.

Entre nós, o emprego de técnicas empíricas na pesquisa jurídica é tributário de trabalhos realizados desde a década de 1970 por pesquisadores como Joaquim Falcão, Cláudio Souto, Roberto Lyra Filho, Roberto Aguiar, João Batista Herkenhoff, Edmundo Lima Arruda Jr., Luís Warat, José Eduardo Faria, Celso Campilongo, José Geraldo de Sousa Jr., Luciano Oliveira e Eliane Junqueira. A sociologia jurídica brasileira desde então tem valorizado investigações empíricas e contribuído para romper com a tradicional pesquisa teórico-bibliográfica, tão afeita ao Direito (Mori Madeira & Engelmann, 2013).

Essa modalidade de pesquisa apresentou crescimento, entre outros fatores, por conta da positivação de direitos pela Constituição de 1988 e do interesse pela realização de investigações sobre sua efetivação, bem como do estímulo à discussão e promoção desses modelos de pesquisas por conta do Grupo de Trabalho «Direito e Sociedade» da ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, como indicam Oliveira & Adeodato (1996).

Segundo Faria e Campilongo (1991, p. 25-26), as grandes transformações que atingiram o Brasil nos idos de 1980 e 1990 fizeram com que muitos juristas – pondo em questão as fronteiras tradicionais do Direito com as Ciências Sociais – substituíssem as abordagens lógico-formais por outras mais críticas e problematizantes. Oliveira & Adeodato (1996, p. 22) classificam esses autores com "pioneiros" e narram esse histórico em termos de um certo "inconformismo" com o excessivo formalismo do Direito — seu conteúdo muitas vezes distante, hostil aos problemas reais do povo, além das suas insuficiências operacionais —, o que os teria levado a se apropriar de técnicas de pesquisa das ciências sociais, em trabalhos dependentes do esforço individual dos seus autores, dado o limitado apoio institucional na academia brasileira.

A consolidação do financiamento da pesquisa jurídica via Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) contribuiu para o surgimento de uma embrionária institucionalização da pesquisa jurídica apoiada nas ciências sociais. Por sua vez, a criação do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em 1992, e a realização, desde então, de um Congresso Nacional anual contribuíram para a socialização de pesquisas na pós-graduação em Direito e a construção de arranjos institucionais – embora em seus primeiros anos a defesa da especificidade da pesquisa jurídica tenha refutado a aproximação com outros saberes.

Segundo Geraldo, Fontainha e Veronese (2010), é ainda na década de 1990 que as pesquisas empíricas em Direito são desenvolvidas através de dois ramos. O primeiro foi marcado pelos estudos criminais, especialmente realizados pelo Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas (NUFEP) da Universidade Federal Fluminense (UFF), capitaneado por Roberto Kant de Lima. Já o segundo ramo agrupou pesquisadores no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) no Centro de Estudos em Direito e Sociedade (CEDES), através da interseção entre Direito e Ciência Política.[5] Por fim, é também nesse período que a UFF criou o Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, com a proposta de formar mestres e doutores em Sociologia e Direito, derivando dessa iniciativa a necessidade de fomentar pesquisas empíricas. Segundo os autores, "todos esses empreendimentos geraram externalidades institucionais que repercutem até a presente data" (Geraldo, Fontainha & Veronese, 2010, p. 11).

Escrevendo em fins da década de 1990, Adeodato

4. Conforme programação disponível no site: http://www.lawandsociety.org/boston2013/boston2013.html

5. Segundo Geraldo, Fontainha e Versonese (2010), destacam-se os trabalhos sobre o conceito de judicialização da política e das relações sociais no mundo acadêmico brasileiro, através de autores como Luiz Werneck Vianna e Marcus Faro de Castro.

(1999) alertava para a resistência de alguns setores conservadores da academia jurídica a mudanças mais profundas, ao desqualificarem a prática da pesquisa e a pós-graduação. Além disso, a pouca importância dispensada às atividades de pesquisa por parte dos alunos, aliada à atitude leniente das agências governamentais para com bolsistas que não cumpriam suas obrigações, afetavam a consolidação da pós-graduação e da pesquisa em Direito.

Em 2004, na esteira do movimento de Reforma do Judiciário, é aprovada a Emenda Constitucional no 45, que cria o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e prevê, entre suas competências, "elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário" (art. 103-B, § 4º, inciso VII, da Constituição). Em 2006, a Lei no 11.364 cria o Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ, com a competência de desenvolver pesquisas sobre a função jurisdicional e fornecer subsídios para a formulação de políticas judiciárias (art. 5º). Com a discussão sobre a reforma do sistema de justiça, cria-se um cenário propício para pesquisas de temas como o acesso à justiça e a percepção dos jurisdicionados sobre o funcionamento do Judiciário.

Ainda em 2004, houve uma reaproximação acadêmica entre a Antropologia e o Direito através da obrigatoriedade do seu conteúdo nos cursos de graduação em Direito, no eixo de formação fundamental da grade curricular, determinada pela Resolução CNE/CES no 9, de 29 de setembro de 2004, que instituiu as diretrizes curriculares nacionais dos cursos de graduação em Direito (Colaço, 2011).

É também nesse período que se inicia um debate crítico e interdisciplinar sobre a pesquisa em Direito. Entre as hipóteses levantadas, ressalta-se a de que os estudos em Direito no Brasil estariam defasados em relação à qualidade das pesquisas científicas produzidas em outras áreas do conhecimento, o que teria sido causado pelo excessivo isolamento das faculdades de Direito e o baixo rigor científico atribuído a estas atividades (Nobre, 2003). As pesquisas jurídicas se assemelhariam a "pareceres", limitados a levantar diversos argumentos e utilizar apenas aqueles condizentes com uma tese pré-estabelecida (Nobre, 2003; Epstein & King, 2002, p. 9-10). Essa forma-padrão de argumentação jurídica, segundo Nobre (2003), estaria longe de promover uma investigação acadêmica no âmbito do Direito.

Outra análise sobre a pesquisa em Direito enaltece a sua especificidade em relação às ciências sociais e o baixo grau de institucionalização (Fragale & Veronese, 2004). De acordo com essa análise, a principal dificuldade da pesquisa jurídica seria a carência de uma definição epistemológica e metodológica por parte dos juristas no momento do exercício de suas empreitadas acadêmicas, associada à carência de incentivos à produção científica empírica do Direito. A esse respeito, Luciano Oliveira (2004) lembra que já nos primeiros ensaios do estímulo às pesquisas jurídicas, ou seja, quando da elaboração dos chamados "Trabalhos de Conclusão do Curso – TCCs", são percebidos os vícios metodológicos e certas dificuldades em sua elaboração, sendo tais entraves um reflexo da própria formação profissional dos juristas.

Mais recentemente, Veronese (2006) sustenta que as análises anteriores deixaram de tratar da "prática de pesquisa empírica como elemento central para ampliar a interação do direito com outras ciências sociais" (p. 6016), o que por sua vez poderia ensejar uma maior inserção científica do Direito. Na sua visão, a solução para tal impasse passaria pela questão institucional, a partir da abertura dos estudos jurídicos "para influxos de outras áreas". O autor também pressupõe que, ao serem inseridas nos programas de pós-graduação em Direito mais pessoas formadas em áreas como Economia, Sociologia, Antropologia e Ciência Política, tais programas passariam a dispor de plataformas que incentivariam os acadêmicos a produzirem mais pesquisas de cunho empírico, já que somente por meio dessa via os futuros graduandos poderiam "tomar contato, de forma eficaz, com pesquisas empíricas, no mesmo sentido que ocorre na formação dos estudantes de direito norte-americanos".[6] Geraldo et al. (2010) se juntam ao debate também defendendo a formação de platafor-

6. Essa visão de *learning by doing* encontra eco também em Kritzer (2009, p. 283-284) que chega a comparar a pesquisa acadêmica a um verdadeiro ofício ("*craft*") com o qual os estudantes devem tomar contato desde cedo para atingir o aperfeiçoamento.

mas institucionais para a pesquisa jurídica empírica no Brasil.

Sintonizada com essa discussão, surge a Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED), uma rede de conhecimento em torno do tema articulada a partir do primeiro Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (EPED), realizado em 2011 na Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto/SP, com apoio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Na ocasião, foi institucionalizado espaço para que pesquisadores interessados em pesquisa empírica em Direito pudessem discutir e disseminar metodologias e ferramentas (Cunha & Silva, 2013, p. 11-14). Também em 2011 iniciam-se os seminários da Associação Brasileira de Jurimetria, voltada para a aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos.[7]

Observa-se, então, uma crescente preocupação em se criar espaços e canais para que pesquisadores oriundos do Direito possam produzir e apresentar trabalhos que se valem de técnicas empíricas. Se questões epistemológicas sobre a cientificidade ou não do Direito seguem em discussão, parece inequívoco que a realização de pesquisas empíricas, geralmente mais longas, caras e trabalhosas, demandam a existência de apoio institucional. Em outras palavras, a necessidade de desenvolver condições para sua sustentabilidade também depende de fontes estáveis de financiamento e de maneiras de dar visibilidade a esses grupos de pesquisa.

Diante desse panorama, o Projeto Pensando o Direito contribui para a remoção de alguns obstáculos ao desenvolvimento de técnicas empíricas na pesquisa jurídica apontados na discussão acima, quais sejam, a falta de apoio institucional, via financiamento por intermédio de editais constantes; o estímulo à formação de grupos de pesquisa interdisciplinar e a consequente adoção de novos métodos; e a difusão de pesquisas empíricas voltadas para a elaboração normativa, possibilitando que a comunidade jurídica tenha contato com esse gênero de produção.

7. Vide http://abjur.org.br/o-que-e-jurimetria.php

3 A concepção do Projeto Pensando o Direito

O Projeto Pensando o Direito tem sido uma das iniciativas que possibilitaram a realização de pesquisas empíricas por grupos interdisciplinares, a discussão de métodos e o financiamento de pesquisas de cunho aplicado. Entre 2007 e 2014, foram investidos mais de R$ 9 milhões no projeto, viabilizando a publicação de 50 volumes da Série Pensando o Direito, num total de 56 relatórios finais de pesquisa.

O Projeto Pensando o Direito é executado por uma unidade de governo que tem como competência a produção de pareceres para subsidiar o processo de elaboração normativa, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ). Sendo assim, o emprego de argumentos com lastro empírico, originados de suas pesquisas, atende ao fim de fortalecer o debate político (Terrazas & Abramovay, 2013). Dessa forma, as pesquisas do projeto contribuem para o aperfeiçoamento do rigor metodológico da avaliação legislativa e da construção de políticas públicas pelo governo (Paula & Almeida, 2013).

A seleção de pesquisadores é feita por chamada pública, cujos editais especificam o problema, geralmente de natureza jurídica ou de gestão pública, a ser enfrentado. Nesse sentido, pode-se afirmar que o projeto patrocina pesquisas que tenham uma perspectiva *funcional* do Direito em relação às políticas públicas analisadas, isto é, que apresentam propostas de alterações legislativas ou de gestão que exerçam os papéis de objetivos, ferramentas, arranjo institucional ou vocalização de demandas sendo tais mudanças, invariavelmente, juridificadas (Coutinho, 2011).

Nesses 7 anos de existência, o Projeto financiou dezenas de pesquisas de caráter teórico como também empírico e interdisciplinar, possibilitando grande variedade de arranjos de problemas, métodos e teorias (Machado, 2013). Em geral, o repertório metodológico dos pesquisadores tem combinado ferramentas típicas da pesquisa jurídica teórica, como as análises doutrinária, de legislação estrangeira e jurisprudencial, com métodos empíricos oriundos das pesquisas das Ciências Sociais, tais como entrevistas, aplicação de questionários e estudos de caso (Diehl, 2013). A

dinâmica do Projeto incentiva, ainda, a formação de grupos interdisciplinares, em contraposição à situação, ainda predominante na área jurídica, de se executar pesquisas individualmente (Rodriguez, 2013).

Ao estimular pesquisas interdisciplinares e aplicadas, distintas da pesquisa jurídica tradicional, é de se esperar que a participação da comunidade acadêmica no projeto se espelhe numa crescente adoção de métodos empíricos, bem como uma maior preocupação em aperfeiçoar, discutir e desenvolver estratégias de pesquisa. Embora já se tenha feito previamente levantamento sobre o rol de métodos utilizados pelos pesquisadores do projeto (Diehl, 2013), ainda não foi realizada uma análise sistemática das mudanças dos métodos escolhidos no período e a relação dessas mudanças com o papel do Projeto Pensando o Direito no incentivo a pesquisas empíricas em Direito.

Este estudo parte da hipótese de que os métodos empregados pelos pesquisadores do Projeto Pensando o Direito refletem o próprio desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil. Se a hipótese estiver correta, espera-se que se encontre uma predominância de pesquisas de cunho teórico no início do Projeto, ao passo que os métodos empíricos serão mais frequentes e diversificados nas pesquisas mais recentes. Para tanto, foram analisados os relatórios das pesquisas realizadas desde o início do Projeto Pensando o Direito, conforme a metodologia descrita a seguir.

O objetivo desta análise é descrever e sistematizar os métodos empregados pelas pesquisas publicadas na Série Pensando o Direito, para, a partir destes dados, agregar elementos à reflexão sobre a institucionalização da pesquisa empírica no Direito brasileiro, bem como o papel do Projeto neste propósito.

4 Metodologia

A estratégia adotada foi a realização de levantamento exploratório, com base em análise documental. Para a coleta de dados, foram analisados os 56 relatórios de pesquisa do Projeto Pensando o Direito disponíveis em janeiro de 2014 no site http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/. Os relatórios foram agrupados por ano – 2007 a 2012 – considerando o ano em que foi publicado o edital de convocação da pesquisa.

Cada relatório foi lido duas vezes por pesquisadores distintos e os métodos utilizados foram categorizados conforme a descrição dos autores no próprio relatório. A contagem foi feita em planilha do Excel sempre que o uso de um método era relatado pelos autores da pesquisa. Como nem sempre os relatórios analisados tinham uma seção especificamente dedicada à metodologia, frequentemente essa contagem foi feita com base em informações dispersas no texto.

Uma primeira dificuldade se deve ao fato de que não há uma única classificação possível de técnicas de pesquisa (vide, a título de exemplo, as classificações de Nielsen, 2010, p. 953-954; Webley, 2010, p. 936-945; Chui, 2007, p. 57-61; Dobinson & Johns, 2007, p. 18-21). Além disso, numa primeira leitura, encontrou-se nos relatórios grande diversidade de marcos teóricos utilizados e técnicas de pesquisa mencionadas. Nem sempre os pesquisadores referiam-se a técnicas de pesquisa com termos unívocos.

De todo modo, foram adotadas algumas balizas para a construção da categorização. Como as abordagens tradicionais de pesquisa na esfera jurídica, notadamente a pesquisa doutrinária, não são pacificamente enquadradas como método empírico-qualitativo (Dobinson & Johns, 2007, p. 18-19), foram criadas quatro categorias tipicamente associadas à pesquisa jurídica teórica, para agrupar técnicas geralmente utilizadas pelos pesquisadores do Projeto Pensando o Direito como forma de aproximação do problema a ser estudado: o mapeamento normativo, a comparação com outros países, o Direito Internacional e a pesquisa doutrinária.

As demais técnicas de pesquisa encontradas, que se enquadram na ampla definição de pesquisa empírica de Epstein & King (2002), "evidências oriundas da experiência ou da observação do mundo" (p. 2-3), foram consideradas técnicas empíricas. Em seguida, estas foram agrupadas conforme o objeto de estudo: documentos, bancos de dados ou sujeitos de pesquisa. Diferenciou-se, assim, aquelas que se voltavam para o conteúdo escrito de documentos, aquelas cujo objetivo era quantificar dados e utilizar alguma

forma de estatística, e as que buscavam dirigir perguntas ou registrar o discurso de indivíduos (Webley, 2010, p. 936-945).

Uma nova subdivisão procurou uma maior especificidade na abordagem desses objetos de pesquisa, já que, a título de exemplo, a condução de uma pesquisa por palavras-chave em portais de tribunais na Internet envolve esforços distintos do trabalho de buscar a íntegra de autos processuais disponíveis *in loco*. Essa subdivisão buscou preservar técnicas consagradas na literatura, tais como a realização de grupos focais, que apresenta especificidades metodológicas, e a observação participante, associada à pesquisa antropológica.

Outro desafio foi agrupar casos em que o mesmo objeto de estudo – autos de processos ou conteúdos da jurisprudência – recebiam enfoques qualitativos ou quantitativos. Partindo da definição de enfoques qualitativos como os que buscam verificar a existência ou não de um fenômeno, com vistas a categorizá-lo, ao passo que os quantitativos visam a medir ou expressar em números o grau com que este aparece (Webley, 2010, p. 927-928; Chui, 2007, p. 48-49), foram separados os métodos entre aqueles que buscavam codificar e expressar em números as variáveis ligadas à questão de pesquisa – quantitativos – e aqueles que tinham como foco levantar e interpretar conteúdos, discursos ou práticas sociais – qualitativos (Oliveira & Silva, 2005, p. 246-247). Em vários casos, verificou-se a adoção de ambos simultaneamente.

Essa categorização própria de técnicas empregadas, tal como em Diehl (2013), baseou-se em escolhas quanto à classificação das técnicas de pesquisa. Se por um lado trata-se de uma decisão prévia dos autores do levantamento, por outro ela tornou possível retratar de maneira abrangente a diversidade de técnicas existentes nos relatórios de pesquisa do Projeto Pensando o Direito:

Técnicas de pesquisa teórica

// *Mapeamento normativo:* levantamento de atos normativos nacionais em vigor sobre o tema; histórico da legislação; levantamento de propostas normativas em tramitação no Legislativo; histórico institucional de práticas jurídicas;

// *Comparação com outros países:* levantamento de normas, institutos ou práticas judiciais estrangeiros, para a realização de comparação com a normativa nacional a respeito; emprego de técnicas de Direito Comparado;

// *Direito Internacional:* mapeamento normativo consistente no levantamento de tratados, convenções, protocolos e outros atos bilaterais ou multilaterais com o objetivo de compreender o tratamento dado pelo Direito Internacional ao tema;

// *Pesquisa doutrinária:* discussão do problema à luz das posições de doutrinadores;

Técnicas de pesquisa documental

// *Levantamento qualitativo de decisões judiciais ou administrativas:* coleta e análise de jurisprudência ou decisões judiciais e administrativas (tais como TCU e CADE), via Internet;

// *Levantamento quantitativo de decisões judiciais ou administrativas:* coleta e análise de jurisprudência ou decisões judiciais e administrativas (tais como TCU e CADE), via Internet, com a quantificação e categorização da amostra;

// *Levantamento qualitativo de processos:* coleta presencial e análise de autos processuais judiciais ou administrativos;

// *Levantamento quantitativo de processos:* coleta presencial e análise de autos processuais judiciais ou administrativos, com a quantificação e categorização da amostra;

Técnicas de investigação em bancos de dados

// *Análise de bancos de dados:* coleta de dados colhidos junto a órgãos públicos; construção de bancos de dados a partir de informações não estruturadas fornecidas por órgãos públicos; análise e categorização dos dados, inclusive com o uso de ferramentas de estatística descritiva;

// *Análise estatística:* utilização de ferramentas estatísticas além da mera descrição da amostra, tais como de estatística inferencial, teste estatístico de hipóteses, correlações, regressões, análise de variância, etc.;

Técnicas de pesquisa com indivíduos

// *Acompanhamento de audiências:* coleta de dados durante a realização de audiências em órgãos ju-

diciais ou administrativos;

// *Grupos focais:* realização de grupos focais para avaliar a percepção do tema por atores relevantes;
// *Entrevistas:* realização de encontros presenciais para a realização de entrevistas, seja não-estruturadas, semiestruturadas ou estruturadas;
// *Aplicação de questionários:* aplicação de questionários abertos, semi-abertos ou fechados; realização de *survey*;
// *Análise quantitativa de questionários:* análise estatística e categorização de resultados de questionários aplicados;
// *Observação participante:* estudo de campo realizado mediante contato direto, frequente e prolongado do investigador com os atores investigados.

Este levantamento cobre todo o período (2007 a 2012) em que as pesquisas foram realizadas via Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, não alcançando aquelas realizadas via IPEA, uma vez que seus relatórios finais ainda não haviam sido divulgados no momento de sua realização.[8]

5 Resultados

Analisados os 56 relatórios do projeto pelo estado de origem da instituição responsável, observa-se forte concentração no eixo Rio de Janeiro/São Paulo. Metade (28) das pesquisas publicadas na Série Pensando o Direito foi realizada por ou com participação de instituição de ensino ou pesquisa paulista. Em conjunto com São Paulo, os Estados do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul e o Distrito Federal são responsáveis pela maioria das pesquisas do projeto (Gráfico 1).

Detalhada a análise por instituição, verifica-se uma grande presença especialmente da Fundação Getúlio Vargas (FGV) de São Paulo, com 9 pesquisas, seguida da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), com 5 pesquisas cada, e da FGV do Rio de Janeiro, do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), com 4 pesquisas cada. Em seguida, as Universidades de São Paulo (USP), de Brasília (UnB) e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), com 3 pesquisas cada. As demais instituições figuram apenas uma vez como participantes do Projeto (Gráfico 2).

Dentre os métodos empregados nas pesquisas, os mais frequentes foram o mapeamento normativo (35), o levantamento de decisões administrativas e judiciais (31), a pesquisa doutrinária (29) e as entrevistas (26). O Gráfico 3 apresenta os dados encontrados.

O gráfico seguinte exibe a frequência de métodos por ano de realização do projeto, entre 2007 e 2012. Sua análise não sugere exatamente um decréscimo da utilização da pesquisa teórica – baseada em mapeamento normativo, doutrinário, por exemplo – em favor das técnicas de pesquisa empírica, mas um quadro de grande diversidade de técnicas utilizadas. Nota-se, ademais, que, contrariamente à hipótese inicial, desde o início do projeto já estavam presentes técnicas de cunho empírico, a exemplo da análise de bancos de dados e aplicação de questionários, embora em proporção menor, como se pode verificar.

A soma da frequência de métodos por ano e sua divisão pelo número de relatórios gera um comparativo das médias anuais de técnicas utilizadas por pesquisa. Encontrou-se uma tendência à crescente diversificação de métodos empregados por pesquisa, de 3,4 em 2007 para 6,5 em 2012, em sintonia com a hipótese inicial (Gráfico 5).

Parece confirmada a hipótese inicial da crescente combinação de técnicas de coleta de dados, o que se pode aferir pela adoção do uso de dois métodos tipicamente associados à pesquisa social, a aplicação de questionários e entrevistas, comparando-se a proporção de pesquisas que se valeram dessas técnicas em 2012, em relação a 2007, anos com números próximos de total de pesquisas (Gráfico 6).

8. Os 56 relatórios finais de pesquisa do projeto Pensando o Direito analisados estão sumarizados no Anexo. O Projeto Pensando o Direito foi inicialmente executado por meio de parceria entre o Ministério da Justiça e o PNUD, e desde 2012, mediante acordo de cooperação com o IPEA.

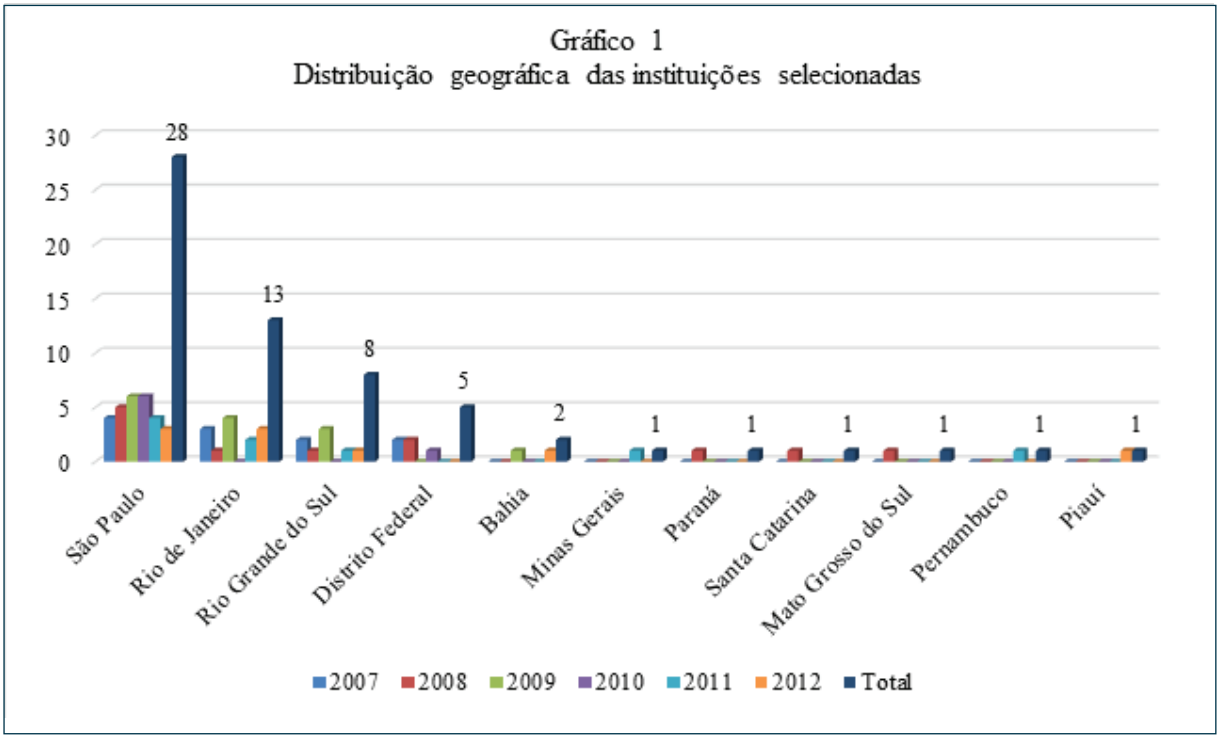

Gráfico 1. *Distribuição geográfica das instituições selecionadas.*[9]

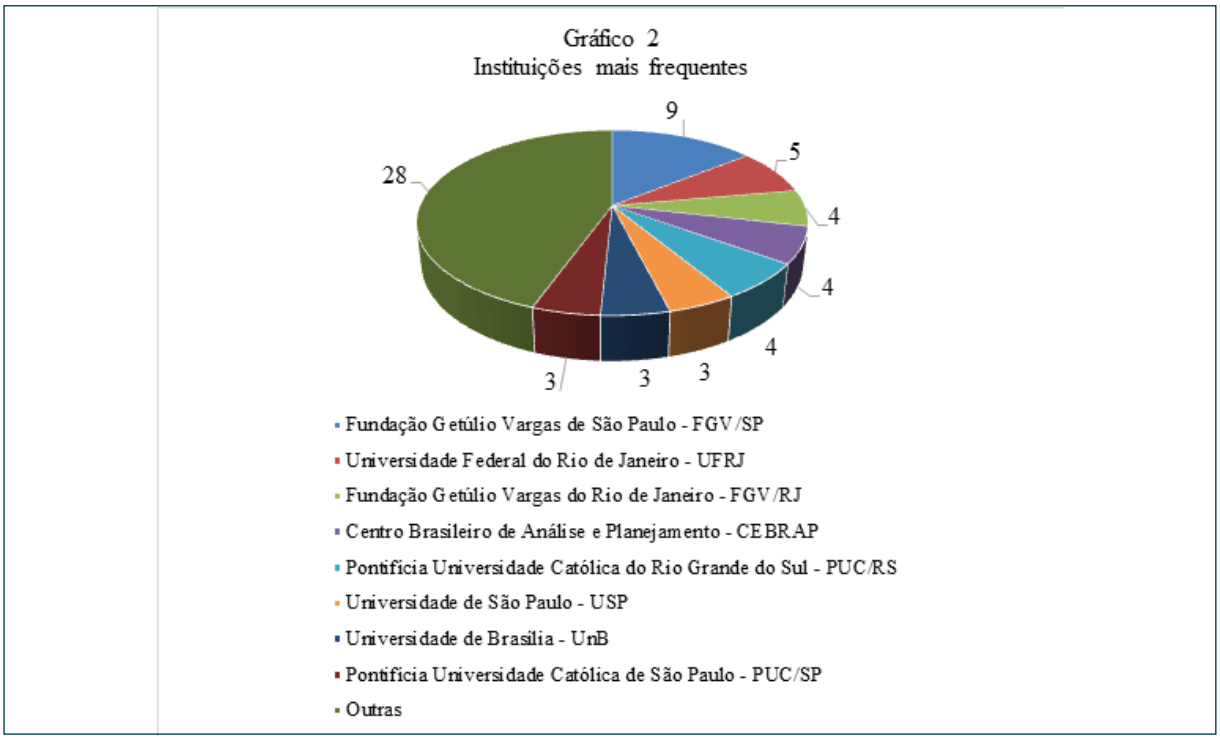

Gráfico 2. *Distribuição geográfica das instituições selecionadas.*[10]

9. Observação: Como diversas pesquisas foram feitas em parcerias entre instituições, o somatório é superior ao número total de relatórios analisado.
10. Observação: Como diversas pesquisas foram feitas em parcerias entre instituições, o somatório é superior ao número total de relatórios analisado.

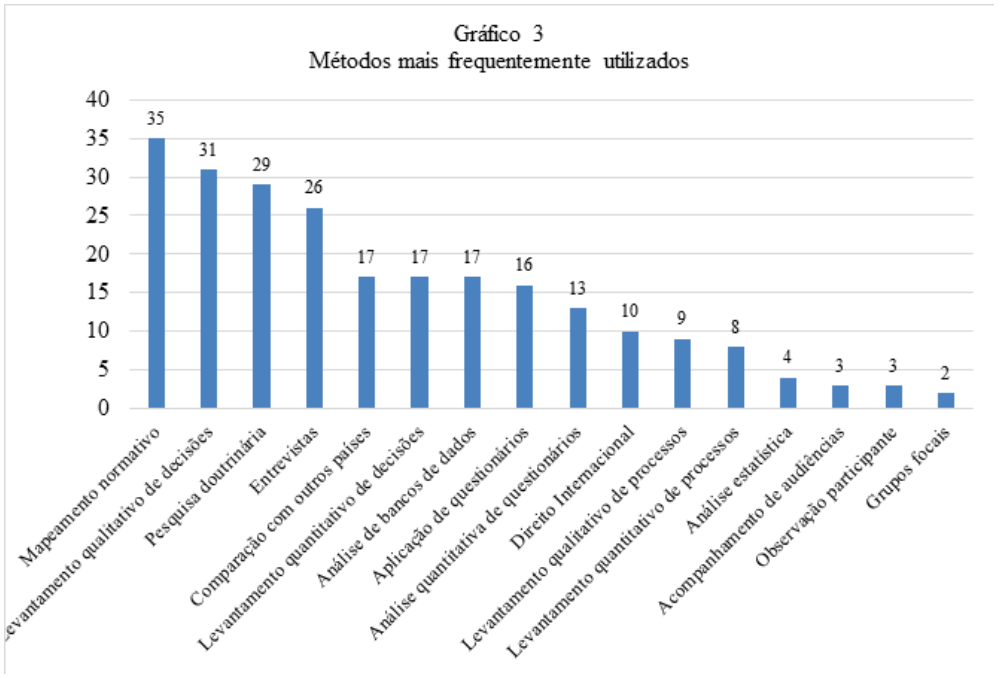

Gráfico 3. *Métodos mais frequentes utilizados.*

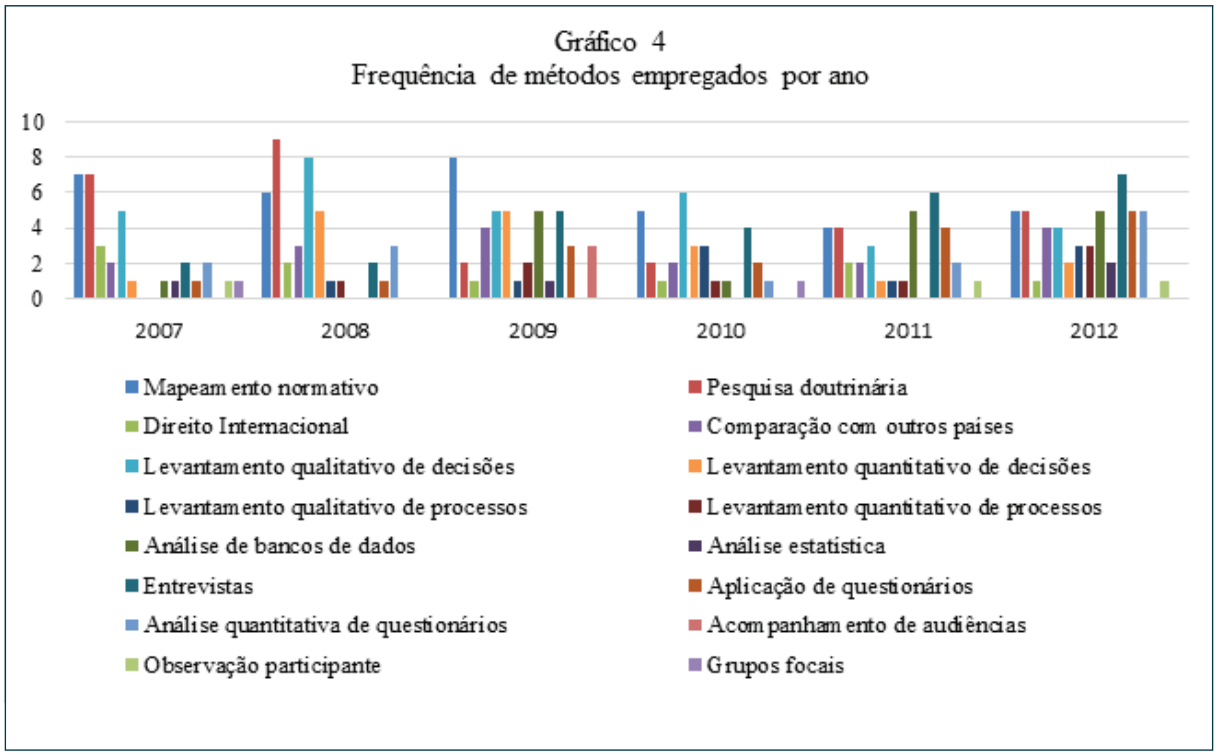

Gráfico 4. *Frequência de métodos empregados por ano.*

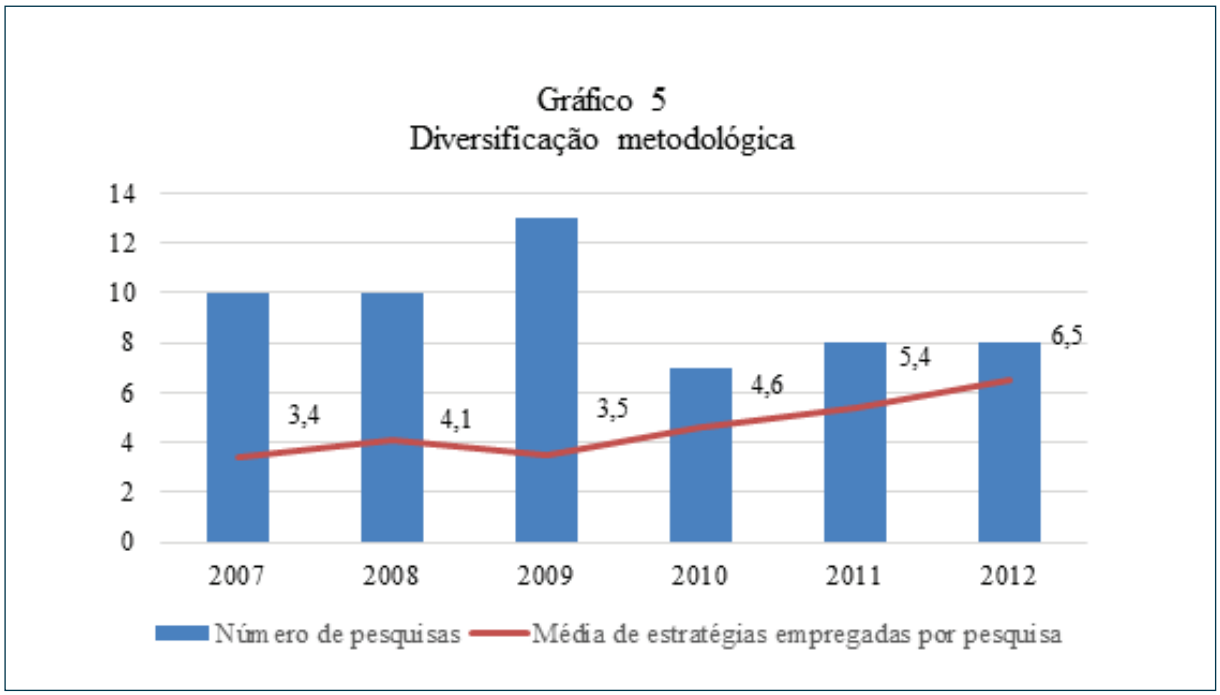

Gráfico 5. *Diversificação metodológica.*

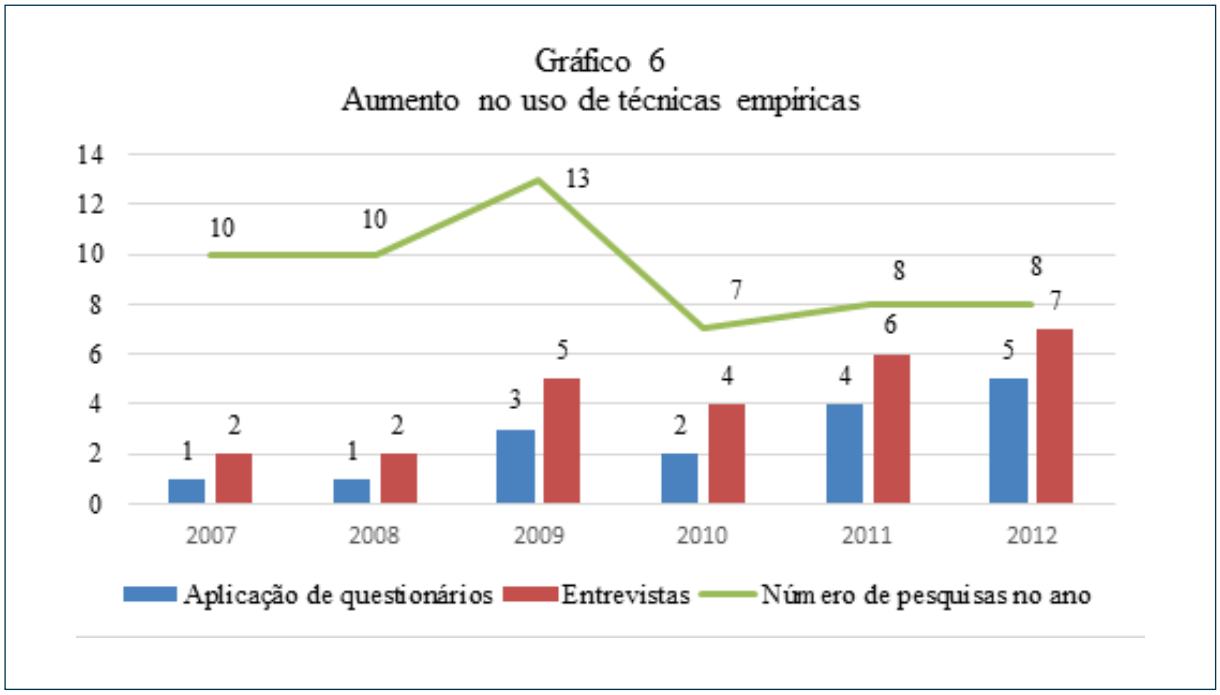

Gráfico 6. *Diversificação metodológica.*

6 Discussão dos resultados

Os resultados encontrados mostram que a pesquisa financiada por intermédio do Projeto Pensando o Direito entre 2007 e 2012 concentrou-se geograficamente, especialmente em instituições de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Uma causa óbvia dessa desproporção pode ser a concentração de cursos e docentes de pós-graduação em Direito nas regiões Sul e Sudeste (Ghirardi, Cunha & Feferbaum, 2013, p. 25-26).

Ademais, como as equipes de pesquisa são selecionadas por Chamadas Públicas, pode-se considerar que esse desequilíbrio reflita a questão da institucionalização das plataformas de pesquisa discutida na introdução deste texto – por concentrar os cursos de pós-graduação, os docentes e o acesso a recursos, os grupos de pesquisa dessas regiões teriam mais condições de se especializar em pesquisa de cunho empírico e, assim, produzir projetos mais competitivos. Mesmo dentro da Região Sudeste, destacam-se poucas instituições, como é o caso da Fundação Getúlio Vargas, o que pode ser explicado por um forte investimento na formação de grupos especializados de pesquisa, tais como o Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) e o Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada (CPJA), vinculados àquela instituição. Não por acaso, participaram da criação da Rede de Pesquisa Empírica em Direito – REED, mencionada anteriormente, docentes de instituições como a FGV e o CEBRAP, as quais foram selecionadas diversas vezes pelo projeto.

Mas os dados mais interessantes para a discussão sobre o desenvolvimento da pesquisa empírica são aqueles que indicam uma consistente tendência de os pesquisadores diversificarem os métodos empregados na investigação dos problemas, o que também evidencia uma crescente preocupação com a interlocução com outras disciplinas. Esse resultado sugere um movimento de adoção de perspectivas multimetodológicas nas pesquisas em Direito do Projeto Pensando o Direito (Nielsen, 2010), especialmente com a adoção de técnicas de aplicação de questionários e realização de entrevistas. Com isso, uma consequência interessante pode ser imaginada: se esse fenômeno não estiver restrito ao projeto, então pode haver uma demanda dos pesquisadores da área jurídica em aprofundar o conhecimento dessas técnicas. Seria desejável, nessa linha, que pesquisadores em Direito tivessem à sua disposição treinamentos nesse tipo de abordagem, sobre como realizar entrevistas, estruturadas ou não, como fazer *surveys*, entre outros.

Interessante notar que, apesar do relativo atraso do universo jurídico brasileiro em relação à diversificação metodológica, esse tipo de capacitação permanece um desafio mesmo em países que já possuem uma cultura acadêmica em que a pesquisa empírica é desenvolvida, conforme se depreende da narrativa de Herbert Kritzer (2009, p. 265-270) ao apontar que uma das maiores dificuldades do pesquisador é o que ele denomina "erro tipo III", que é o de fazer a pergunta errada ao ir a campo.

Da mesma forma, problemas que inexistem na pesquisa teórica tradicional, como a necessidade de submeter o projeto de pesquisa a comitês de ética por exemplo, podem começar a ser comuns no âmbito dessa comunidade de pesquisadores. Nesse sentido, Kritzer (2009, p. 279-282) aponta as dificuldades que um órgão estruturado como o *Institutional Review Board* (IRB) pode impor a pesquisadores que necessitem de algum grau de maleabilidade na condução de pesquisas de campo ao adotar excessiva burocracia em suas autorizações.

Por fim, a hipótese de que haveria uma predominância de pesquisas de cunho teórico no início do Projeto, contraposta à adoção de métodos empíricos em anos mais recentes não se revelou precisa. Os dados sugerem um cenário de diversificação multimetodológica, inclusive com a presença constante tanto de pesquisa empírica, quanto de teoria. Os pesquisadores passaram a combinar cada vez mais métodos tradicionais, como o mapeamento normativo e a pesquisa doutrinária, às abordagens da pesquisa social. Esse achado é, na verdade, animador, uma vez que permite que se utilize a teoria como fonte de questões de pesquisa, ao mesmo tempo em que se permite testá-las e aprimorá-las com os dados obtidos em campo (Epstein & Martin, 2010, p. 905-908; Epstein & King, 2002, p. 10).

7 Limitações do método adotado

É necessário explicitar algumas limitações do méto-

do adotado neste levantamento. Primeiramente, os dados coletados referem-se exclusivamente à versão de publicação dos relatórios finais de pesquisa do projeto. Ficaram de fora da amostra, portanto, não só documentos como os relatórios parciais, registros de reuniões entre a coordenação do projeto, como também informações relevantes sobre a execução das pesquisas que não foram, por opção dos pesquisadores ou mesmo eventual orientação da Secretaria de Assuntos Legislativos, adicionados à versão final publicada. O foco deste artigo na análise de produtos finais resultou em achados significativos e pode ser futuramente complementada por outras vias empíricas, como entrevistas com gestores e pesquisadores do projeto.

Além disso, a coleta foi dificultada pela ausência, em muitos relatórios finais, de seção expressamente dedicada à descrição da metodologia empregada. Dos 56 relatórios analisados, apenas 31 contêm um capítulo do gênero, onde se narra, ainda que de forma sucinta, os métodos empregados. Sendo assim, a adoção de métodos que não foram expressamente descritos pode ter ficado de fora no cômputo final.

Embora os relatórios finais de pesquisa, muitas vezes, destinem-se à divulgação, o que explicaria a ausência da exigência de se registrar os métodos empregados, trata-se de uma questão que chama a atenção. Mesmo quando havia uma seção dedicada à metodologia, em geral os pesquisadores não se preocupavam em descrever com minúcia os passos empregados. Raros foram, por exemplo, os relatórios de pesquisa que anexaram os formulários empregados na coleta de dados, os questionários aplicados ou a lista dos bancos de dados consultados. Da mesma forma, a escolha de "casos exemplares" para análise ou a decisão de considerar especificamente um acórdão dentro de um conjunto seguiam critérios não explicitados no texto. Conforme recomendam Epstein e King (2002), porém, os pesquisadores devem fornecer todas as informações necessárias para que seus resultados possam ser replicados por outros pesquisadores sem que tenham que recorrer aos autores do estudo original (p. 38-44). Não é possível concluir, contudo, se essas omissões se devem a escolhas conscientes dos autores, à carência de rigor metodológico, ou mesmo à inexistência de exigência nesse sentido pelos coordenadores do Projeto Pensando o Direito.

Importante salientar também que os achados deste estudo não são suficientes para se concluir qual a relação de causalidade entre o aumento do uso de ferramentas empíricas no Projeto Pensando o Direito e no contexto jurídico-acadêmico em geral. Ainda é preciso testar se o projeto efetivamente fomentou a disseminação dessas metodologias nas faculdades de Direito, se apenas esteve sintonizado com essa tendência nos últimos anos e a ela se adaptou, ou se realmente há uma relação profícua entre as exigências do projeto e a produção acadêmica em Direito, dado o contexto favorável de expansão da pesquisa jurídica empírica no Brasil discutido na introdução.

A continuidade do Projeto Pensando o Direito permite que se façam levantamentos comparativos com base nas pesquisas publicadas desde 2007. Todavia, estudos mais abrangentes são necessários. Seria interessante verificar se as tendências encontradas aqui são replicadas em outros casos, como nas pesquisas financiadas pelo CNPq, pelo IPEA ou pelo DPJ/CNJ; nos trabalhos apresentados nos últimos Encontros Anuais da REED, o EPED (Encontro de Pesquisa Empírica em Direito); ou, futuramente, se a tendência persistirá nas pesquisas realizadas no âmbito do Centro de Estudos Judiciários (CEJUS) da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, criado em fins de 2013. Em caso positivo, o quadro de diversificação metodológica e de aproximação entre o Direito e a pesquisa social poderia ser considerado como fenômeno generalizado nesse período.

8 Desafios da pesquisa aplicada à política pública

A experiência do Projeto Pensando o Direito, nos últimos sete anos, permite que se faça uma discussão das limitações do seu próprio modelo de financiamento de pesquisas, com vistas a seu aprimoramento. A primeira questão a ser tratada é a relação entre os problemas a serem pesquisados e a definição dos métodos.

Sobre este tema, é relevante que as pesquisas do Projeto adotem uma abordagem multimetodológica,

em princípio apropriada para temas complexos como aqueles relativos a políticas públicas, porque possibilita resultados mais confiáveis e, também, porque a combinação destes instrumentos suscita novas perguntas não imaginadas no início da empreitada acadêmica, conforme indica Laura Beth Nielsen (2010).

Por outro lado, esta mesma autora indica que essa forma de fazer pesquisa não é trivial por diversos motivos. Entre eles, pode-se citar o fato de que os juristas não possuem instrumental necessário para operar parte destes métodos, como certas pesquisas quantitativas que envolvam estatística, por exemplo. Outro fator que dificulta a operacionalização do modelo é que, por serem mais complexas, essas técnicas costumam resultar em pesquisas mais caras e longas. Em contraponto a isso, o Projeto Pensando o Direito prevê editais com prazos excessivamente curtos – seis meses para execução – e recursos que não ultrapassam R$ 90 mil por pesquisa. Se, por um lado, o prazo curto é um obstáculo ao desenvolvimento de certos delineamentos de pesquisa, as dificuldades apontadas por Kritzer (2009, p. 276-277) para a formação de grupos de pesquisadores em investigações mais longas resultante do abandono de parte da equipe para assumir outras empreitadas acadêmicas – sobretudo quando os pagamentos já se realizaram – têm um risco menor de ocorrer em editais do Pensando o Direito.

É necessário pontuar que o desenho das pesquisas do Pensando o Direito sofre limitações devido à realidade do trabalho do governo. Como as janelas de oportunidade para discussões de políticas públicas, nos Poderes Executivo e Legislativo, permanecem abertas por relativamente pouco tempo, as pesquisas dificilmente podem ter um longo período de maturação. Ao contrário, o prazo previsto nos editais do projeto pode não ser o suficiente para que se realizem pesquisas exploratórias, pré-testes, para que se submetam consultas a Comitês de Ética ou para que se adotem métodos sofisticados. Um segundo problema, a esse associado, é que as amostras pesquisadas são relativamente pequenas, o que poderia ensejar questionamentos quanto à sua representatividade, e consequentemente, à possibilidade de generalização dos achados, especialmente como forma de orientar a ação governamental.

Além disso, o acesso a órgãos públicos e a informações neles contidas por vezes é problemático, a despeito da aprovação, em 2011, da Lei de Acesso à Informação (Lei no 12.257/2011). Ainda é tarefa difícil acessar dados ou fazer entrevistas devido à própria resistência dos agentes públicos, que geralmente se sentem fiscalizados com a realização de estudos do gênero. Por fim, a determinação do edital de que se faça uma proposta de alteração normativa ou de mudança na execução da política pública pode encontrar obstáculos em razão de ser incomum entre juristas brasileiros a prática das críticas propositivas, de reformulação dos marcos legais ou instituições. Em vez disso, privilegiam-se juízos críticos acerca da potencial inconstitucionalidade ou ilegalidade de um texto normativo, na linha da dogmática jurídica tradicional (Nobre, 2003).

A título de recomendação para o aperfeiçoamento do desenho das chamadas públicas do Projeto, é de se considerar um aumento no prazo de execução das pesquisas, bem como investir na realização de pesquisas comparativas envolvendo amostras de diferentes regiões do país.

Contudo, mesmo com as limitações indicadas, o Projeto Pensando o Direito constitui rica experiência de aproximação entre governo e academia, mediante o financiamento a pesquisas aplicadas que proponham soluções para problemas de grande relevância na sociedade. Alguns exemplos merecem ser citados.

As pesquisas do Projeto impactaram diretamente a posição do Ministério da Justiça em debates como a reforma do processo civil, a regulamentação do *lobby*, no entendimento sobre vício de iniciativa em propostas legislativas e na questão do tráfico de drogas (Enap, 2010). O relatório sobre o "Estatuto dos Povos Indígenas" embasou a discussão de projeto de lei discutido no âmbito da Comissão Nacional de Política Indigenista – CNPI (Souza Filho, 2009, p. 12). Dois relatórios de pesquisa do projeto, "Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor" (Oliveira, 2009) e "Modernização do Sistema de Convênios da Administração Pública com a Sociedade Civil" (Junqueira & Figueiredo, 2011) foram utilizados como subsídios para as discussões do grupo de trabalho para revisão do marco regulatório das organizações da sociedade

civil no âmbito da Secretaria-Geral da Presidência da República.[11]

Por sua vez, a pesquisa "Medidas Assecuratórias no Processo Penal" (Amaral, 2010) trouxe contribuições que efetivamente foram utilizadas na redação do Projeto de Lei no 2.902/2011, do Poder Executivo, que trata dos procedimentos de destruição de drogas, destinação e perdimento de bens apreendidos no processo penal.[12] Parte do anteprojeto elaborado foi incorporado pela nova lei de lavagem de dinheiro, Lei no 12.683/2012 (FGV, 2013). Da mesma forma, a pesquisa "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica" desempenhou um papel relevante na formulação da recentemente aprovada Lei Anticorrupção (Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013). Ao indicar, em seu relatório final, que a solução penal para empresas transgressoras seria apenas uma das possibilidades de mecanismos a serem adotados para coibir a corrupção (Machado, 2009, p. 5-6), a pesquisa permitiu qualificar e reposicionar o debate no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de se focar nas vias civil e administrativa de responsabilização (Enap, 2010).[13]

Outra questão que merece exame é a tensão existente entre as expectativas vinculadas à pesquisa aplicada e a situação do pesquisador. As pesquisas do Projeto Pensando o Direito têm como destinatários não apenas a academia e a sociedade em geral, mas especialmente o governo. Trata-se de pesquisa aplicada, a qual se espera que sirva como baliza para reformas institucionais ou proposições normativas. O desafio que se impõe, dessa forma, é produzir conclusões que efetivamente tenham utilidade prática preservando-se a autonomia científica do pesquisador (Alves, 2013).

As dificuldades inerentes à aplicação, no processo político de orientação da ação do Estado, de evidências coletadas conforme os cânones da metodologia científica são conhecidas. Não por acaso, o ímpeto original dos proponentes da chamada "*evidence-based policy*" – políticas públicas baseadas em evidências – foi substituído por uma visão mais complexa e compreensiva em relação aos fluxos próprios dos processos decisórios democráticos – fala-se, assim, de forma mais contida, recentemente, em "*evidence-inspired policy*" ou "*evidence-influenced politics*" – políticas públicas inspiradas ou influenciadas por evidências (Prewitt, Schwandt & Straf, 2012, p. 14-15; Nutley, Walter & Davies, 2007, p. 14-18).

A esse respeito, há muito alertaram Sarat e Silbey (1988) acerca dos desafios envolvidos com a produção de pesquisas para a "audiência das políticas públicas", como são chamados os demandantes governamentais de trabalhos científicos. Segundo os autores, corre-se o risco de extrair certezas a partir de interpretações apressadas dos dados, de se conformar com visões políticas dominantes e de ignorar como as relações de poder permeiam todo empreendimento científico. Em suma, ter como ponto de partida para a pesquisa um problema definido por

11. Vide http://www.secretariageral.gov.br/mrosc/estudos-e-pesquisas/

12. "Aglutinam-se, em um único instituto denominado "medida de indisponibilidade", as medidas assecuratórias de sequestro, arresto e hipoteca, atualmente previstas no Código de Processo Penal. Tal escolha se deve ao fato de que tais institutos, utilizados no processo penal atualmente, apresentam aos juízes diversas dificuldades de aplicação, decorrentes de sua complexidade, como demonstrado em pesquisa financiada pelo Ministério da Justiça, intitulada: "Medidas Assecuratórias no Processo Penal" e realizada pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, pela série Pensando o Direito" (Item 3 da EMI 00252/MJ/SAE-PR/AGU, de 7 de dezembro de 2011, anexa à Mensagem Presidencial no 545/2011).

13. "O processo de tomada de decisão, dentro do Executivo Federal, sobre como melhor promover uma legislação antissuborno e anticorrupção com foco na responsabilização de pessoas jurídicas é fundamental para que se compreenda a *mens legis*, a vontade do legislador ao propor o PL 6.826/10. De tudo o que se discutiu na Comissão Especial do PL 6.826/10, fica claro que vários órgãos da Administração Federal, liderados pela Controladoria-Geral da União, com o apoio da Advocacia-Geral da União, realizaram pesquisa sobre os mais recentes desenvolvimentos no campo do direito e da justiça, no Brasil e no mundo, para combater a corrupção e o suborno. O alicerce doutrinário e jurisprudencial do PL 6.826/10 está expresso no relatório "Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas – uma contribuição para o debate público brasileiro", do Projeto Pensando o Direito, da Fundação Getúlio Vargas, que concluiu pela terceira via representada pelo Direito Administrativo Sancionador. A pesquisa da FGV permitiu que se optasse por uma proposição legislativa que autoriza o Estado a responsabilizar as pessoas jurídicas por atos de corrupção e suborno contra a Administração Pública com um conjunto de sanções administrativas e cíveis, aplicadas em processos perante a Administração Pública, preservadas as competências do Judiciário, do Legislativo, dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e demais órgãos e instituições atuantes no combate à corrupção." (Voto do relator do PL 6.826/10 na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Dep. Carlos Zarattini, p. 14)

agentes públicos preocupados em aperfeiçoar políticas públicas não deve ser sinônimo de legitimar instituições que podem ser contestadas; não deve impedir que se tenha uma postura crítica em relação à própria ciência; não deve, enfim, permitir que se ocultem as relações de poder que permeiam o fenômeno jurídico.

9 Conclusão

O Projeto Pensando o Direito surgiu num momento em que a pesquisa empírica no Brasil se encontrava em franca expansão, configurando-se numa das iniciativas que tem propiciado apoio institucional, financiamento e divulgação desse gênero de investigação. Com base num levantamento exploratório, foi possível demonstrar uma tendência de aproximação das pesquisas feitas a partir da academia jurídica e as técnicas empíricas das ciências sociais, bem como a difusão de uma abordagem multimetodológica para a compreensão de problemas complexos.

Além disso, a reflexão acerca dos resultados do projeto permite que se trace um panorama dos desafios inerentes à pesquisa aplicada financiada pelo governo, tais como a necessidade de prover condições de sustentabilidade aos grupos de pesquisa, os óbices ainda persistentes ao acesso à informação pública e a preservação da autonomia científica e crítica dos pesquisadores. O sucesso do projeto em subsidiar alterações normativas, porém, demonstra que é possível aproximar academia e governo para a formulação de políticas públicas mais consistentes.

10 Referências

Adeodato, J. M. (1999). Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. *Revista CEJ, 7, jan/abr,*143-150.

Alves, R. F. (2013). O necessário diálogo entre a Academia e o Governo: o binômio autonomia-utilidade do Projeto Pensando o Direito. In *O Papel da Pesquisa na Política Legislativa: Metodologia e Relato de Experiências do Projeto Pensando o Direito* (p. 38-47) Brasília: Ministério da Justiça.

Amaral, T. B. (2010). Medidas Assecuratórias no Processo Penal. *Série Pensando o Direito, 25/2010*. Brasília: Ministério da Justiça.

Chui, W. H. (2007). Quantitative Legal Research. In M. McConville & W. H. Chui. *Research Methods for Law* (p. 46-68) Edinburgh: Edinburgh University Press.

Colaço, T. L. (2011). Ensino e Pesquisa do Direito e da Antropologia Jurídica. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, 1,* 18-29.

Coutinho, D. (2011). O Direito nas Políticas Públicas. Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.) In: *Política Pública como Campo Disciplinar*, São Paulo: Unesp.

Cunha, A. S. & Silva, P. E. A (Orgs.). (2013). *Pesquisa Empírica em Direito: Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito*. Rio de Janeiro: IPEA.

Diehl, D. (2013). Balanço das Metodologias utilizadas na Série Pensando o Direito. In *O Papel da Pesquisa na Política Legislativa: Metodologia e Relato de Experiências do Projeto Pensando o Direito* (p. 90-98) Brasília: Ministério da Justiça.

Dobinson, I. & Johns F. (2007). Qualitative Legal Research. In M. McConville & W. H. Chui. *Research Methods for Law* (p. 16-45). Edinburgh: Edinburgh University Press.

Epstein, L. & King, G. (2002). The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review. 69 (1),* 1-133.

Epstein, L. & Martin, A. D. (2010). Quantitative approaches to empirical legal research. In P. Cane & H. M. Kritzer. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (pp. 901-925). Oxford: Oxford University Press.

Escola Nacional de Administração Pública – ENAP (2010). *Concurso Inovação na Gestão Pública Federal – Experiência: Projeto Pensando o Direito*. Disponível em: http://inovacao.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=306.

Faria, J. E. & Campilongo, C. (1991). *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris.

Fragale, R. & Veronese, A. (2004). A Pesquisa em Direito: Diagnóstico e Perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação, 1 (2),* 53-70.

Fundação Getúlio Vargas – FGV (2013). "Professores da DIREITO RIO são selecionados para o projeto Pensando o Direito". 22/05/2013. Disponível em: http://direitorio.fgv.br/professores-da-direito-rio--sao-selecionados-para-o-projeto-pensando-o--direito

Geraldo, P. B.; Fontainha, F.; Veronese, A. (2010). Sociologia empírica em direito: uma introdução. *Revista Ética e Filosofia Política, 12, 2, julho.*

Ghirardi, J. G.; Cunha, L. G.; Feferbaum M. (Orgs.) (2013). *Observatório do Ensino de Direito – Relatório Outubro 2013: Quem é o professor de Direito no Brasil?* São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

Junqueira, L. P. & Figueiredo M. (2011). Modernização do Sistema de Convênios da Administração Pública com a Sociedade Civil. *Série Pensando o Direito, 41/2011*. Brasília: Ministério da Justiça.

Kritzer, H. (2009). Research is a Messy Business: An Archeology of the Craft of Socio-Legal Research. In S. Halliday, P. Schmitt. *Conducting Law and Society Research. Reflections on methods and Practices*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kritzer, H. (2010). The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research. In P. Cane & H. M. Kritzer. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (pp. 875-900) Oxford: Oxford University Press.

Machado, M. R. (2009). Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *Série Pensando o Direito, n. 18/2009*. Brasília: Ministério da Justiça.

Machado, M. R. (2013). Pesquisa Empírica em Direito: os limites dos métodos e o ganho dos debates públicos. In *O Papel da Pesquisa na Política Legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito*. (p. 80-89) Brasília: Ministério da Justiça.

Mori Madeira, L. & Engelmann, F. (2013). Estudos Sociojurídicos: Apontamentos Sobre Teorias e Temáticas de Pesquisa em Sociologia Jurídica no Brasil. *Revista Sociologias, 15, 32,* 182-209.

Nielsen, L. B. (2010). The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research. In P. Cane & H. M. Kritzer. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (pp. 951-975). Oxford: Oxford Uni-

versity Press.
Nobre, M. (2003). Apontamentos Sobre a Pesquisa em Direito no Brasil. In *Novos Estudos Cebrap* (p. 145-154). São Paulo. 2003.
Nourse, V. & Shaffer, G. (2009). Varieties of New Legal Realism: Can a World Order Prompt a New Legal Theory? *Cornell Law Review. 95*, 61-138.
Nutley, S. M.; Walter, I.; Davies, H. T. O. (2007). *Using Evidence: How research can inform public services*. Bristol: The Policy Press.
Oliveira, F. L. & Silva, V. F. (2005). Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. *Sociologias (UFRGS. Impresso)*, 244-258.
Oliveira, G. J. (2009). Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor. *Série Pensando o Direito, n. 16/2009*. Brasília: Ministério da Justiça.
Oliveira, L. (2004). Não Fale do Código de Hamurabi! A Pesquisa Sóciojurídica na Pós-graduação em Direito. In *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica* (p. 137-167). Rio de Janeiro: Letra Legal.
Oliveira, L. & Adeodato, J. M. (1996). *O Estado da Arte da Pesquisa Jurídica e Sócio Jurídica no Brasil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários.
Paula, F. & Almeida, G. A. A. (2013). Avaliação Legislativa e Projeto Pensando o Direito: uma afortunada aproximação. In *O papel da pesquisa na política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito* (p. 25-37) Brasília: Ministério da Justiça.
Prewitt, K.; Schwandt, T. A.; Straf, M. L. (Eds.) (2012). *Using Science as Evidence in Public Policy*. National Research Council. Washington: The National Academies Press.
Rodriguez, J. R. (2013). O Impacto do Projeto Pensando o Direito. In *O papel da pesquisa na política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito*. (p. 109-115) Brasília: Ministério da Justiça.
Sarat, A. & Silbey, S. (1988). The Pull of the Policy Audience. *Law & Policy*. *10 (2 & 3)*.
Souza Filho, C. F. M. (2009). Estatuto dos Povos Indígenas. *Série Pensando o Direito, 19/2009*. Brasília: Ministério da Justiça.
Terrazas, F. V. & Abramovay, P. V. (2013). Alguns Apontamentos sobre a pesquisa no âmbito do Projeto Pensando o Direito. In *O papel da pesquisa na política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito*. (p. 17-24) Brasília: Ministério da Justiça.
Veronese, A. (2006). O Problema da Pesquisa Empírica e sua baixa integração na área do Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro, XV Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf
Webley, L. (2010). Qualitative approaches to empirical legal research. In P. Cane & H. M. Kritzer. *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. (pp. 926-950) Oxford: Oxford University Press.

Anexo – Relatórios pesquisados

Relatório final	Ano de publicação do edital	Instituições dos pesquisadores
Vol. 1 - Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo jurídico social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais	2008	Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e Universidade de Brasília - UnB
Vol. 2 - Dos Critérios de Aplicação da Pena no Brasil: Análise Doutrinária e Jurisprudencial da Conveniência da Determinação da Pena Mínima	2008	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS
Vol. 3 - Direitos Autorais e Internet – Propostas Legislativas para Fomentar o Desenvolvimento e o Acesso ao Conhecimento	2007	Instituto de Direito de Comércio Internacional e Desenvolvimento - IDCID

Vol. 4 - Direitos Humanos - A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Constitucionalização dos Tratados Internacionais	2007	Faculdade de Direito de Campos
Vol. 5 - A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Constitucionalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil	2007	Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ
Vol. 6 - Penas alternativas - Sistema de Consulta sobre Crimes, Penas e Alternativas à Prisão (SISPENAS)	2007	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 7 - Conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis	2008	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP
Vol. 8 - Lobby : A Possibilidade de Regulação Jurídica no Brasil	2008	Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Vol. 9 - Temas de Direito Urbanístico	2007	Universidade São Judas Tadeu
Vol. 10 - As Resoluções do CONAMA no âmbito do Estado Socioambiental brasileiro - As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica	2007	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS
Vol. 11 - Igualdade de Direitos entre Homens e Mulheres - Mulheres e Políticas de Reconhecimento no Brasil	2008	Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CEBRAP
Vol. 12 - Balanço do Código de Defesa do Consumidor e o necessário diálogo das fontes na perspectiva de consolidação normativa do Direito do Consumidor	2007	Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Vol. 13 - Federalismo no Brasil: Limites da Competência Legislativa e Administrativa	2007	Universidade Presbiteriana Mackenzie
Vol. 14 - Separação de Poderes – Vício de Iniciativa	2008	Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
Vol. 15 - Observar a Justiça: Pressupostos para a Criação de um Observatório da Justiça Brasileira	2007	Universidade de Brasília - UnB e Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ
Vol. 16 - Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa	2008	Instituto Pro Bono
Vol. 17 - Pena Mínima	2008	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 18 - Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica - Responsabilização por Ilícitos Praticados no Âmbito de Pessoas Jurídicas – uma Contribuição para o Debate Público Brasileiro	2008	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 19 - Estatuto dos Povos Indígenas	2008	Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, Universidade de Grande Dourados e UFMS
Vol. 20 - Reforma Política, Instituições Eleitorais e Capital Social	2007	Universidade de Brasília - UnB e Associação Brasileira dos Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais - ABAMPPE
Vol. 21. - Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores	2009	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC
Vol. 22 - Análise da Nova Lei de Falências	2009	Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV/RJ
Vol. 23 - Os novos procedimentos penais	2009	Centro de Estudos de Segurança e Cidadania - CESEC; Databrasil; Universidade Candido Mendes – UCAM

Vol. 24 - O papel da vítima no processo penal	2009	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim
Vol. 25 - Medidas Assecuratórias no Processo Penal	2009	Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV/RJ
Vol. 26 - Estatuto da Criança e do Adolescente: Apuração do ato infracional atribuído a adolescentes	2009	Universidade Federal da Bahia – UFBA
Vol. 27 - Conferências Nacionais, Participação Social e Processo Legislativo	2009	Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ
Vol. 28 - Junta Comercial	2009	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS
Vol. 29 - Desconsideração da Personalidade Jurídica	2009	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS
Vol. 30 - Controle de Constitucionalidade dos Atos do Poder Executivo	2009	Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP
Vol. 31 - Processo Legislativo e Controle de Constitucionalidade: as fronteiras entre Direito e Política	2009	Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CEBRAP
Vol. 32 - Análise das Justificativas para a produção de normas penais	2009	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 33 - Reflexos da Fragmentação institucional e normativa das Atividades de Controle da Administração Pública Federal	2009	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 34 - A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa	2010	Universidade de São Paulo - USP
Vol. 35 - Loucura e Direito Penal: uma análise crítica das Medidas de Segurança	2010	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS
Vol. 36 - Propriedade Intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira	2010	Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CEBRAP
Vol. 37 - A quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência	2010	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 38 - O desenho de sistema de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público	2010	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 39 - Regime Jurídico dos Bens Imóveis da União Federal	2010	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP
Vol. 40 - Repercussão Geral e o Sistema Brasileiro de Precedentes	2010	Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP
Vol. 41 - Modernização do Sistema de Convênio da Adm. Pública com a Sociedade Civil	2011	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP
Vol. 42 - Por um sistema nacional de ouvidorias públicas: possibilidades e obstáculos	2011	Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Vol. 43 - Banco de Perfis Genéticos para fins de persecução criminal	2011	Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS
Vol. 44 - Prisão: para que e para quem? Diagnóstico do sistema carcerário e perfil do preso	2011	Centro de Assessoria Jurídica Popular Mariana Criola
Vol. 45 - Democracia e Integração Regional – Internalização das normas do MERCOSUL	2011	Universidade de São Paulo - USP e Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Vol. 46 - Regime Jurídico das Cooperativas Populares e empreendimentos da Economia Solidária	2011	Universidade de São Paulo - USP

Vol. 47 - Crime de Cartel e Reparação de danos no Poder Judiciário Brasileiro	2011	Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV/RJ
Vol. 48 - Registros Públicos e Recuperação de Terras Públicas	2011	Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CEBRAP
Vol. 49.1 - Compras públicas sustentáveis	2012	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 49.2 - Critérios para indenização em desapropriação de imóveis rurais	2012	Universidade Federal do Piauí - UFPI
Vol. 49.3 - Eficácia das multas aplicadas em fiscalização e exercício do poder de polícia ambiental	2012	Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e Universidade Católica de Petrópolis
Vol. 49.4 - Fluxo de informações entre entes federados na construção de políticas sociais	2012	Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV/SP
Vol. 49.5 - Gestão da execução de contratos administrativos pelo poder público	2012	Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS e Universidade Federal da Bahia - UFBA
Vol. 49.6 - Gestão da Força de Trabalho entre os entes federativos da Administração Pública	2012	Universidade Nove de Julho - UNINOVE
Vol. 49.7 - O Processo Administrativo Disciplinar em uma análise institucional: RFB, INSS e UFRJ	2012	Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ
Vol. 49.8 - Brasil, o país dos concursos públicos?	2012	Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV/RJ e Universidade Federal Fluminense - UFF

Data de submissão/Submission date: 22.02.2014
Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 07.07.2014

A EPISTEMOLOGIA DA PESQUISA QUALITATIVA[1] //

Howard S. Becker[2]

Palavras-chave

Epistemologia / Pesquisa qualitativa e pesquisa quantitativa / Etnografia / Pesquisa de campo / Surveys

Sumário

1. **"Qualitativo" e "quantitativo"**
2. **Algumas reflexões sobre a epistemologia**
3. **Por que acreditamos que existe uma diferença**
4. **Várias etnografias**
5. **O ponto de vista do ator: precisão**
6. **O mundo cotidiano: dando espaço ao inesperado**
7. **Descrição completa, descrição densa: observando as margens**
8. **Epílogo**
9. **Considerações adicionais**
10. **Referências**

Resumo[3]

Este artigo discute questões relevantes à epistemologia da pesquisa qualitativa. Para tanto, discute-se e questiona-se a suposta dicotomia entre a pesquisa qualitativa e a quantitativa. Sustenta-se aqui que as semelhanças entre tais métodos são mais relevantes do que suas diferenças. Ambos os métodos procuram descrever a realidade social e têm a mesma base epistemológica, ainda que com ênfase em questões diferentes. Para esclarecer a origem de tal dicotomia, menciona-se a origem da epistemologia como disciplina e seu caráter filosófico. Finalmente, as especificidades e vantagens da pesquisa qualitativa, especialmente a etnografia e a pesquisa de campo, são discutidas por meio da análise de alguns aspectos de tais formas de observação da realidade social: o ponto de vista do ator, a observação do mundo cotidiano e a descrição completa e densa.

1. Este artigo foi originalmente publicado em inglês pela University of Chicago Press, em 1986. Ele apareceu como capítulo do livro *Ethnography of Human Development: Context and Meaning in Social Inquiry* (organizado por Richard Jessor, Anne Colby e Richard A. Schweder), com o título "The Epistemology of Qualitative Research". Agradecemos à editora e ao autor pela autorização para publicação desta versão em português. Tradução de Julia Gitahy da Paixão, revisão técnica de José Roberto Franco Xavier.
2. Howard S. Becker é um renomado sociólogo americano, que fez grandes contribuições à sociologia da delinquência, à sociologia da arte e à sociologia da música. Também escreveu bastante sobre métodos de pesquisa e a escrita acadêmica. Terminou seu doutorado em sociologia na Universidade de Chicago em 1951 e depois disso foi professor em várias instituições superiores. Primeiro, começou como instrutor de sociologia na University of Chicago e depois foi pesquisador associado na Stanford University e finalmente se tornou professor de sociologia na Northwestern University em 1965, tendo ali ficado até 1991. Depois disso foi professor de sociologia e de música de 1996 a 1999 na University of Washington, quando se aposentou. Hoje ele vive entre São Francisco e Paris e ainda escreve e é músico.
3. Resumos e palavras-chave, em inglês e português, formulados pela tradutora.

THE EPISTEMOLOGY OF QUALITATIVE RESEARCH //

Howard S. Becker

Keywords

Epistemology / Qualitative and quantitative research / Ethnography / Field research / Surveys

Abstract

This article discusses questions that are relevant to the epistemology of qualitative research. In order to do so, the presumed dichotomy between qualitative and quantitative research is discussed and challenged. According to the author, the similarities between these methods are more relevant than its differences. Both methods strive to describe the social reality and thus have the same epistemological basis, even though they emphasize different questions. To shed light in such dichotomy, the author explores the origins of epistemology as a discipline and its philosophical character. Finally, the particularities and advantages of qualitative research are discussed, especially ethnography and field research, through an analysis of some of its main aspects for observing social reality: its focus on the point of view of the actor; the observation of the everyday world and the full and thick description.

11. "Qualitativo" e "quantitativo"

Ao discutir questões epistemológicas em ciências sociais é retoricamente inevitável comparar os métodos "qualitativos" e "etnográficos" com aqueles que são "quantitativos" e que usam "*surveys*". Em outras palavras, sempre acabamos comparando, no nosso imaginário, uma pesquisa de campo realizada em uma comunidade ou organização com uma pesquisa de *survey* desta mesma comunidade ou organização, feita por meio de questionários (respondidos pelos próprios sujeitos da pesquisa ou submetidos aos entrevistadores que os encontram apenas uma vez, munidos de um formulário impresso para ser preenchido). O próprio tema desta conferência presume tal distinção.

Presumindo que estas duas maneiras de pesquisar são baseadas em arcabouços e fundamentos epistemológicos diferentes nos leva a pensar na questão proposta pelos organizadores da conferência: *"Qual é a epistemologia da pesquisa qualitativa?"* Para mim, essa é uma questão estranha. Eu sou um intelectual descendente de Robert E. Park, o fundador da agora já conhecida Escola de Sociologia de Chicago. Park era um grande defensor do que hoje conhecemos como métodos etnográficos, mas ao mesmo tempo também era proponente dos métodos quantitativos, particularmente aqueles que conhecemos como ecológicos. Eu o acompanho nesse ponto, e para mim as semelhanças entre esses métodos são mais relevantes que suas diferenças. De fato, penso que os mesmos argumentos epistemológicos sustentam ambos os métodos.

Como isso é possível? Ambos os tipos de pesquisa tentam observar como a sociedade funciona, descrever a realidade social e também responder a questões específicas sobre a realidade social. Alguns cientistas sociais estão interessados em descrições muito genéricas, por meio de enunciados sobre classes inteiras de fenômenos. Outros estão mais interessados em compreender casos específicos, de que maneira esses enunciados genéricos funcionam num determinado caso. Mas, de qualquer forma, há muita sobreposição.

Esses dois tipos de trabalho colocam ênfase distinta na compreensão de casos histórica ou epistemologicamente específicos, em oposição aos enunciados genéricos sobre a interação social. No entanto, um estilo de pesquisa é também interdependente do outro. Cada estudo de caso se apoia, explicita ou implicitamente, em algum enunciado geral; e cada enunciado geral supõe que a investigação dos casos particulares mostraria a aplicação do enunciado na prática. A despeito da ênfase diferente, tudo acaba num entendimento comum, não é?

Todavia, este tipo de ecumenismo claramente não resolve o problema, porque a pergunta não vai embora. Para destacar um exemplo familiar: mesmo que pesquisadores em educação façam pesquisas qualitativas perfeitamente boas há pelo menos 60 anos, eles ainda assim realizam encontros e debates periódicos, como este congresso, para discutir se tais pesquisas são legítimas ou não. E, se o são, por que o são. Obviamente deve haver alguma diferença epistemológica real entre estes dois métodos que possa explicar essa contínua inabilidade para se responder a essa questão.

12. Algumas reflexões sobre epistemologia

Vamos dar um passo atrás e questionar a epistemologia como disciplina. Como ela vê a sua tarefa? Que tipos de questões ela levanta? Como muitas outras disciplinas filosóficas, a epistemologia tipicamente se preocupa com o que "deve ser" ao invés do que "é", e resolve suas questões através da lógica de princípios e não por meio de pesquisa empírica. Em contrapartida, disciplinas empíricas têm se preocupado com a maneira como as coisas funcionam e não como elas devem funcionar, e resolvem suas questões empiricamente.

Alguns tópicos da discussão filosófica se transformaram em áreas de investigação empírica. Acadêmicos já estudaram biologia e física por meio da leitura de Aristóteles. A política, que é outra área que já foi controlada por filósofos, já foi também uma área na qual acadêmicos resolviam suas questões por meio do raciocínio lógico no lugar da pesquisa. Podemos assistir a áreas da filosofia, entre elas a epistemologia, passando por essa mesma transformação recentemente: desiste-se de pregar como as coisas devem ser e passa-se a observar como as coisas são realiza-

das de fato.

A estética, por exemplo, era tradicionalmente o estudo de como distinguir a arte da não-arte e, mais especificamente, como distinguir a grande arte da arte ordinária. O seu impulso é negativo: a preocupação primordial é identificar candidatos que não mereçam o honorífico título de arte e assim manter tais impostores de fora. A sociologia da arte, o descendente empírico da estética, desistiu de fazer essa distinção entre o que deve ser e o que não deve ser chamado de arte. Em vez disso, ela descreve o que é feito sob tal nomenclatura. Parte dessa tarefa é exatamente revelar como o título honorífico de "arte" é disputado, quais ações tal disputa justifica e o que seus usuários conseguem fazer impunemente (ver Becker, 1982, p. 131-164).

A epistemologia tem sido uma disciplina também negativa, sobretudo preocupada em dizer o que você não deve fazer se quiser que sua atividade mereça o título de ciência, prevenindo assim que impostores sem mérito possam se apropriar de tal título. A sociologia da ciência, o descendente empírico da epistemologia, desistiu de tentar definir o que deve e o que não deve contar como ciência, e assim descreve o que as pessoas que afirmam estar produzindo ciência fazem, como o termo é disputado, e quais pessoas conseguem usar tal título impunemente (Latour, 1987).

Portanto, este artigo não é um sermão sobre como devemos fazer ciência, e o que não devemos fazer, e quais são os males que nos afetarão caso decidamos fazer coisas proibidas. Em vez disso, falo sobre como os etnógrafos têm produzido resultados confiáveis e críveis, especialmente aqueles resultados que continuam impondo respeito e convicção.

Para ser filosófico, tal tarefa é bem Aristotélica, de acordo com o plano da *Poética* que se incumbiu de não legislar sobre como a tragédia deve ser construída, mas, ao contrário, procurou observar o que era verdadeiro nas tragédias que evocavam compaixão e terror, produzindo assim catarse. Epistemólogos têm pretendido fazer tais análises Aristotélicas, mas o que se têm produzido se parece mais com sermões.

13. Por que acreditamos que existe uma diferença?

Duas circunstâncias parecem ter produzido as supostas diferenças entre a epistemologia qualitativa e a quantitativa, que parecem ser tão importantes nas ciências sociais. A primeira é que estes dois tipos de métodos tipicamente levantam questões um pouco diferentes no nível dos dados, a fim de produzir generalizações sobre a vida social. Os pesquisadores de *surveys* usam uma variante do paradigma experimental, procurando diferenças numéricas entre dois grupos de pessoas que diferem entre si de maneira interessante numa dimensão de atividade ou de contexto. Eles querem descobrir, por exemplo, se adolescentes com pais que tenham empregos com um *status* socioeconômico mais alto têm menores chances de cometer atos delinquentes ou não – uma diferença pela qual eles poderiam inferir que outras diferenças na experiência ou possibilidade poderiam "explicar" a delinquência. O argumento consiste em uma "explicação" de um ato baseado na lógica da diferença entre grupos com características diferentes (Abbot, 1992).

A minha intenção não é simplificar o que acontece nesse tipo de trabalho. A elaboração de tal lógica pode, e quase sempre é, muito mais complicada do que isso. Os pesquisadores podem se preocupar com o efeito da interação entre variáveis e como algumas variáveis condicionam as relações entre outras variáveis, tudo isso conspirando para uma figura complexa das circunstâncias da participação de alguém na delinquência.

Pesquisadores de campo, por sua vez, geralmente querem atingir algo bem diferente: a descrição da organização da atividade delinquente, uma descrição que compreendem na medida do possível a partir da sua observação da delinquência juvenil. Quem são as pessoas envolvidas na ação em questão? Quais eram as relações deles antes, durante e depois do evento? Quais são as relações deles com as outras pessoas que eles vitimizam? Quais são as relações deles com a polícia? E com a justiça de menores? Pesquisadores de campo também estão interessados na história dos eventos: como isso começou? O que aconteceu depois? E depois ainda? E como tudo isso acabou eventualmente se tornando em um ato de delinqu-

ência ou uma carreira de delinquente? E como essa sequência de eventos depende da organização de toda esta outra atividade?

O argumento aqui reside na interdependência de muitos enunciados "mais-ou-menos provados". O ponto aqui não é provar, sem nenhuma dúvida, a existência de uma relação particular, mas sim de descrever um sistema de relações, de mostrar como as coisas interagem dentro de uma rede de influência múltipla ou suportam uma relação de interdependência ou qualquer coisa, a fimd e descrever as conexões entre as especificidades que o etnógrafo conhece pela própria virtude de "ter estado lá" (ver a descrição em Diesing, 1971). Ter estado lá produz uma convicção forte de que os variados eventos que foram observados estão todos conectados, o que não é insensato porque o que o pesquisador de campo observa não são variáveis ou fatores que precisam ser relacionados, mas sim pessoas fazendo coisas juntas de maneira manifestamente conexa. Afinal, são as mesmas pessoas e é somente a nossa análise que produz o abstrato e as variáveis discretas que usamos para que tudo faça sentido. Assim, a pesquisa de campo te deixa consciente do caráter construído destas variáveis (o que não quer dizer que não devemos nunca falar em variáveis e usá-las).

Uma segunda diferença que pode explicar o sentimento persistente de que os dois métodos diferem epistemologicamente é que, nas situações de coletas de dados dos pesquisadores de campo, muita informação é apresentada, mesmo que esses não a procurem e independentemente da sua vontade. Se um pesquisador faz um *survey*, ele vai saber de antemão toda a informação que pode ser coletada. Podem existir algumas surpresas nas conexões entre os itens medidos, mas não vai haver nenhum dado surpresa, ou seja, coisas que não foram perguntadas mas que foram coletadas de qualquer forma. Uma exceção parcial a isso pode ser o uso de questões abertas, mas tais questões não são usualmente inseridas nos questionários, de forma a não estimular um fluxo de dados não antecipados que sugiram novas variáveis. De fato, de acordo com o atual funcionamento das organizações de *surveys*, os entrevistadores são desestimulados a registrar dados não perguntados nos formulários (Peneff, 1988).

Em contraste, pesquisadores de campo não podem se isolar dos dados. Desde do momento em que eles "entram no campo" eles vão observar e ouvir coisas que devem ser registradas em seus cadernos de campo. E se eles são conscientes, ou experientes o suficiente, devem saber que eles têm que colocar tudo dentro dos seus registros, mesmo aquilo possa parecer inútil, e têm que continuar a fazer isso até que eles tenham certeza que não vão mais usar os dados sobre certos temas. Então, eles estão abertos a se tornarem conscientes de coisas que não foram antecipadas e que podem ter influência no seu tema de pesquisa. Eles têm uma expectativa de continuar a acrescentar variáveis e ideias aos seus modelos. E, de alguma forma, essa é a essência do seu método.

14. Várias etnografias

Há vários trabalhos que são chamados de etnografias e que não são iguais entre si; e essa diferença pode decorrer de detalhes epistemológicos. Na parte seguinte deste artigo, concentro-me nas tradições mais antigas (por exemplo, a observação participante, as entrevistas abertas ou não-estruturadas) e não nas versões mais recentes e na moda (por exemplo, a leitura hermenêutica de textos), mesmo que as versões mais novas insistam mais nessas diferenças epistemológicas. O que tenho a dizer pode não ser interpretado por alguns como a melhor defesa do que eles fazem. Que assim seja. Deixo para aqueles que estão menos em cima do muro que falem mais sobre isso. (No entanto, eu de certa forma falo de etnógrafos ou pesquisadores de campo de maneira indiscriminada, colocando no mesmo saco pessoas que talvez preferissem ficar separadas.)

Muita energia é desperdiçada em detalhes filosóficos, que muitas vezes têm pouco ou mesmo nada a ver com o que os pesquisadores fazem, por isso eu me concentro menos nos enunciados teóricos e mais na maneira pela qual os pesquisadores trabalham tais posições na prática. O que os pesquisadores fazem reflete uma certa acomodação às realidades da vida social, o que os afeta da mesma maneira que qualquer outro ator estudado pelos cientistas sociais, já que limita o que eles podem fazer. Assim, sua atividade não pode ser explicada ou justificada por suas posições filosóficas (Platt, trabalho inédito). Em

suma, estou descrevendo a epistemologia prática, de que maneira o que fazemos afeta a credibilidade das proposições que defendemos. Em geral, acredito (sem surpreender ninguém ao fazê-lo) que os argumentos defendidos pelos pesquisadores qualitativos têm uma grande validade, mas não da maneira dogmática e geral pela qual tais argumentos são muitas vezes defendidos. Então, farei aqui e ali algumas observações arrogantes acerca dos excessos nos quais etnógrafos muitas vezes incorrem.

Algumas questões básicas parecem jazer no cerne destas discussões sobre esses métodos: devemos levar em consideração a perspectiva do ator social e, se for o caso, como devemos fazê-lo? Como lidar com a enraizamento de toda ação social no mundo cotidiano? E, ainda, quão densas devem ser as nossas descrições?

15. O ponto de vista do ator: precisão

Um ponto fundamental que os etnógrafos defendem como sendo uma das maiores vantagens epistemológicas do que eles fazem é que o método permite que se compreenda o ponto de vista do ator. Isso satisfaz o que eles consideram um critério crucial para produzir uma ciência social adequada. "Levar em consideração o ponto de vista do outro" é um ótimo exemplo da variedade de sentidos metodológicos que os *slogans* adquirem. Para alguns, há aí um certo tipo de significância religiosa ou ética: se não formos capazes de fazê-lo, podemos demonstrar um desrespeito para com as pessoas que estudamos. Outra tendência vai ainda mais longe, criticando a ciência social que "fala" pelos outros, dando resumos e interpretações de seus pontos de vista. Segundo esta visão, não é suficiente honrar, respeitar e aceitar o ponto de vista dos atores; deve-se deixar que eles próprios exprimam seu ponto de vista.

Para outros, entre os quais eu me encaixo, trata-se de uma questão técnica, que é melhor analisada por Herbert Blumer (1969): todos os cientistas sociais, implícita ou explicitamente, atribuem um ponto de vista às pessoas cujas ações estudamos. Isto é, sempre descrevemos como nós interpretamos os eventos nos quais elas participam. Assim, a questão relevante não é se devemos ou não fazê-lo, mas quão precisamente podemos fazê-lo. Podemos descobrir, não com uma precisão exata (mas maior que zero), o que as pessoas pensam que estão fazendo, que significados elas dão aos objetos, eventos e pessoas nas suas vidas e experiências. Fazemos isso por meio de conversas com essas pessoas, em entrevistas informais ou formais, em interações rápidas enquanto participamos e observamos suas atividades ordinárias, e observando e ouvindo enquanto essas pessoas continuam agindo à vontade. Podemos até usar questionários para deixá-los dizer quais significados constroem ou para escolher entre os significados que damos como possibilidade. Para antecipar um ponto mais tardio, quanto mais próximo chegarmos às condições nas quais tais pessoas atribuíram sentido aos objetos e eventos, mais precisas serão as descrições de tais sentidos.

Blumer argumenta que se não descobrirmos por meio das próprias pessoas quais os sentidos que elas dão às coisas, ainda assim vamos falar sobre tais sentidos. Neste caso, vamos inventá-los quando for necessário, raciocinando que as pessoas sobre as quais escrevemos devem ter querido dizer isso ou aquilo, ou elas não teriam feito as coisas da maneira que fizeram. Mas, do ponto de vista epistemológico, é inevitavelmente perigoso fazer adivinhações sobre o que pode ser observado diretamente. O perigo é que podemos adivinhar errado, e o que nos parece razoável pode não ser razoável para aquelas pessoas. Isso acontece frequentemente, em grande medida porque não somos aquelas pessoas e não vivemos nas suas circunstâncias. Assim, estamos sujeitos a pegar o caminho mais fácil e atribuir às pessoas o que achamos, como sentimos e entendemos suas circunstâncias. Como o fazem estudiosos do comportamento adolescente, quando observam as taxas comparativas de gravidez, e as correlações possíveis, e decidem como as pessoas envolvidas "devem ter pensado" para terem agido de tal maneira.

O campo de estudo do uso de drogas, com vários pontos de contato com o campo de estudo da adolescência, é abundante em tais erros de atribuição. O significado mais comumente atribuído ao uso de drogas é que seria uma "fuga" de algum tipo de realidade que o usuário de droga considera opressiva ou insuportável. A intoxicação por drogas é compreendi-

da como uma experiência na qual todos os aspectos dolorosos e indesejados da realidade seriam ofuscados de forma que não fosse preciso, para o usuário, lidar com eles. O usuário substituiria a realidade por sonhos chamativos de esplendor e desembaraço, prazeres sem problemas, perversas emoções eróticas e fantasias. A realidade é entendida como uma assombração distante, pronta para dominá-lo no momento em que ele ou ela despenque desse mundo etéreo.

Este tipo de imaginário tem uma longa história, provavelmente originária de *"Confessions of an English Opium Eater",* de De Quincey (1971). (Uma versão maravilhosa americana deste texto do século XIX é a de Fitz Hugh Ludlow *The Hashish Eater* [1975]). Essas obras jogam com o imaginário analisado no exame da *Orientalia, the Orient as Mysteriuos Other* de Edward Said (1978). Versões mais modernas, mais cheias de ficção científica, menos *orientais*, e mais benignas, podem ser achadas nas obras de William Burroughs, como por exemplo *Naked Lunch* (Burroughs, 1966).

Estas descrições do uso de drogas são, como tem sido descoberto por gerações de pesquisadores que se preocuparam em fazer perguntas, puras fantasias da parte de pesquisadores que as publicaram. As fantasias não correspondem às experiências dos usuários ou dos pesquisadores que fizeram as experiências eles próprios. Elas estão imersas numa ignorância voluntária.

As interpretações errôneas das experiências e significados são comuns nos estudos sobre delinquência e crime, comportamento sexual, e em geral nos estudos de comportamento alheios à experiência ou estilo de vida dos acadêmicos convencionais. Muito do que os estudos da antropologia e da etnografia trouxeram ao entendimento dos problemas da adolescência e da experiência de crescer é uma correção de simples erros de fatos, substituindo a especulação por observação.

Porém o "não invente o que você pode encontrar" dificilmente precisa ser dignificado como uma posição filosófica ou epistemológica. Não é nem muito diferente de uma compreensão convencional e até mesmo positivista do método (Lieberson, 1992), sendo apenas, talvez, mais rigorosa e exigindo a verificação da especulação que os pesquisadores não podem se eximir de fazer. Assim, o primeiro ponto é que a epistemologia da etnografia, na sua insistência em investigar o ponto de vista dos que são estudados, é de fato como qualquer outro ponto de vista dos cientistas sociais, só um pouco mais rigoroso e completo. (Eu acho difícil evitar – e não também não me esforço muito para fazê-lo – a ironia de insistir que a pesquisa qualitativa é tipicamente mais precisa e rigorosa que um *survey*, que é mais comumente visto como tendo uma vantagem nesses critérios).

Uma razão pela qual os pesquisadores que concordariam em tese com esse princípio evitam investigar os pontos de vista dos atores é que as pessoas que estudamos repetidamente não dão significados consistentes às coisas, pessoas e eventos. Elas mudam de opinião frequentemente. E ainda pior, elas podem muitas vezes não ter certeza do que as coisas significam, fazendo interpretações vagas e confusas de eventos e pessoas. E o que se segue do argumento prévio, é que devemos respeitar tais confusões e a inabilidade de ser decisivo e não dar um significado mais estável do que as pessoas que estão envolvidas dão. Mas fazer isso deixa o trabalho do pesquisador mais difícil, porque é muito mais difícil descrever, quanto mais mensurar, um alvo em movimento.

Um excelente exemplo da instabilidade dos sentidos "nativos" é dado na análise de Bruno Latour (1987) sobre a ciência. Convencionalmente, cientistas sociais dão um *status* especial ao conhecimento criado pelos cientistas, tratando-o melhor do que o saber convencional dos leigos, por ser mais garantido. Latour ressalta este paradoxo: os próprios cientistas não consideram a ciência sempre dessa maneira. Às vezes eles até o fazem, tratando o resultado como definitivo e "colocando-o numa caixa preta". Mas os cientistas frequentemente discutem entre si, tentando evitar que outros coloquem um resultado numa caixa preta ou, ainda pior, abrindo caixas pretas que todos pensavam estarem fechadas para sempre. Sua regra de método é a seguinte: devemos ser tão indecisos quantos os atores que estudamos. Se eles acham que uma conclusão, uma descoberta ou uma teoria é instável, controversa, ou aberta a questiona-

mentos, então também devemos achá-lo. E devemos fazer isso mesmo quando o que está sendo estudado seja uma controvérsia histórica cujo desfecho seja agora conhecido, embora os atores envolvidos durante tal período não pudessem prevê-lo. Num sentido contrário, se os atores envolvidos pensam que a ciência envolvida é inquestionável, então também devemos pensar assim.

Pessoas que escrevem sobre ciência de maneira prescritiva – epistemólogos – poderiam evitar distorcer as ideias daqueles que estudam se seguissem as regras que os antropólogos inventaram para as suas pesquisas de campo. Houve um tempo em que se acreditava que visitar uma tribo por um mês ou dois durante o verão era suficiente para conseguir toda informação dos informantes com a ajuda de tradutores. Ninguém mais acredita nisso, e agora há um certo parâmetro mínimo: conhecer completamente a língua nativa, permanecer entre um ano e dezoito meses e usar algum tipo rudimentar de técnicas de amostragem. Essas regras aplicadas ao estudo da ciência demandariam dos epistemólogos que aprendessem plenamente a língua nativa. Não somente a versão "*high church*" usada apenas em ocasiões formais, mas a linguagem de todos os dias também; não somente a visão dos "eminentes cientistas" e aqueles que falam pela ciência, mas sim dos cientistas comuns que fazem o trabalho. E é exatamente isso que Latour (1987) e outros estudantes da observação da "linha de montagem"[4] na ciência têm feito (e que Diesing [1971], um epistemólogo não-usual, fez), mas que muitos outros sociólogos da ciência não fizeram.

Dessa forma, epistemologicamente os métodos qualitativos insistem que não devemos inventar a perspectiva do ator, e devemos apenas atribuir aos atores ideias sobre o mundo em que eles de fato acreditem, se queremos entender suas ações, razões e motivos.

16. O mundo cotidiano: dando espaço ao inesperado

Um segundo ponto, semelhante à ênfase na aprendizagem e na compreensão – em vez da invenção – dos sentidos que as pessoas dão ao seu mundo e suas experiências, é a ênfase no mundo de todos os dias, na vida do dia-a-dia, do cotidiano. Essa conhecida e já batida frase aparece frequentemente na escrita etnográfica, muitas vezes se referindo às ideias de Alfred Schutz. Nos escritos de Schutz (1962), e na elaboração dessas ideias comuns entre os etnometodólogos, o mundo cotidiano tipicamente se refere aos entendimentos presumidos que as pessoas compartilham e que fazem com que as ações concertadas sejam possíveis. E dentro disso, a ideia assemelha-se à noção de cultura de Redfield (1941) – *"entendimentos compartilhados manifestos no ato e no artefato"* – e aos "significados compartilhados" de George Herbert Mead tal como interpretado por Blumer (1969).

A ideia geral é que agimos no mundo com base em presunções que não questionamos, mas que são a base da nossa ação. E que quando agimos estamos certos de que os outros vão reagir da maneira que esperamos. Uma outra versão desta ideia é dizer que as coisas olham para mim como elas olhariam para você se você estivesse posicionado onde estou. Nesta visão, "os entendimentos cotidianos" se referem não tanto às compreensões envolvidas, por exemplo, na análise do sistema de parentesco – que é a maneira em que uma pessoa deve agir, por exemplo, com uma mãe, um irmão ou uma filha – mas às crenças epistemológicas que fundamentam todas essas ideias compartilhadas, as meta-análises e ontologias das quais não estamos sempre cientes e que fazem a vida social possível.

Muito esforço teórico tem sido gasto nesse conceito. Eu prefiro uma interpretação mais simples, menos controversa, mais comum, tanto como uma alternativa ou simplesmente como um complemento para esses significados profundamente teóricos. Esta é a noção do mundo cotidiano como o mundo em que as pessoas de fato agem todos os dias, o mundo comum no qual as coisas em cuja compreensão estamos interessados de fato acontecem. Em oposição a quê? Ao mundo mais simples, menos dispendioso, que os cientistas sociais constroem para gastar menos tempo e coletar dados mais eficazmente, nos quais os questionários das *surveys* são preenchidos e os documentos oficiais são consultados como plataformas para observações das atividades e eventos aos quais se referem.

4. NT: Tradução da expressão original *"shop floor practice"*.

A maior parte dos etnógrafos pensa que está chegando mais perto da coisa real do que em outros tipos de pesquisa, pela própria virtude de se observar o comportamento *in situ* ou ao menos deixar que as pessoas contem o que lhes aconteceu nas suas próprias palavras. Claramente, sempre que um cientista social está presente, a situação não é apenas aquela que seria se este pesquisador não estivesse presente. Eu suponho que isso também se aplica mesmo quando ninguém sabe que aquela pessoa é um cientista social fazendo uma pesquisa. Um novo membro de um culto que acredita em discos voadores de outros planetas e na proximidade de sua chegada é, de qualquer maneira, mais um membro do culto que não fazia parte dele até então. E se esse culto for pequeno demais, isso já aumentaria o número de pessoas, o que poderia afetar aquilo que observador está lá para estudar.

Em suma, como a situação não é nunca exatamente como seria caso o pesquisador não estivesse lá, há níveis de interferência e influência. Etnógrafos se orgulham de observar e ouvir, mais ou menos, o que as pessoas fariam e diriam se os observadores não estivessem lá.

Uma razão para se supor que isso seja verdade é que os etnógrafos observam as pessoas enquanto todas as restrições da vida social ordinária estão em operação. Vamos considerar isso comparativamente. Usualmente, asseguramos às pessoas que entrevistamos, ou às quais pedimos para responder questionários, que ninguém nunca vai saber o que eles nos disseram, ou o que assinalaram no questionário. (Se não tivermos certeza de que podemos assegurar tal confidencialidade, geralmente nos preocupamos com a validade dos resultados.) Isso isola as pessoas entrevistadas das consequências que eles poderiam sofrer caso outras pessoas conhecessem suas opiniões. Este isolamento nos ajuda a descobrir os pensamentos privados das pessoas, as coisas que estas pessoas escondem de seus colegas, o que é geralmente o que queremos descobrir.

Porém não devemos tirar a conclusão precipitada de que a expressão deste pensamento privado determina as ações desta pessoa numa situação na qual tal pensamento pode ser relevante. Quando observamos pessoas agirem onde elas geralmente agem (isto é, quando as observamos no seu ambiente de trabalho, ou quando elas vão até uma reunião política no seu bairro, ou ainda quando jantam com a sua família), não podemos isolá-las das consequências das suas próprias ações. Pelo contrário, as pessoas têm que aceitar as consequências do que fazem, exatamente como fariam na sua vida cotidiana. Um exemplo: quando estava observando estudantes de graduação, eu algumas vezes ia com eles para as aulas. Numa ocasião, o instrutor anunciou que haveria uma prova surpresa para a qual o estudante que eu estava acompanhando, um fanfarrão, estava totalmente despreparado. Sentado ao lado dele, eu podia facilmente ver que ele estava se inclinando e copiando as repostas de outra pessoa que ele imaginava saber mais do que ele. Ele ficou com vergonha de eu ter percebido o que ele fez, mas tal vergonha não o impediu de continuar "colando", porque as consequências de ir mal no teste (isto aconteceu durante o período no qual ser jubilado da universidade, o que poderia levá-lo a ser convocado a servir no exército e a ser morto em combate) eram bem piores do que uma queda potencial da minha opinião sobre. Ele se desculpou e deu alguns pretextos para suas ações, mas ele de fato "colou" na prova. O que será que ele diria sobre ter "colado" num questionário ou numa entrevista, totalmente fora da situação na qual ele foi forçado a tomar tal atitude?

Nossas opiniões ou ações não são sempre vistas como não tendo consequências pelas pessoas que estudamos. Cientistas sociais que estudam escolas e agências sociais muitas vezes descobre que os funcionários dessas organizações veem a pesquisa como uma versão das avaliações institucionais às quais são sempre submetidos, e por isso tomam medidas para manipular o que pode ser descoberto. Algumas vezes, as pessoas mais fáceis de serem entrevistadas são aquelas que estão mais por fora da sociedade ou cultura local, desejando de fato uma saída e contando com a ajuda do etnógrafo para tanto. Todavia, mesmo que essas exceções à regra geral devam ser sempre analisadas com cuidado, geralmente os etnógrafos defendem o ponto a seguir como argumento epistemológico fundamental: quando eles falam sobre o que as pessoas fazem, eles falam sobre o que viram tais pessoas fazer sob certas condições

que normalmente estão presentes, em vez de fazer inferências a partir de um indicador mais remoto (tal como a resposta a uma pergunta na privacidade de uma conversa com um estranho). Eles estão vendo "o mundo real" da vida cotidiana, não uma versão criada a pedido e para o benefício deles (etnógrafos). E essa versão do "mundo real", acreditam eles, merece ser tratada com um valor de verdade maior do que as versões potencialmente menos precisas produzidas por outros métodos, não importando quais sejam as vantagens de eficiência ou de diminuição de custos dessas outras técnicas.

A consequência de se descobrir os detalhes da vida cotidiana é que muitos eventos e ações acabam tendo explicações prosaicas, que raramente são levadas em consideração nas nossas teorias. Um estudante num curso sobre pesquisa de campo que eu dei na cidade de Kansas estudou carteiros. Sob a minha orientação, ele tentou descobrir que tipos de rotas eram preferidas pelos carteiros: que partes da cidade eles escolhiam trabalhar quando eles tinham a opção de escolher? Tendo feito tal pesquisa, ele convidou seus colegas a adivinhar a resposta e os seus colegas, como nascentes cientistas sociais que eram, imaginaram que as respostas seriam centradas nas classes sociais. Os carteiros prefeririam as áreas de classe média, porque tais áreas seriam mais seguras; eles também prefeririam as áreas de classe operária, porque seus habitantes estariam em menos listas de endereços e por isso haveria menos cartas a serem entregues. Todas essas repostas parecem muito astutas, mas esses "chutes" razoáveis estavam todos errados. Kansas City é cheia de morros e por isso os carteiros preferiam não ter que subir e descer os morros enquanto eles entregavam o correio. Esta é uma explicação que não faz sentido do ponto de vista da "estratificação"; um seguidor de Bourdieu, por exemplo, não incluiria tal item no seu *survey*. Mas essa foi a razão que os carteiros deram, uma razão costumeira, que estava esperando ser descoberta por alguém que deixasse espaço para que ela pudesse aparecer.

17. Descrição completa, descrição densa: observando as margens

Etnógrafos se orgulham de proporcionarem descrições densas e detalhadas da vida social, o tipo de coisa que Geertz (1974) nos ensinou a reconhecer como "espessas" ou densas. O orgulho deles implica que quanto mais completa for a descrição, melhor, sem nenhum limite sugerido. No extremo, etnógrafos falam de reproduzir as "experiências vividas" pelos outros.

Existe algo errado com isso na sua superfície. O objeto de qualquer descrição é não reproduzir o objeto completamente – por que fazer isso se já temos o objeto? – mas sim ressaltar seus aspectos relevantes, detalhes que podem ser abstraídos da totalidade dos detalhes e que nos ajudam a responder algumas questões. Cientistas sociais, por exemplo, se concentram no que pode ser descrito por palavras ou números, e assim deixam de fora todos os outros aspectos da realidade que lidam com os outros sentidos, por exemplo, o que pode ser visto, ouvido e cheirado. (Quantas monografias lidam com o cheiro daquilo que está sendo estudado, mesmo quando o odor é um componente necessário e interessante [e quando não o é?]? [Becker, 1986, p. 121-135].)

Etnógrafos geralmente ressaltam o "avanço" do método que permite a inclusão de um maior número de detalhes: fotografias, gravações de áudio, gravações de vídeo. Esses avanços nunca nos levam muito longe dentro do objetivo da descrição plena; a realidade completa ainda está um longo caminho à frente. Mesmo quando preparamos a câmera de vídeo para filmar, ela fica num lugar durante um tempo, e algumas coisas não podem ser vistas daquele ponto de vista; acrescentar outras câmeras não muda o argumento. Mesmo um aspecto técnico como a distância focal da lente da câmera faz uma grande diferença: uma lente longa fornece o detalhe do *close-up*, mas perde o contexto que a lente mais aberta nos fornece.

Portanto, a descrição completa é ilusória. Todavia, a descrição densa é preferível, e epistemologicamente mais recompensadora, que uma descrição escassa. Por quê? Porque, assim como no argumento sobre o ponto de vista do ator, ela nos permite falar com mais segurança sobre as coisas do que se tivéssemos que inventá-las – e, para repetir, são raros os cientistas sociais que são suficientemente disciplinados a ponto de evitar inventar interpretações e detalhes que não tenham, de uma maneira ou outra, observado.

Pensemos num exemplo simples. Suponhamos que desejemos saber se as ocupações dos pais afetam as escolhas de emprego que os adolescentes fazem. Nós podemos tentar descobrir isso incluindo uma linha sobre a ocupação dos pais numa pergunta de um questionário. Podemos também copiar o que os pais escreveram em algum lugar, talvez num documento escolar. Podemos ainda ir até onde os pais trabalham e verificar, através da nossa própria observação, que um deles ensina numa escola, outro dirige um ônibus e um terceiro trabalha numa agência de publicidade. Algum desses procedimentos é melhor do que os outros? Pedir para que os filhos escrevam a ocupação dos pais num formulário é mais barato e eficiente. Copiar a profissão dos pais de um documento escolar pode ser melhor, porque os pais têm um melhor conhecimento do que eles fazem e uma melhor linguagem para expressá-lo do que as crianças. A observação feita por nós próprios ainda estaria aberta a questionamentos – talvez os pais só estivessem trabalhando em determinado local durante aquela semana –, mas este tipo de método deixa menos espaço para que se cometa um deslize; não precisamos nos preocupar com a ignorância da criança ou com o desejo dos pais de inflar seu *status*. Epistemologicamente, eu penso que a observação exige menos inferência e menos presunções e, por isso, tem mais chance de ser precisa, mesmo que tal precisão não seja necessária.

Um objetivo melhor que a "densidade", geralmente almejada por um pesquisador de campo, é a "amplitude": tentando descobrir algo sobre todos os tópicos que são abarcados pela pesquisa, mesmo que tangencialmente. Nós queremos saber algo sobre a vizinhança em que moram os jovens delinquentes que estudamos, sobre as escolas que frequentam, sobre as delegacias e prisões em que ficam, e sobre uma dúzia de outras coisas. Os pesquisadores de campo apreendem muitas informações incidentais sobre tais aspectos durante suas interações com o campo ou longas entrevistas. Porém, assim como os pesquisadores quantitativos, eles geralmente usam "os dados disponíveis" para se ter alguma ideia sobre tais informações. No entanto, eles o fazem com um ceticismo maior do que o usual.

É hora de mencionar, brevemente, o aspecto já conhecido das "estatísticas oficiais" ou, para colocar em termos mais gerais, a necessidade de se questionar a maneira pela qual os dados são mantidos, quem faz isso, e como isso pode afetar esses dados. (Nada disso é novidade para os historiadores, que veriam aí simplesmente uma questão sobre a quais críticas as fontes que eles usam deveriam ser submetidas). Como Bittner e Garfinkel (1967) nos ensinaram anos atrás, as organizações não mantêm dados para que os cientistas sociais os tenham, mas sim por seus próprios motivos. Isso é bastante óbvio no caso dos adolescentes, no qual sabemos que os dados sobre a frequência escolar são "geridos" pelas escolas com o objetivo de aumentar as verbas públicas recebidas; que os registros sobre o comportamento dos alunos são manipulados para justificar ações tomadas em relação a alunos difíceis; que os resultados de provas são manipulados para justificar o rastreamento e a perseguição. Da mesma forma, os registros policiais são mantidos por motivos de polícia, e não para serem objetos de testes de hipóteses de pesquisadores.

Etnógrafos, dessa forma, tipicamente tratam dados recolhidos por autoridades e similares como dados sobre o que tais pessoas fizeram: estatísticas de polícia como dados sobre como a polícia mantém seus dados e o que eles fazem com tais dados, registros sobre os exames escolares como dados sobre o que as escolas e os examinadores fazem em vez de dados sobre as características dos alunos, e assim vai. Isso significa que os etnógrafos são tipicamente muito mais irreverentes e isso causa problemas.

Isso causa problemas nos casos em que outras pessoas não compartilham tal irreverência, e ao invés disso levam as instituições a sério nos seus próprios termos. Pesquisadores qualitativos estão muitas vezes, mas não necessariamente sempre, numa relação antagônica com as fontes de dados oficiais, mas estes não gostam de serem tratados como objeto de estudo; querem, sim, ser acreditados (Discuti isso em outro texto (Becker, 1967) dentro do tema da "hierarquia da credibilidade").

18. Epílogo

Não há muito mais a ser dito. Praticantes de pesquisa qualitativa e quantitativa podem parecer ter dife-

rentes filosofias de ciência, mas na verdade eles só trabalham em situações diferentes e fazem perguntas diferentes. A política da ciência social pode nos seduzir a aumentar tais diferenças. Não precisamos fazê-lo e não devemos fazê-lo.

19. Considerações adicionais

Depois das discussões que ocorreram nesta conferência, algumas pessoas sentiram que ainda havia questões não resolvidas de que eu deveria tratar. Estas não foram as questões que são geralmente levantadas e as minhas respostas não foram mesmo "respostas", mas sim reações em que discuti o ambiente social no qual tais questões são colocadas mais do que os meus interlocutores poderiam ter antecipado.

Uma questão diz respeito a como seria possível juntar o que é algumas vezes se chama de "duas modalidades", as perspectivas qualitativa e quantitativa na pesquisa social. Não há quase literatura nesta questão, o que acaba geralmente sugerindo uma divisão do trabalho, na qual a pesquisa qualitativa gera hipóteses e a pesquisa quantitativa as testa. Essa questão é invariavelmente levantada, e tal solução é proposta por pesquisadores quantitativos que parecem achar que isso é um grande problema, e nunca por pesquisadores qualitativos, que geralmente seguem em frente, sem ver aí um grande problema, seguindo a linha de Robert E. Park, como eu sugiro neste artigo.

Nesse sentido, por que os pesquisadores qualitativos não veem isso como um problema? Eles não veem isso como um problema porque eles se concentram nas questões a serem respondidas em vez dos procedimentos a serem observados. A lógica disso é mostrada com enormes detalhes num livro não tem nada de sociologia, o *Mathematics and Plausible Reasoning* (1954), de George Polya, no qual ele mostra como combinar informações de todos os tipos para avaliar a razoabilidade de uma conclusão ou ideia.

E como os pesquisadores de fato fazem para combinar esses tipos diferentes de dados? Esse não é um assunto fácil de ser resumido, porque pesquisadores qualitativos têm feito isso há muito tempo, e há muitos exemplos disso sendo feito em muitas partes da literatura da área. Thomas Kuhn (1970) observou que cientistas aprendem o seu ofício não por seguir receitas abstratas de procedimento, mas sim por meio de estudo de trabalhos em suas áreas tidos como extraordinários. A melhor maneira de ver como os diferentes tipos de dados são combinados é por meio de trabalhos exemplares. Não pude me estender sobre a questão, que é obviamente demasiado ampla para um artigo de conferência.

Todavia, cito três trabalhos bem conhecidos, e sugiro a análise dos métodos usados por eles em outros trabalhos que podem ser realizados por aqueles que desejem responder a tal questão. Horace Cayton e St. Clair Drake desenvolveram um monumental estudo das áreas negras do South Side de Chicago em *Black Metropolis* (1945) no final dos anos de 1930. Tal estudo contém dados de todos os tipos imagináveis, alguns estatísticos, alguns de observação, todos direcionados para responder questões sobre a organização daquela comunidade. *Boys in White* (1961) é uma pesquisa sobre os estudantes de medicina conduzida por vários de nós no final dos anos de 1950, que se baseou na observação e em entrevistas não-estruturadas para produzir dados, mas os dados foram apresentados tanto de uma forma etnográfica quanto em tabelas simples que foram, para a surpresa dos fanáticos qualitativos, "quantitativas". Ainda que não tivéssemos usado nenhum teste de significância, as diferenças que apontamos eram grandes o suficiente, de forma que tais testes foram desnecessários. O trabalho de Jane Mercer, *Labeling the Mentally Retarded* (1973), é o mais próximo dos três à típica combinação recomendada; ela usou tanto *surveys* da comunidade e registros oficiais de vários tipos quanto entrevistas não-estruturadas para chegar às suas conclusões sobre o caráter social do retardamento mental.

A segunda indagação lida com a "validade", lembrando que o meu artigo não lida com essa questão, mas em vez disso discutiu (seguindo a liderança de Polya, 1954) a questão de credibilidade. Será que acredito mesmo que tudo o que importa em matéria de validade é produzir um caso plausível? Será que não há algo a mais envolvido, especialmente, o grau em que alguém observou ou mensurou o fenômeno com o qual diz lidar (em oposição àquela preocupação sobre se dois observadores poderiam chegar ou não

ao mesmo resultado, que foi uma das maneiras pela qual algumas pessoas interpretaram a minha análise da credibilidade)?

Chegamos aqui a uma diferença que é uma questão não de lógica ou de prática científica, mas de organização profissional, de comunidade, e de cultura. A comunidade profissional na qual o trabalho quantitativo é realizado (e eu acredito que isso é mais verdade na psicologia do que na sociologia) insiste em colocar algumas questões sobre confiabilidade e validade, e transforma as boas respostas a essas questões no critério fundamental (*touchstone*) de avaliação de um bom trabalho. No entanto, há outras comunidades profissionais nas quais estas questões não são fundamentais para seus operadores. Pesquisadores qualitativos, especialmente em sociologia e antropologia, estão mais propensos a se preocuparem com os tipos de questões que eu levantei no corpo deste artigo: se os dados são precisos, no sentido de serem baseados na observação do que está sendo discutido ou apenas nos indicativos remotos; se os dados são precisos, no sentido de serem próximos daquilo discutido e por isso estão prontos a lidar com questões não antecipadas na formulação original deste problema; se esta é uma análise completa ou ampla, no sentido de conhecer um largo número de temas que afetam a questão sendo estudada, e não apenas algumas variáveis. Este artigo contém um número relevante de exemplos desses critérios.

Normalmente, as comunidades acadêmicas não entram nos territórios umas das outras, e por isso não têm que responder aos critérios umas das áreas. Ao operar dentro de um paradigma aceito na sua comunidade, cientistas sociais fazem o que seus colegas consideram aceitável, sabendo que eles vão ter que prestar contas à sua comunidade caso não sigam tais critérios. Quando, porém, duas (ou ao menos duas, talvez mais) comunidades acadêmicas se encontram, como aconteceu nesta conferência, a questão que aflora é a de saber em qual dessas linguagens a nossa discussão será conduzida, e quais parâmetros serão usados. Observei ao longo dos anos que pesquisadores quantitativos insistiam em saber quais respostas os pesquisadores qualitativos tinham às *suas* (dos pesquisadores quantitativos) questões sobre validade, confiabilidade e testes de hipóteses. Eles, quantitativistas, não discutiam no entanto como poderiam responder às questões que pesquisadores qualitativos levantavam sobre exatidão, precisão e amplitude. Em outras palavras, eles queriam assimilar o que outros faziam, mas à sua própria maneira, e ainda levar os outros (qualitativistas) a responder às suas próprias questões (dos quantativistas). Eles queriam que a discussão fosse conduzida dentro da sua própria linguagem e que os parâmetros do trabalho qualitativo fosse traduzido numa linguagem que eles já utilizam.

Este desejo – poderia dizer insistência – presume que há um *status* diferencial: "A" pode denunciar "B" por não responder adequadamente as questões postas por "A", mas "B" não tem a mesma obrigação para com "A". No entanto, esta é uma afirmação sobre uma organização social, não sobre epistemologia. É uma afirmação sobre poder em sistemas hierárquicos, não sobre lógica. Quando, porém, as comunidades acadêmicas operam independentemente, em vez de estarem organizadas numa hierarquia de poder e obrigação, como é presentemente o caso de diferentes tipos de ciência social, os membros não precisam usar a linguagem de outros grupos; eles usam a sua própria linguagem. As relações entre os grupos são horizontais, e não verticais, para usar uma metáfora espacial. Uma comunidade não está numa posição de exigir que a outra use a sua linguagem.

Isso tem acontecido de certa forma nas ciências sociais. O crescimento da ciência social (observe que este argumento tem uma base demográfica) tornou possível que subgrupos possam constituir seus próprios mundos, com suas próprias revistas, organizações, presidentes, prêmios, e toda tipo de parafernália de uma disciplina científica.

Será que isso significa que eu esteja aqui reduzindo ciência a aspectos de demografia e de importância política? Não, significa que esta é uma versão a mais sobre um problema padrão nas relações entre grupos culturalmente diversos. Para evidenciar este ponto, as analogias aos problemas de tradução entre diferentes linguagens e culturas (muito bem analisados, por exemplo, no artigo de Talal Asad (1986), *"The Concept of Cultural Translation in British Social Anthropology"*) são exemplos que nos ajudam. Gru-

pos dominantes em situações de contato cultural (e.g. situações coloniais) geralmente pensam que tudo deva ser traduzido para que assim faça sentido em *sua* linguagem, em vez de serem traduzidos de forma que a plenitude da diferença cultural contida nos conceitos seja mantida nas traduções. Eles geralmente têm poder suficiente, ao menos por algum tempo, para exigir que isso seja feito.

O problema da tradução entre grupos culturalmente diversos é o mesmo para o qual Kuhn (1970) chamou em relação a casos de diferença substancial de paradigma (como no caso de mudança de paradigma): as linguagens nas quais os trabalhos científicos são realizados não podem ser traduzidas umas para as outras. Se os grupos são de fato independentes, então há um problema de tradução e a mesma dinâmica (de quais categorias serão respeitadas) se torna relevante.

Portanto, o que parecem ser exigências razoáveis para algum esclarecimento é, na verdade, a reencenação de um conhecido ritual. É o que ocorre sempre que pesquisadores quantitativos em educação, psicologia, e sociologia decidem que eles devem prestar atenção aos trabalhos de outros tipos de pesquisa e depois tentar cooptar estes trabalhos para fazê-los responder aos seus critérios, critérios como confiabilidade e validade, em vez dos critérios que mencionei aqui, rotineiramente utilizados por pesquisadores qualitativos. Eu diria que não é que eu não estivesse lidando com questões de validade, mas que eu estava lidando com outras questões que me parecem tão fundamentais quanto são as questões de validade para outros pesquisadores.

Isso pode parecer estar em contradição com minha convicção fundamental, que expus neste artigo, que estes dois tipos de trabalho de fato compartilham a mesma, ou muito semelhante, epistemologia. Eu ainda acredito que isso seja verdade. Mas também acho que alguns pesquisadores ficam obcecados com alguns tipos específicos de procedimentos (que não são a mesma coisa que epistemologia), e acabam agindo como descrevi: eles entendem que outros tipos de trabalho devem ser justificados em referência àqueles procedimentos pelos quais eles têm fixação.

Finalmente, algumas pessoas perguntaram como podemos diferenciar o bom do ruim, ou o melhor do pior no trabalho qualitativo. Eu já havia sugerido uma resposta nos critérios discutidos. O trabalho que é baseado numa observação de perto e cuidadosa de aspectos variados que são relevantes para a questão que está sendo investigada é melhor do que um trabalho que se baseia na inferência e em outras formas mais remotas de observação. Este é um critério. Uma das razões pelas quais o trabalho *Street Corner Society* (Whyte, 1981) é largamente reconhecido como uma obra-prima da ciência social é porque ele satisfaz esse critério mencionado. William Foote Whyte conhecia aquilo de que falava. Ele tinha observado durante um tempo longo a organização social que analisou em detalhes minuciosos. E ele não observou apenas as interações entre alguns meninos da "esquina", mas sim também a operação de organizações muito mais amplas da política e do crime, que acabavam afetando a vida daqueles meninos da esquina.

Entretanto, algo a mais precisa ser dito. Muitas pessoas que reconhecem facilmente a qualidade do trabalho de Whyte ou os estudos de Erving Goffman sobre organização social, também são mais rápidas ainda em achar que este tipo de estudo só pode ser feito por pessoas talentosas, e somente estas pessoas poderiam conseguir resultados tão notáveis e, assim, os métodos que eles utilizaram não seriam adequados para o desenvolvimento de uma ciência. Isto reconhece o que deve ser reconhecido – qualidade que todo mundo sabe que existe – enquanto marginalizam o empreendimento que possibilitou tal qualidade possível. Goffman era de fato um cientista social muito talentoso, mas seus talentos foram expressos dentro de uma tradição de pensamento e de pesquisa de campo que vem desde de Durkheim até Radcliffe-Brown e Lloyd Warner, assim como Simmel até Park e Hughes e Blumer. Esta é a tradição que possibilitou este tipo de trabalho.

Todavia, isso é verdade em todos os ramos da ciência social, qualitativas ou quantitativas. Stanley Lieberson, por exemplo, é um talentoso pesquisador quantitativo, mas o que faz com que o trabalho dele seja excepcional não é o fato de ele usar um método particular ou de seguir os procedimentos aprovados corretamente. O trabalho dele é excepcional

porque ele tem imaginação, porque consegue farejar um bom problema e sabe achar uma maneira de estudá-lo. Tudo isso para dizer que diferenciar o bom do ruim não é tão simples quanto parece. É suficientemente simples saber quando um trabalho é mal feito, e também dizer como ele foi mal feito, e onde ele saiu dos trilhos. Mas isso não significa que é possível, em qualquer versão da ciência social, escrever uma receita de como fazer um trabalho da mais alta qualidade, trabalho que vai além do mero ofício. Isso é uma outra história. Físicos, que tantos cientistas sociais tentam imitar, sabem disso. Por que nós não sabemos?

Portanto, estes assuntos são mais profundos do que parecem, em muitos aspectos, sobretudo (acredito eu), no organizacional. Não respondi, por razões que espero ter deixado claro, às questões que me foram apresentadas da maneira que as pessoas esperavam que eu respondesse. Expliquei essas coisas nos meus termos, e imagino que terão que fazer a tradução.

20.Referências

Abbott, A. (1992). What do cases do? Some notes on activity in sociological analysis. In C. C. Ragin & H. S. Becker (Eds.). *What Is A Case? Exploring the Foundations of Social Inquiry* (p. 53-82). New York: Cambridge University Press.

Asad, T. (1986). The Concept of Cultural Translation in British Social Anthropology. In J. Clifford & G. E. Marcus (Eds.). *Writing Culture: The Poetics and Politics of Ethnography* (p.141-164). Berkeley: University of California Press.

Becker, H. S. (1967). Whose Side Are We On? *Social Problems 14 (Winter)*, 239-247.

Becker, H. S. (1982). *Art Worlds*. Berkeley: University of California Press.

Becker, H. S. (1986). *Doing Things Together*. Evanston: Northwestern University Press.

Becker, H. S.; Geer, B.; Hughes, E. C. & Strauss, A. L. (1961). *Boys in White: Student Culture in Medical School*. Chicago: University of Chicago Press.

Bittner, E. & Garfinkel H. (1967). 'Good' Organizational Reasons for 'Bad' Organizational Records. In H. Garfinkel (Ed.). *Studies in Ethnomethodology*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.

Blumer, H. (1969). *Symbolic Interactionism*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.

Burroughs, W. (1966). *Naked Lunch*. New York: Grove Press.

De Quincey, T. (1971). *Confessions of an English Opium Eater*. Aletha Hayter (Ed.). Harmondsworth: Penguin.

Diesing, P. (1971). *Patterns of Discovery in the Social Sciences*. Chicago: Aldine-Atherton.

Drake, S. C. & Cayton, H. (1945). *Black Metropolis*. New York: Harcourt, Brace and Co.

Geertz, C. (1974). *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books.

Kuhn, T. (1970). *The Structure of Scientific Revolutions* (2 ed). Chicago: University of Chicago Press.

Latour, B. (1987). *Science in Action*. Cambridge: Harvard University Press.

Lieberson, S. (1992). Einstein, Renoir, and Greeley: Some Thoughts About Evidence in Sociology. *American Sociological Review, 57,* 1-15.

Ludlow, F. H. (1975). *The Hashish Eater*. M. Horowitz (Ed). San Francisco: Level Press.

Mercer, J. (1973). *Labeling the Mentally Retarded*. Berkeley: University of California Press.

Peneff, J. (1988). The Observers Observed: French Survey Researchers at Work. *Social Problems, 35,* 520-535.

Platt, J. (artigo inédito). Theory and Practice in the Development of Sociological Methodology.

Polya, G. (1954). *Mathematics and Plausible Reasoning*. Princeton: Princeton University Press.

Redfield, R. (1941). *The Folk Culture of Yucatan*. Chicago: University of Chicago Press.

Said, E. (1978). *Orientalism*. New York: Pantheon.

Schutz, A. (1962). *Collected Papers: Volume I, The Problem of Social Reality*. The Hague: M. Nijhoff.

Whyte, W. F. (1981). *Street Corner Society: The Social Structure of an Italian Slum* (3 ed). Chicago: University of Chicago Press.

TALKING ABOUT THE LIMITS OF LEGAL CHANGE: an interview with Marc Galanter[1] // *Marc Galanter[2], Maria Cecília Asperti[3], Daniela Gabbay[4], Natasha Schmitt Caccia Salinas[5] and Paulo Eduardo Alves da Silva[6]*

Recognized as one of the central figures of the Law & Society and as one of the first editors of Law & Society Review, Marc Galanter is the author of pioneer and internationally recognized studies on the legal system and patterns of litigation (including "Why the haves come out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", one of the most cited articles in legal literature), lawyers and legal culture, legal institutions and informal regulation, among others. In this interview, Galanter speaks mostly about his academic and professional trajectory, a narrative that is intertwined with the history of the Law & Society movement itself and with some of the most important developments in American academia since the 60s to the present day. The author also talks about the growth of law firms (described in *Tournament of Lawyers*) and cultural perceptions currently surrounding lawyers and the legal profession. He discusses the importance of the studies he developed in India for his work, including the famous "Why the haves come out ahead", a piece that is still relevant in the current context.

1. We would like to thank Professor Marc Galanter for sharing his thoughts and ideas in this interview. Also, we thank Francisco Carvalho de Brito Cruz e Pedro Henrique Butelli for the transcription of the audio of the interview.

2. Professor of Law and South Asian Studies at the University of Wisconsin - Madison e LSE Centennial Professor at the London School of Economics and Political Science.

3. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professora de pós-graduação e pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. *Visiting fellow* na Universidade de Yale. Advogada.

4. Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professora da graduação e pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. *Visiting fellow* na Universidade de Yale e na London School of Economics and Political Science. Advogada.

5. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Master of Laws (LL.M.) pela Yale University. Professora Adjunta da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP).

6. Professor da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto (FDRP/USP)

FALANDO SOBRE OS LIMITES DAS MUDANÇAS LEGAIS: uma entrevista com Marc Galanter // ***Marc Galanter, Maria Cecília Asperti, Daniela Gabbay, Natasha Schmitt Caccia Salinas e Paulo Eduardo Alves da Silva***

Reconhecido como uma das figuras centrais do movimento *Law & Society* e um dos primeiros editores do *Law & Society Review*, Marc Galanter é autor de estudos pioneiros e de relevância internacionalmente reconhecida sobre o sistema jurídico e padrões de litigiosidade (dentre estes o artigo "Why the haves come out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", um dos mais citados da literatura jurídica), advocacia e cultura jurídica, instituições jurídicas e regulamentação informal, dentre outros. Nesta entrevista, Galanter fala principalmente sobre sua trajetória acadêmica e profissional, uma narrativa que se confunde com a própria história do movimento *Law & Society* e com alguns dos mais importantes desenvolvimentos da academia norte-americana desde os anos 60 até os dias atuais. O autor fala também sobre sua visão acerca do crescimento das firmas de advocacia (descrita na obra *Tournament of Lawyers*) e da atual percepção cultural em torno dos advogados e da profissão jurídica. Relata a importância dos estudos que desenvolveu na Índia para sua obra, inclusive enquanto inspiração para "Why the haves come out ahead", bem como sobre a pertinência das reflexões descritas nesse famoso texto no contexto atual.

Can you tell us about your career path and your choices in academia? Would you have done something different?

The choices look like a rational sequence if you look backwards, but, at the time, of course, I really didn't know exactly what I was going to do. I was in Philosophy after I got my undergraduate degree, and after a while I knew that it wasn't for me. My interest was more in the social side of philosophy, and I never really thought about Law School. At the time, I had no intention of practicing Law, but, when in Law School, I began to think that I wanted to be a labor lawyer, and wanted to represent unions, and so on. I went on to do some interviews, and, then, a very good job came along right at the ACLU (American Civil Liberties Union) in Chicago. I applied for that and they hired me. This was in the middle of my last year in Law School.

At that time in the United States, you could be drafted into the Army for 2 years until you were 26 years old. I was a few months short of 26, and I called my draft board and they told me I was going to be called in September. Just at that moment, the Dean of the Law School asked me: "would you like to be a teaching fellow?". Teaching fellows taught legal writing to the first year students, and there was a vacancy. He didn't mind that I might be drafted in approximately 2 months, but I thought that it wouldn't be fair with the Civil Liberties Union to leave for the Law School. So, I gave up this job for the fellowship at the Law School.

I didn't get drafted, so, I had this "gift" of 2 years. I had been in school, then, for 8 years straight, so I thought about what should I do. I had never been anywhere outside the US other than Canada, and I was very fascinated about India. I applied for a Fulbright Scholarship to India and I got it! I went to India the following year and it was a big shock. I was in the University of Delhi attached to the Law Faculty. I had 600 rupees a month, which amounted to about 120 dollars, which was about the salary of an assistant professor. It was a lot of money for a student with no dependents, so I traveled around a bit.

I was trying to study the abolition of untouchability. I graduated from law school in 1956, two years after Brown vs. Board of Education, the famous desegregation decision. Civil Rights were very much in the air. It was a very exciting time for lawyers. I was very interested in the Indian system of untouchability and its abolition. I thought must be something like civil rights for African-Americans.

I was very excited about this and thinking that it would be like our Civil Rights Laws, which had just been enacted. And, there I was, I had this budget and could go around and talk to people, like reformers, government officials. But it turned out that it was very different: the emphasis was not on civil rights, but in what we later, in America, would call "affirmative action". That didn't exist at the time: affirmative action would start with the Kennedy administration, in the 60´s. Only then we would have the notion that, for blacks to be better off, we should do things to help them get educational credentials, jobs, and so forth.

In 1947, there was a partition of British India into India and Pakistan, with mostly Hindus in the former, and the latter being almost exclusively Muslims. Among the 300 million Hindus, there were about 50 million untouchables, the lowest caste in the castes system. In your village you could probably tell by what they wore, but, if you went into a city, they looked just the same, it was not like blacks in America. The Indian notion was that they should give these people jobs, so, it was a very different idea than in America. I spent one year studying this.

India was so remote from the US, then, but now there are thousands of Indians. It is hard to compare, but, in a full year, I had never called my parents at home. I used air letters, which took about 4 or 5 days to get from India to the United States. What I'm saying is that India, in the 50s, was much more further away than it is now.

When I got back, I went to Stanford, which had a small program in the Law School for Indian Government lawyers. I went back and worked for this program in Stanford for a year when one of my old teachers in Chicago told me about a vacancy and I decided to go back to Chicago. I was very happy to be back there, because I had been a student there

for many years. So I taught social sciences there for a year, and, in the middle of the year, they offered me a 3-year appointment, which I accepted. Eventually, after about 7 years, they gave me tenure (which was really nice). I was in this funny position where I had almost no contact with the Law School.

At that time, in the 1960s, Law & Society movement was just getting started. I knew some of these people and I was kind of interested. They always had their meetings in Chicago, because, in the day before jet planes, almost all big scholarly associations always had their meetings in Chicago.

I had been to a couple of these Law & Society meetings, which piggybacked in bigger meetings such as some political science ones. In 1967, I got married and we went to Hawaii for honeymoon, and they had a conference there.

After it, I ran into Lawrence Friedman. I met him and that was a really important event. He was teaching at the University of Wisconsin, and I was at Chicago. He started telling me about this Law & Society course that he was doing with another person that I knew. When I got back to Chicago, I got on a train and went to see them. They were just putting together a book of readings for this course, and I came home with a big pile of stuff. This redefined me: before, I thought of myself as a political scholar who was working on India. But, then, what I was doing in India, which was different than what everyone else was doing there, was basically a kind of Law & Society sociology. This gave me a label, something to identify with. That reconnection with Friedman was an intellectual turning point for me.

Do you know how he [Lawrence Friedman] came up with this idea?

The Law & Society Association was formed in 1964, in Wisconsin, by a group of people. He was probably one of the most prominent. These ideas were floating around in the 60´s, and they were related to some political trends. This was the time of Lyndon Johnson and his great society, and it was a period of the most active social engineering trying to do things for the poor and make the United States more equal. Of course, the 60´s were also a time of a great ferment and acting out, hippies, a great exciting time. Law & Society came in, which was basically a movement of the people in the Law School world, which was part of this wave of reform reflected on Lyndon Johnson. The tragedy of it is that Lyndon Johnson was, in some ways, a really great president who knew how to get things done, he really had good values. He was the one who really brought about civil rights legislation in the United States. The strong civil rights legislation is being challenged just now, by Republicans, in reaction to it.

The tragedy of his involvement in Vietnam, that he got so deep, but couldn't get out, because of his reputation or whatever it was. It was a great tragedy. The Law & Society came into being in this period of ferment and reform, and in its very beginning, the social scientists were the models and the lawyers were trying to learn from the social scientists. Later it changed, in that respect.

One of the prominent people in the association was this man, the first editor of the Law & Society Review, Richard Schwartz. Through him, I ended up editing an issue of the Law & Society Review about India, then, I sort of was asked to make some presentations on a summer school for Law & Society, sponsored by the National Science Foundation – where people from law schools and different social science departments would come and spend 8 weeks studying about how to do social science about legal phenomena.

I was a guest speaker at one of those, in 1968, and in the next year they asked me to be one of the two people that ran this course. I got into the Law & Society business still thinking about myself mostly as a scholar in India, but this had reawakened my interest in the United States. And I changed my teaching, so I made up a course about the American legal system. There wasn't much that we called the Law & Society literature, but I've found eight books that looked interesting, so we read one book each week.

Then Schwartz became the dean of the Law School in Buffalo. He was the first Dean to be a non-lawyer in the Law School. He asked me to come, and, at

the same time, the Law and Society Association had never had a meeting, only sessions, other conventions. They never had a membership meeting where everybody came. Schwartz decided to have a meeting and, in the end, we had the first conference of the Law & Society Association there, and I became the editor of the Law & Society Review.

Were you still teaching at the University of Chicago?

Friedman was giving a paper at the Law Schools Annual Conference and invited me to be a commentator where the chair of that was David Trubek – who invited me to go to Yale in the next fall. I had this project that I was going to do, a theoretical project. One night, we were in the faculty club, there was a visitor that we were entertaining, and I had this idea. I went across the street back to my office to write down this idea. It was that paper, "Why the Haves…".

In Poland, in the salt mines, if you take a stick, wetted it, and took it to the salt mine, you would get a very elaborate salt crystal. It was kind of like that: I had this idea and everything sort of congealed around with all these pieces. I distributed it as a paper in Yale for a group of people who were interested in legal sociology.

I went back to Chicago after a semester in Yale and tried to get it published. It got turned down everywhere. Meanwhile, I moved to Buffalo and became the editor of the Law & Society Review, and Schwartz was the Dean. I was talking to Schwartz and said that I had this papers that couldn't get anyone to print it. He told me to bring a guest editor for an issue into which my paper will fit. So, I brought these 2 people to be guest editors. We put together a terrific issue that had a lot of influence. My paper got published then, a little indirectly, but by me.

The paper was sort of well received, but it was only later that started to be people who counted citations. Nobody knew how many times a paper had been cited. When it happened, I saw that this paper was really well cited. It was reprinted a few times and it became my most well-known paper.

Was it your favorite one?

In a way, there are some other things that I like. To me, one of the interesting things of that paper is that India wasn't mentioned there [in "Why the haves come out ahead]. It was not consciously in my mind at all, but, looking back, I was studying India for 15 years at that point, so it was in some sense the lesson that I've learned from it. In the late 50's, when I went to India, there was a great optimism about law, and that became even more so in the 60's. If you had good judges and lawyers who were clever and inventive, who could shrill the judges to do good things, you'd have this social reform through Law. Law was the royal path to great reforms of society.

My exposure to India made me skeptical about that notion that just passing laws would change things. If anything changes is not because you had the law, but because someone actually uses the law by investing effort in trying to get it into force. That paper is about India, in a curious way. It's a distillation of my experience in India.

I was in Buffalo for 5 years, and then did a visiting year in Wisconsin, which I knew slightly since I've been there a few summers. It is a very nice place. Trubek had moved there in the meanwhile, he and I have been writing some things together, which I think were translated to Portuguese. In English, it is called "Scholar and Self-Estrangement", which is a critique of the development movement.

In the early 70's there were some American foundations interested on Law and Development. One of them was called the International Legal Center, and Trubek and I were involved with them in a committee in Law and Development.

Were you not committed to the Law and Development movement?

Trubek came from a Law and Development background. He was writing some statute for financial something in Brazil, and other people like Robert Sydman, that were going to Africa, and so on… but, my involvement in India had been very different, I didn't know there was a Law and Development

side to It. But, Law and Development issues were in the air. So, I was in this committee, they didn't have anybody who worked in India. But, I was kind of skeptical, I was never a Law and Development person.

Do you believe that Law can be used as an instrument of social change?

It can be an instrument of social change, but it can also be an instrument of social stasis, social reaction. You can do good things with Law, but just having certain legal arrangements doesn't necessarily lead to development. I think that Trubek turned from being very much devoted to it to suddenly becoming skeptical with it, not necessarily with the idea of Law and Development, but with what people were doing with it, in the AID, in the US, or the Ford Foundation. There was an interesting critique by James Gardner, who was with the Ford Foundation, of Law and Development in Brazil.

What courses were you teaching at the time?

I didn't do much teaching at Buffalo. I edited the journal and taught some seminars, but people advised me that if I were to be in the Law School world, I should teach some regular courses. I had a friend called Stewart Macaulay, who was a contracts teacher, and he taught me how to teach contracts. So when I moved to Wisconsin, I taught Contracts for many years.

Can you talk a little about your article, "Scholars in Self--Estrangement: Some Reflections on the Crisis of Law and Development Studies in the United States"?

Trubek was disillusioned and I was more of a skeptic, so we developed this critique of what we thought was wrong in the way people were trying to use Law and Development.

I read a critique saying that you were disappointed with being in the United States and the liberal idea of Law…

Yes, I think that David's term for it is liberal legalism. You have to take this skepticism into context. You can't imagine the inflated hopes and expectations that people had. In the 60´s, people in the US thought that we had it all, and we somehow knew the secret of this enormous prosperity, and somehow we can show other people how to do it and part of that was to have good laws. People went to India and said that they should reform legal education and introduce the case method, for example. I'm not attacking the case method, it was more interesting than what the Indians were doing, but that whole notion that if we somehow change the law schools or some statutes, then society is going to change… Of course Law is important, but there was this vastly inflated egomania. "If we change law, we will change society". That's really what we were attacking there. I haven't looked at it for years, but I don't know how much sense it makes if you take it out of that context of very high expectations that people had. We were basically throwing cold water on those expectations.

People say that this article marked the end of the first wave of Law and Development.

Yes, and this was a good thing, really, because this first wave was full of illusions that people had. And I enjoyed working with David.

You were talking about Law in Action at that time?

Yes, I think that Wisconsin had a long tradition in the study of Law in Action, and it had this wonderful historian called [James] Willard Hurst, who was this sort of senior presence there. He was very much a pioneer of a kind of legal history that tries to get away from these grand ideas of law that people are using to produce certain results. So, Hurst really transformed legal history, in the United States. In addition to that, he was a great mentor.

You wrote a lot about legal pluralism…

Yes, India gets into Legal Pluralism. And, in 1980, maybe, there was a Dutch person who had an idea to create an international body to talk about legal pluralism. There was a lot of correspondence between he, and I, and Richard Abel, so, in the end, he organized this thing and I guess he got a grant. He went to Bellagio, in Italy, which is a conference center owned by the Rockefeller Foundation, and they lend it to people for a week for them to have week-long conferences. So, we had this conference on legal pluralism. This was 1981, around the time I wrote "Justice in Many Rooms: Courts, Private Orders, Private Ordering and Indigenous Law". Richard Abel, and I, and John Griffiths were interested

in legal pluralism in modern societies, not in tribal societies with separate systems, for example.

Do you think you were the first ones to think about that?

I think that it was one of those ideas that were around and a number of people were discussing them. I certainly don't remember anybody that inspired me to do it. But I think that a number of people had this idea of pluralism analyses that were basically applied in colonial settings. There were around 25 to 30 people in Bellagio, and there was this interesting split between the people whose interest in legal pluralism was that they wanted to help Indian tribes or Eskimos to preserve their distinctive legal regimes. And, then, there were people like Abel and I that were interested in the way that modern societies were full of these pluralistic phenomena. There were real differences in the way people thought there, and this commission still exists, it's about 30 years old.

You did further work on affirmative action in India. Can you talk more about that?

I got to Wisconsin, and I had been in Buffalo for 5 years. There's a system that after 6 years you have a sabbatical year, and you can have two semesters with half pay or one semester with full pay. I was moving to Wisconsin, and they said that they didn't have sabbaticals, but they could give me a research-leave if I gave them a project. I had this book that I've been writing on India for 15 years or something like that, so, I wrote that as my project. Then, it was my good fortune that a student of mine from Buffalo who was interested in India came to learn a language, Telugu, for his research. It's a big language, with about 80 million speakers, maybe 100 million now. And it was only taught in Wisconsin, so he went there to learn it for the year and he worked for me. I actually finished that book, my "Manum Opus", and it got published in India around 1984.

It was about this affir*mative action in India which had suddenly become a really hot topic. When I was there studying, people were saying: "why are you studying that? It's going to disappear". But it then turns out that it was the biggest thing going and it is still going after 30 years, so, it was a very fortuitous timing that the book, which was generally regarded as the most thorough scholarly treatment of this area that became the most contested area of Indian Law. This was one of those accidents of timing. In the meanwhile, I was going to India for the Ford Foundation. This was an interesting period for India, sometime in the late 70's when Mrs. Gandhi took over as a sort of "dictator", with a lot of suppression of civil liberties and she thought that the public really approved this and she called an election. The opposition combined and threw her out. She came back later.*

So, now that Mrs. Gandhi had been swept out, they were feeling that they [the Supreme Court] had to reinvent themselves. Suddenly, they became this really activist Court, doing all kinds of innovative things. It was a period of great ferment and change in the Indian legal system, starting around 1979 to the mid-80's. They invented what they called Public Interest Litigation, when sometimes a Court would take its own initiative. Somebody would write the court, sending them a postcard, saying that some terrible thing was going on, and the Court would appoint some Law Professor or lawyer and tell them to look into this. It was a very exciting period.

*The Ford Founda*tion was very supportive of this project: they brought me over for 3 or 4 weeks at a time, maybe 3, 4 times a year, and went around trying to find interesting legal action groups that they would support. That was a really different slant on India, so even though I was not a Law and Development person in the 1960's, I really was in the 1980's, by working for Ford and trying to find these activist groups to be supported. That was probably my active political involvement in India.

That was after the book, right?

The book came out during that time, but the book was a fruit of much earlier involvement. It was all fortuitous because it came out at the same time that I had this activist period. That lasted until 1986 or 1987. New people came to Ford Foundation, the atmosphere changed.

Right after this period, it came the Bhopal Disaster, when this big gas plant blew up in India. It was the

world's biggest industrial accident, with thousands of people killed. I think that it was December 1984. What kind of remedy would it be? It was Union Carbide, so, it was an American Company that had a subsidiary in India, making fertilizer or its chemical components. All these American lawyers tried to sign up people to sue in the US, because its owner was from the US, and, besides, they could get much more, and way faster, in the US than in India. However, the Indian government was concerned, so they passed this statute that, basically, said: "we, the Indian Government, are the sole representative of all these victims". But then the Indian government went to the US and wanted to sue Union Carbide in the US, who contest this idea and said that the US is not an appropriate forum, since the fact happened in India, the witnesses and physical evidence was there.

There was little interest in India during the 60's and the 70's. I was probably the only person in the US legal academy who was known for doing law-related studies on India. The Indian government hired me as an expert because we were fighting a motion that the case should be dismissed and sent to India. We were arguing that the Indian Legal System was not adequately prepared to handle a case like this. In effect, the Indian Government hired me to badmouth their legal system. That was right after the accident. After a few months passed and the shock wore off, the Indian lawyers were angry with the Indian Government for taking this stance. It was a fun assignment, to point at all the deficiencies of the system and how it was unable to handle the matter (which turned out to be true).

India was filing suit in New York, and the first thing they did was having this hearing about the motion to send it out because it was not the right forum. Union Carbide hired two of the biggest lawyers in India as experts to say that the case could be handled in India with no problems. A couple of months went by, these papers going back and forth, and, in the end, the American judge got the case. He was the newest judge and suddenly had to handle this enormous case. He wrote his opinion saying that, on one side there's professor Galanter, an expert in India, but, in the other hand, he couldn't say that those distinguished Indian lawyers were wrong about their country. But he bought one of our arguments and imposed a condition on the process being sent to India. In the US, if you're suing somebody, you can demand to see certain papers that they had, everything to do with the construction of the factory, memos they got about the conditions in the plant, and so on. You couldn't do that in India or most other places, so, the judge imposed that the plaintiffs would have American-style discovery in India. Our side could have it, and so could the other side, after an appeal by Union Carbide.

Indians weren't used to allowing people to dig around all of these papers and see what's in the files, so the American-style discovery never happened. There was some talk about it, some planning, but it never happened because the Indian government didn't want it. The Indians were afraid to make any changes in procedure because the money was in the US, so, the Indians would have to get a judgment in India, then take that judgment to the US and do what we call as "sue on the judgment", to turn that Indian judgment into an American judgment. This is routine, but the defendant can say that the procedure through which this judgment was acquired violated due process, so they wouldn't enforce the judgment. So, everyone was afraid to change anything so as not to violate due process. The one thing that they did was to take one judge in Bhopal and let him handle exclusively this case, so this young judge was suddenly in charge of it.

How long did it take to judge the case?

What happened is: first day they start on the preliminary motions, and a young Indian lawyer comes in and says: "why don't you give them some interim relief?". He said, "after all of what these people have suffered they can't wait for this case to be over – give them some relief now". That was never done in tort cases, but it is done in other kinds of cases. The British had recently passed a statute providing for interim relief in certain cases, so they could point to that statute. The judge in Bhopal – who was very sympathetic – said "yes" and ordered this vast amount of interim relief. Union Carbide immediately appealed and went to the High Court in that

state. The High Court fiddled around and said: "oh, yeah, interim relief, that's ok, but you are giving too much here and not enough there". And it adjusted it a little bit, but they approved that. Union Carbide took it to the Supreme Court of India, in Delhi. Meanwhile, of course behind the scenes, there was bargaining going on, to see if they could come to some settlement. While the case was sitting on the Supreme Court, there was a settlement – about half a billion dollars at that time. It wasn't a lot, considering the damage. It was much more than any other Indian judgment, but it wasn't as much as would have been awarded in the US. I call it a mid-Atlantic award. The US standard is much more than the Indian would ever be. In fact, one of the interesting things is that if it wasn't a foreign company, there would have never have been a lawsuit, I think. The government would just give some money to the victims and maybe try to put some people from the company in jail. They just don't have big tort recovery. Tort: it is on the books, but is rarely used. In India, you don't have much in terms of tort remedies.

So, suddenly the government of India settles and gets this half a billion dollars, which, at the time, was valued very much as a foreign exchange. They had these 5 hundred million dollars and they established courts in Bhopal to work with thousands of people affected by this gas. They set up these tribunals. Meanwhile, of course, the records of who was actually hurt didn't exist. People were hurt and they went to the hospital. The hospital would treat them and give them a sheet – a little piece of paper that says: "this person was seen at the hospital on such a day". The point is that these sheets could be easily counterfeited – and they were. So, there were many more claimants than people in the city at that time. Nevertheless, I think that there were some 14 tribunals giving people appointments and having 10-minute hearings for each one. It took 20 years! Of course, there was some litigation going on about the criminal case. Finally, the Supreme Court of India said to the government: "just divide it up and give to everyone proportionately". Finally, after 25 years or so, it was resolved. It was an infernal mess. It was worse than we projected back at the time of the US procedure. Of course, if the case was done in the US they could have had the same disastrous distribution.

After Bohpal, I got interested in torts in India. Because lower courts are so ineffective, people go to other non-Court remedy systems: they bribe the police, or hire gangsters. That is something that happens in many societies. What I am interested in now is in how people actually settle things. I'm really interested in this proliferation of these non-governmental legal institutions.

Do you see that in the US as well?

I think modern societies have this tremendous proliferation of legal systems. The societies have many kinds of institutions that are constantly making a huge number of rules, all the time. The credit card company, the airline company... It's not exactly a legal system, though. In our perspective, the world is really becoming legalized. In the US, it maybe is fading now, but we had it for 20 years – since 1990, a tremendous anti-lawyer prejudice. They have nasty jokes about lawyers. This notion of lawyers as parasites, that they don't produce anything, only make things difficult, complicated.

I wrote this book that is about anti-lawyerism. I got very interested in anti-legal feeling in the US. And I've written a lot about it, and wrote this book in 2005. One of the manifestations against lawyers is the tremendous number of jokes against them. I used the jokes, but it´s about the great wave of anti-lawyers. The history of lawyer jokes, and attitudes toward lawyers.

There were always jokes about lawyers, but now there are some hostile jokes. There used to be jokes that said that lawyers were just like servants of business people. That is not in circulation today. There is one joke about a big businessman that calls his lawyer and says: "this law is going to interfere with my business, can you call it unconstitutional?". The lawyers say: "of course I can do that". "Get to work". "Don't worry, I've already done all the work, because last year you asked me to call it constitutional".

This kind of joke is not in circulation anymore, but

back in the 1930's it was funny. It will only be funny if it is something that has some surprise. Now, there's no surprise with the notion that the lawyer is eager to be a tool of the businessman. It falls out of the joke universe. There were a lot of jokes with that theme, but they were all left behind.

There are also another group of jokes about people illegitimately trying to create a claim. Most people stopped telling that jokes, because there are so many stories of misused litigation. Those stories took over, and many jokes sort of disappeared. I think Brazil has a rich joke culture, people tell jokes. In the US, there are a bunch of jokes told about polish people.

In Brazil, as I understand, the Portuguese occupy the role of dumb people. There's a theory that in every place you'll have some group that is used like some kind of "dumb". In the UK, the targets are the Irish. In America, it were the blacks, but, of course, that's not politically correct. And, now, there are polish jokes in some parts of the US. In Minnesota, the jokes are about North Dakota people.

Can you tell us about your studies about "megalawyering"?

That is another thing that I got interested in. I remember that back in the 80's the literature about lawyers seemed to be about that. I was rea*ding about it in the newspaper. I got interested in this whole notion of big law firms, where they came from, when they appeared. I wrote this book about how law firms grew.*

It was in the 1990's that these kinds of firms started to appear. With their system of promotion, the older lawyer would take the younger lawyer, because the older lawyer had too much work. And he gives something to this young man, being sure that this young man wouldn't run away with the client. Basically, lawyers hired this young man, and if he really worked hard, after a while he would be given a part of the business. This turned out to be a very successful strategy.

This was the age of big railroads, big industries. This form of law firm and partnership was good, because before that lawyers sort of just moved around. This whole notion of organizing the firm is invented in the 1990's. This form of firm spreads. They started to need more associates, so the firms became bigger. Basically, they started to promote those people to partners, to correspond to the expectations. There's an economist that traced the growth of the 50 biggest firms, every year for 56 years, and you can see them all growing. The firms got bigger, and they had to keep getting bigger. The firms were kind of shaped this way, more junior people as the number of the senior people increases. A couple of things happened in the last years. People started moving around. Suddenly, firms were worried about losing partners, so they started to do much bigger payments, much bigger rewards to partners. This whole world of large firms has been changing, but it had a long run in which what we call tournament was working in a pretty regular fashion, and the young people were getting promoted.

The tournament is changing. I am not claiming that it is an eternal truth. But, there was a period when this model really worked. Everybody adopted it.

*In Americ*a, what happens is that the fathers used to promote their sons, but, then, they adopted an anti-nepotism rule. In India, there are firms growing up and, of course, you'll want your son there. And, often, young people break away and create their own firm, because they are not really going to get po*wer in the old firm.*

In India, there are two kinds of big prosper jobs. One are the firms, and the other are advocates, who make a really big amount of money, and have a lot of juniors around them. But they are not partners and not even employers of their junior lawyers – that research for them. They are famous in India. There's a lot of that in television. The firm people are very rich and respected in the professional circle, but, they are not public faces, like the advocates are, who are really known, and are involved in every big thing in the Courts.

You have mentioned that when you were in Yale, in the 70's, the setting was much different, even the image

of lawyers and the whole legal context. Considering the skepticism that you also talked about, would that change the reception of the "Why the haves" today?

There has been many applications of this testing. There is a huge number of studies. People have to operationalize it somehow. There were several collections of papers, journals, studies. There is a lot of different ways to operationalize it… You asked about the timing… I think it is like those jokes. Nowadays, it would be no surprise. But, in the 70's, people were so taken by these legal developments that they thought: "how long will it take to solve all this problems to build an equal society? And these lawyers, using law that could do these wonderful things". This was so optimistic. I think the message was: "look, if you want to use law to do things, in order to be effective, it has to be part of some organized movement".

Yes, we had a tremendous change in race relations in the US, and the law was part of it. But the civil rights movement made that law effective. The law without politics is not going to change, it has to be a part of a political movement. It's one of the instruments to change things.

That message stands today?

Yes. I think the people who were running the Civil Rights movement were aware of that. The Civil Ri*ghts have been a fantastic change in the US since I was a child. Of course, there were still many problems, but there was an enormous change and, of course, the change reflected in the laws. But it's not that the laws caused these changes. They contributed. I grew up in the North of the US. There were no social relations between blacks and whites. The schools were not segregated, but, in my school, there were two blacks among forty students.*

I must have been one of the few people who had any social relations with the blacks. I had a black friend in high school, but I was never at his home. It just didn't happen, it was a different world. Obviously, the law made some contribution, but you can't say that the law changed it. The political movement and the change of the culture did. There was no television then, but, when it came on the scene on the 50's, there were very few blacks. The whole notion of whites and blacks interacting as equals just didn't happen. The Civil Rights laws precipitated a lot of that change, and perhaps propelled in the law. The Civil Rights laws registered the change, rubricated the change, but were not the driving force.

Back to the Law & Society movement, do you agree with the statement that Law & Society doesn't have the same prestige as Law & Economics, in the curriculums?

Yes. Although I think Law & Economics is taking a hit. Maybe, it's because economics is a profession that the depression/recession has definitely spiked the reputations of economics as a field, and therefore Law & Economics has less magic than it did ten years ago.

Economics was riding very high and now people got more skeptical about economics. The economists have lost interest in Law & Economics. They got all technical in high mathematical sphere. So it seems to me that Law & Economics is turning into Empirical Legal Studies, in the US. At least at the meetings, people who were so obsessive with methodology are like that: they have this method and they want to use it whatever the problem is. They are looking for where they can use this method. I think it's a movement in its adolescence. Sooner or later, maybe, they will find the problems that really matter.

I just want to say that it's so terrific here in Brazil, where there is really a movement here of Law & Society. Of course, there is the very fact that you have something to be against, because you really have a flourishing tradition of formalism. In the US, if we look at the major law reviews, the law journals, I would say we could never have published there 20 years ago. Never! Editors would say that they're not interested in that script. I think in the US, now, the curse of whatever formalism lost largely the spell. So, the only thing they know is what has been, what they learned in two years of law school, and used to be these two years of law school that turned them against any kind of empirical, and now they are accepting it, so that's something that has changed.

It's interesting. I think if you look at the American law schools, the more prestigious law schools are

trying to work in their law reviews, so you can tell which way things are moving. After all, the teachers of the future are now students in the most prestigious law schools. Harvard, Yale, Chicago… Unfortunately, people's attitudes and their basic perspective are constructed earlier, so they are coming out of the law schools with a way of seeing the world that will be transmitted to the law students of the future. There will obviously have some changes, it's unpredictable the way the world is going.

I am really pleased to see the way that you guys are going, and you should do the same thing for the next years. There's no place else in Latin America… Well, in Colombia there's a group of Law & Society…